

UNA APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Por: Diego Alexander Berbessi Fernández¹

Resumen. La teoría de la imprevisión es un mecanismo jurídico que pretende restituir o recomponer la justicia contractual que encuentra fundamento la buena fe y la equidad. Es una figura que, por estar alejada del rigor legal, no siempre fue bien recibida, pero que fue abriéndose camino al ser necesaria la aplicación en los devenires negociales. Desde entonces, la institución ha venido en constante evolución hasta nuestros días, donde goza de la mayor importancia, contando con unos requisitos de aplicabilidad, efectos y delimitación respecto de otras figuras de nuestro ordenamiento.

Sumario: I. Introducción II. Origen histórico: De la reticencia a la positivización. III. Definición y requisitos de procedencia IV. Efectos de su aplicación en la relación contractual V. Diferencias de la Teoría de la Imprevisión con otras figuras. VI. Conclusión.

Palabras clave: Imprevisión, revisión, buena fe, solidaridad, circunstancias sobrevenidas, onerosidad.

I. Introducción

La teoría de la imprevisión es la prueba fehaciente de que estamos frente a un derecho que evoluciona, cercano y no indiferente frente a las realidades. Es una figura que ha venido en constante evolución, su uso es del día a día y sirve para buscar justicia en las relaciones contractuales, por lo que se erige entonces como una institución que bien merece un estudio y análisis en sus orígenes, requisitos procedencia, sus problemáticas y efectos, con el objetivo de delimitar mejor la figura y hacer un correcto uso de ella.

¹ Estudiante de 5to año de Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

II. Origen histórico: De la reticencia a la positivización.

Los canonistas de la edad media, quienes condenaban todo enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro por estimarlo contrario a la moral cristiana, remediaron los desequilibrios económicos que se presentaban en los contratos ante circunstancias imprevistas con la denominada cláusula *rebus sic stantibus*², la cual se entiende incluido en todo contrato y conforme a la cual, las cosas deben volver a su estado inicial cuando el cambio de la base económica sea de tal magnitud que la conservación del negocio y el sometimiento pleno a sus términos romperían con la igualdad contractual³. De esta manera nació la teoría de la cláusula implícita, que tiene como sustento la buena fe contractual. Sin embargo, no fue sino con los posglosadores entre los siglos XIV y XVI quienes realmente estructuraron la figura y la comenzaron a aplicar en las relaciones de Derecho Privado.

En países como Francia, el Código Napoleónico desconoció inicialmente la figura, y, por el contrario, privilegiaba el principio contractual del *pacta sunt servanda*, según el cual el contrato es ley para las partes como se indica en el artículo 1134 del Code Civil; por lo que no existía ningún medio para alterar lo que las partes habían establecido por medio de su voluntad. En este mismo sentido Lópera Vargas⁴ indicó respecto de la figura de la imprevisión que: *“La restricción de la libertad contractual que ella comporta y la idea de solidaridad social que la informa, pugnan abiertamente con el liberalismo económico de la Revolución Francesa, con el individualismo jurídico y el dogma de la autonomía de la voluntad principios éstos que presidieron la elaboración de aquellos códigos”*

Célebre es el caso del sastre de París en el marco de la guerra Franco-Alemana de mediados del Siglo XIX⁵, que involucraba a un cortador que trabajaba para un famoso

² Chirino Castillo, Joel. S.f. Teoría de la Imprevisión. Universidad Nacional Autónoma de México. Conmemoración de los 80 años de vigencia del Código Civil. P. 318.

³ Ibídem.

⁴ Lopera Vargas, Octavio. La teoría de la imprevisión. Tesis de Grado. Medellín: Universidad de Antioquia. 1967, P 307.

⁵ Barbosa Verano, Jeanet y Neyva Morales, Ariel Ignacio. La teoría de la imprevisión en el Derecho Civil Colombiano. Primera Edición. Ediciones Jurídicas Radar. Bogotá, 1992, P 25.

sastre modista de París, quien le pagaba 350 francos mensuales: El Sastre modelista decidió prescindir temporalmente de los servicios del cortador, pues la clientela había disminuido considerablemente en razón de la guerra. El cortador no estuvo de acuerdo y demandó a su patrón ante el tribunal alegando incumplimiento del contrato y solicitando una indemnización de 350 francos, sustentando su posición en el hecho de que la guerra no configuraba una fuerza mayor que eximiera al contratante del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. En el presente caso, el tribunal consideró que la imprevisión elimina la obligatoriedad del vínculo contractual, pues los presupuestos existentes al momento de celebrarse el contrato habían variado considerablemente al momento de exigir el cumplimiento estricto de las obligaciones derivadas del contrato. Los argumentos propuestos fueron de índole moral y ética, y no estrictamente jurídica, por lo que el fallo fue muy criticado. Sin embargo, la Corte de Casación, mantuvo una posición inflexible bajo el fundamento jurídico de la seguridad en las relaciones jurídicas, pues se temía que la revisión implicara un restablecimiento de todo el contrato. Lo anterior, además de considerarse que el juez carecía de competencias económicas para restablecer el equilibrio de las prestaciones⁶.

La jurisdicción francesa de lo contencioso administrativa, apartándose de una aplicación exegética de la norma del Código Civil que planteaba la obligatoriedad de las cláusulas de los contratos como ley para las partes, consideró a inicios del Siglo XX que en determinados casos, y fundamentalmente en defensa de la noción de Servicio Público, los contratos de la administración eran susceptibles de ser revisados. Muy conocido es el caso de la Compañía de Gas de Bordeaux en el que se estipuló: *“Cuando ocurren acontecimientos que perturban profundamente la economía del contrato, que ponen a los concesionarios en la imposibilidad de ejecutar su obligación en las condiciones previamente estipuladas, es preciso hacer frente a esa situación nueva, que las partes*

⁶ Cabrillac, Rémy. El nuevo derecho francés de los contratos. Themis - Revista de Derecho 70. Universidad de Montpellier. 2016. P. 64 - 65.

no pudieron prever; es preciso enfrentársele mientras ella subsista (mediante el reequilibrio de las prestaciones) (...)”⁷.

El fallo emitido por el Consejo de Estado en el caso de la Compañía de Gas de Bordeaux se erigió como un precedente que obligó a que otros tribunales administrativos asumieran posiciones acordes y que incluso la jurisdicción civil se cuestionara si la solución prevista por la justicia contencioso-administrativa era aplicable a casos de Derecho privado⁸.

Sobre el particular Josserand⁹ escribió:

“Es cierto que esta nueva tesis [la teoría de la imprevisión], derivada de las necesidades de la Guerra Mundial, no cuenta con las simpatías de la jurisprudencia; pero ha recibido una consagración sorprendente por parte del Consejo de Estado, en tanto que la Ley del 21 de enero de 1918, llamada Ley Faillot, admitió la rescisión o suspensión de los contratos mercantiles celebrados antes de la guerra”

Así pues, en Francia, a pesar de su histórica tradición de desconfianza en el juez y de la renuencia de la Corte de Casación francesa a aceptar la aplicación de la teoría de la imprevisión, recientemente, mediante la ordenanza 2016-131¹⁰, se terminó por permitir la revisión de los contratos en casos de desequilibrio económico generado por un cambio de circunstancias imprevisibles que generan excesiva onerosidad¹¹.

⁷ Consejo de Estado Francés, citado por Pareja, Carlos II. Curso de Derecho Administrativo. Volumen I, segunda edición. Bogotá: Editorial El Escolar, 1939, P. 470.

⁸ Jimenez Gil, William. La teoría de la imprevisión ¿Regla o principio?. Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Revista Misión Jurídica. P. 36.

⁹ Josserad, Louis. El espíritu de los Derechos y su relatividad. Teología Jurídica. Puebla: Editorial José M. Cajica Jr. 1946. Distribuidores Porrúa Hnos. y Cía. P. 137.

¹⁰ Esta ordenanza estaba precedida por la ley de habilitación 2015-177 adoptada el 16 de febrero de 2015 relativa a la modernización y a la simplificación del derecho y de los procedimientos judiciales, por medio del artículo 8, otorgó al Presidente de la República de Francia las facultades para modificar el contenido del Libro III del Código Civil Francés.

¹¹ Cabrillac, Rémy. Cit. P. 65.

En la mayoría de países europeos, no fue sino producto de los desajustes económicos producidos por las guerras mundiales en el siglo XX aunado a la Gran Crisis en el interregno de ambos conflictos, los que obligaron a la doctrina a encarar la tremenda injusticia a que puede llevar una sujeción absoluta a la ley contractual. Producto de ello, los países del occidente europeo promulgaron para finales de la segunda década del siglo XX leyes que autorizaron la intervención judicial a petición de las víctimas del desequilibrio¹².

En Italia, por ejemplo, el Código Civil italiano de 1942 incorporó en el artículo 1467 una regla que autorizaba la revisión de los contratos de cumplimiento o tracto sucesivo, cuando una prestación se volviera demasiado onerosa¹³. En el caso Alemán¹⁴, el BGB no tiene una regulación para la imprevisión, empero, los artículos 626 y 723 otorgan el derecho de denuncia en los contratos de servicios y de sociedad, si con posterioridad *“surge un motivo importante (...) pretende tener en cuenta las alteraciones de las circunstancias que mediaron al tiempo de la celebración del contrato”*.

En el derecho colombiano, desde la entrada en vigencia del Código Civil colombiano a finales del siglo XIX y hasta la década de los años treinta del siglo XX, los casos de revisión de contratos en la jurisprudencia colombiana son inexistentes. De hecho, los primeros doctrinantes nacionales, sostienen la intangibilidad del contrato y el carácter absoluto del principio *pacta sunt servanda*¹⁵. Así, Fernando Vélez¹⁶:

“Un contrato legalmente celebrado, es decir, un contrato perfecto, que no adolece de vicio, es una ley para los contratantes, una ley privada y relativa a las relaciones jurídicas que crea el contrato, la cual prevalece entre las partes sobre las leyes generales, siempre

¹² Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico, Vol II, T II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, Cit. 509-534

¹³ Jimenez Gil, William. Cit. Pág. 34.

¹⁴ Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil. De las obligaciones*. Tomo III. Cuarta Edición. Bogotá: Editorial Temis S. A. 1974, P. 451.

¹⁵ Jimenez Gil, William. Cit. P. 39.

¹⁶ Vélez, Fernando. Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. Segunda Edición corregida y aumentada. Tomo 6. París: Imprenta París-América, 1926, P. 209.

que no viole disposiciones de orden público o las buenas costumbres (t. 1º, nos. 41 y 42). Esa ley debe aplicarla el Juez estrictamente, como un precepto legislativo, salvo la excepción indicada”

No fue sino en los años treinta con la “Corte de Oro”, que se afirma en Colombia el Principio General del Derecho denominado Teoría de la Imprevisión, existe, puede y debe ser aplicado en el sistema jurídico colombiano¹⁷. Se destaca la Sentencia del 25 de febrero de 1937, la cual constituye el fallo fundador de la teoría de la imprevisión en Colombia: En esta providencia, se enmarca la teoría de la imprevisión con conceptos como el de la buena fe o fraude a la ley y se adopta la teoría objetiva del equilibrio prestacional alterado, pues reconoce que los intereses económicos cobrados son factor central que motiva la necesidad de revisar el contrato, pues se ha hecho más oneroso el cumplimiento de las prestaciones asumidas para una de las partes¹⁸.

Así pues, el Código Civil había dado las bases para la adopción y aplicación de la teoría de la imprevisión con fundamento del principio de la buena fe (art. 1603). En el artículo 2060 del C.C, que regula el contrato de obra, se encuentra el verdadero primer precedente legal de la imprevisión¹⁹. Sin embargo, es en el artículo 868 del Código de Comercio donde verdaderamente se adopta la teoría de la imprevisión en el ordenamiento jurídico nacional:

“Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

¹⁷ Ibídem.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de febrero 25 de 1937. M.P: Juan Francisco Mujica.

¹⁹ Montoya Mateus, Fernando. 2005. La imprevisión frente al dilema solidarismo-individualismo contractual. Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. Cit. P. 139.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”

III. Definición y requisitos de procedencia

La teoría de la imprevisión no es otra cosa que un mecanismo jurídico que pretende restituir o recomponer la justicia contractual, erigiéndose como una excepción al principio del *pacta sunt servanda*²⁰ que encuentra como fundamento el principio universal de que los contratos se deben ejecutar de buena fe, tal como lo estipula el artículo 1603 del Código Civil y la equidad contractual.

En efecto, la irrevocabilidad del contrato es el primer efecto que resulta de su celebración, pues el contrato es ley para las partes y esto implica que sólo ellas están legitimadas, de común acuerdo y excepcionalmente de manera unilateral, para modificar o disolver el contrato. Sin embargo, paralelamente se pone de presente el principio, también universalmente reconocido, del sometimiento de las partes, en todo momento, a las reglas de la buena fe: lealtad, corrección, equidad, solidaridad²¹. Así las cosas, tal y como apunta el maestro Hinestrosa²², el problema radica en la tensión entre dos principios básicos del derecho de los contratos: el de la firmeza del compromiso y su intangibilidad, y el de la equidad de las operaciones o justicia contractual. Estos dos principios, a pesar de parecer irreconciliables entre sí, deben acompasarse.

En suma, se podría decir que:

“La teoría de la imprevisión es la consecuencia del problema que se presenta cuando las condiciones de un contrato se alteran sustancialmente, motivando el incumplimiento de

²⁰ *Ibíd.* P. 137.

²¹ Hinestrosa, Fernando. *Cit.* P. 519.

²² *Ibíd.* P. 521.

la obligación o la necesidad de revisar las condiciones económicas pactadas, por no prever la alteración de las condiciones que queda fuera del alcance de los contratantes y consecuentemente buscar el equilibrio de las contraprestaciones recurriendo a los Tribunales²³”

Tal como advierte el maestro Fernando Hinestrosa²⁴, no todo negocio es revisable por imprevistos, ni todo cambio de la economía contractual da pie para una modificación de las obligaciones, sino que por el contrario, la procedibilidad en la aplicación de la teoría de la imprevisión está sujeta a ciertas condiciones, a las cuales se hará referencia:

- 1) Que no se trate de contratos excluidos en su aplicación y se trate de prestaciones de futuro cumplimiento:

Por una parte, de la lectura del artículo 868 del Código de Comercio se puede vislumbrar con facilidad que fueron excluidos los contratos aleatorios y de ejecución instantánea. Lo anterior se explica, como lo indica el profesor Montoya Mateus²⁵, porque en un contrato aleatorio, la partes respecto de la cual la prestación en su favor es aleatoria no puede esperar un beneficio cierto; y en lo referente a los contratos de ejecución instantánea, cómo su nombre lo indica, son contratos que una vez celebrado es ejecutado, por lo que no puede haber ningún cambio de circunstancias ulterior.

Adicionalmente, a estas exclusiones legales explícitas, están también ciertas exclusiones implícitas, es decir contratos de cuya naturaleza no resulta dable la aplicación de la teoría de la imprevisión. Sobre el particular Fernando Montoya indica:

“En primer lugar, en el caso de los contratos unilaterales en los que desde el comienzo hay una desigualdad prestacional, es decir, un desequilibrio jurídico cierto, pero con consecuencias económicas incuestionables; es decir, en teoría al

²³ Chirino Castillo, Joel. Cit. P. 317.

²⁴ Hinestrosa, Fernando. Cit. P. 515.

²⁵ Montoya Mateus, Fernando. Cit. P.140-141.

menos, ningún desequilibrio puede presentarse en un contrato en donde una de las partes no asumió obligación alguna. En segundo lugar, dentro de las exclusiones implícitas podemos incluir todos los contratos sometidos al cumplimiento de una condición cualquiera, suspensiva o resolutoria. Ciertamente, el efecto propio de la condición a la que se encuentra sometido el contrato que la contiene lo convierte, en rigor, en un contrato aleatorio, alea consistente en la verificación o no de los hechos que constituyen la condición²⁶,

Así las cosas, se encuentran autorizados para ser revisados por el juez los contratos sinalagmáticos o bilaterales, siempre que se traten igualmente de contratos onerosos, conmutativos y de ejecución sucesiva pero pura y simple²⁷. Sin embargo, en contraste de lo anterior, Fernando Hinestrosa²⁸ también plantea que la imprevisión se puede aplicar *“en los negocios de tracto sucesivo y en aquellos que, siendo de cumplimiento instantáneo, previenen pago para época posterior”*.

Igualmente, hay que hacer la precisión que resulta lógica del hecho de que se tiene que tratar de prestaciones futuras, que es que la misma no esté cumplida ni extinguida. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia²⁹ ha sostenido: *“bien se advierte del *factum normativo*, que la revisión versa sobre «la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes», esto es, no cumplida ni extinguida. La vigencia del contrato y la pendencia de la prestación, conforman condiciones ineludibles. Menester el vigor del contrato, y que la obligación no sea exigible, haya cumplido, ejecutado o agotado”*.

- 2) De lo anterior, resulta entonces palmario el requisito de que el cambio de circunstancias que se pretende hacer valer debe tener lugar después de la

²⁶ *Ibíd.* P. 141.

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ Hinestrosa, Fernando. Cit. P. 515.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 21 de febrero de 2012, discutida y aprobada en sala de 22 de noviembre de 2011 M.P: William Námén Vargas.

celebración del contrato y, además, como ya se dijo, que el contrato no haya sido completamente ejecutado.

Es decir, el contrato debe encontrarse perfeccionado y el plazo de ejecución del mismo se encuentre sin expirar y que quien alega las circunstancias excepcionales no haya ejecutado completamente sus obligaciones. Es claro entonces que si el término previsto contractualmente expiró y el contratante concernido no ejecutó completamente sus obligaciones, su responsabilidad contractual se verá comprometida³⁰.

- 3) La revisión contractual debe invocarse antes del pago: La parte interesada tendrá que presentar la demanda de revisión después de perfeccionado el contrato pero antes del vencimiento del plazo de ejecución, si lo hay, sin haber cumplido totalmente pero sin incurrir en incumplimiento³¹.

Lo anterior es claro, toda vez que si la demanda de revisión se incoa luego de ejecutada la prestación devenida más onerosa, ya no existe razón que justifique la actividad judicial, pues no hay contrato que cambiar, u obligación que reajustar, pues todo concluyó por cumplimiento-pago³².

- 4) Se debe acreditar la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores al perfeccionamiento del negocio jurídico que alteren el valor u onerosidad de las futuras prestaciones: Es necesario que las circunstancias que se aluden para justificar la revisión contractual sean productos de hechos extraordinarios e irresistibles para las partes³³; que tengan un impacto en la economía del contrato respecto de uno de los contratantes; y además,

³⁰ Montoya Mateus, Fernando. Cit. P. 141-142.

³¹ *Ibíd.* P. 142.

³² Hinestrosa, Fernando. Cit. P. 524.

³³ Chamié, José Felix. Por un derecho de contratos más solidario en tiempos de pandemia. Del contrato indiferente al contrato humano: “anticuerpos” para restablecer el equilibrio contractual en *Vulnerabilidad, solidaridad y pandemia : algunas reflexiones desde el derecho civil* / Mariateresa Cellurale [y otros] -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2020. Pág. 144.

producirse posteriormente al perfeccionamiento del contrato, de tal suerte que las partes, particularmente quien las padece, no hayan tenido la posibilidad de preverlas en el momento de su conclusión³⁴

Sobre lo anterior, la jurisprudencia ha establecido que:

“... la parte que considere que puede prevalecerse de la acción tipificada (...) habrá de probar lo siguiente: (...) la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores al perfeccionamiento del referido negocio jurídico, que alteren el valor u onerosidad de esa futura o futuras prestaciones, en un grado tal, que resultan excesivamente gravosas o ruinosas para el obligado demandante.”³⁵

En la misma decisión, se precisó que las circunstancias que determinan la imprevisibilidad son relativas y no se deben predicar en términos absolutos. En este sentido, se estableció que:

“No significa lo anterior que esas circunstancias deban ser imprevisibles o imprevistas en términos absolutos, pues basta que lo sean de manera relativa. De allí que no se exija un evento que califique como fuerza mayor o caso fortuito, de suyo diferente, sino un hecho que para el contratante afectado tenga la virtualidad suficiente de provocar una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la obligación”.

Bastante controvertido ha sido el punto acerca del qué se debe entender por un hecho imprevisible, pues muchos reprochan³⁶ de que la valoración de ello recaería

³⁴ Montoya Mateus, Fernando. 2005. Cit. P. 140.

³⁵ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Sentencia del 19 de julio de 2004 M.P: Marco Antonio Álvarez Gómez.

³⁶ Por ejemplo, De la Maza Lorenzo, indica: “Ampliadas las facultades de los tribunales en lo referente a la apreciación de la imprevisibilidad del acontecimiento, al autorizárseles 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” (De la Maza, Lorenzo. 1933. “La Teoría de la Imprevisión”. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXX. Santiago, Chile.)

enteramente en la valoración del juez, pudiéndose tornar en arbitraria la aplicación de la imprevisión. Sobre este punto, se comparte la posición según la cual se deberían establecer unos criterios para verificar si el acontecimiento es o no imprevisible y así restarle la subjetividad que tanto se le critica a la teoría de la imprevisión. Con ese objetivo, debemos diferenciar 2 criterios³⁷:

- i. Criterio Subjetivo: Consiste en apreciar el acontecimiento teniendo en cuenta al sujeto particular de la relación contractual, es decir, su mentalidad, nivel de educación, estado social, etc..., lo que a simple vista parece ser una solución justa, por cuanto se hace un estudio particular de cada caso.
- ii. Criterio Objetivo: Este criterio, por su parte, consiste en realizar una apreciación en abstracto, es decir, tomar en cuenta a un sujeto promedio, a un tipo medio de contratante. Es decir, el criterio debe estar determinado por el grado de diligencia que las partes del contrato han debido observar. Así, De Martini³⁸ apunta que la imposibilidad de prever “debería ser determinada con referencia a la diligencia del buen padre de familia o celoso administrador, esto es, del hombre de normal diligencia, que ejerza una actividad del mismo ramo que la del contratante que exige la resolución”

Estos criterios no tienen pretensiones absolutas, en el sentido de afirmar que con su aplicación se va a eliminar por completo la valoración que el juez haga en cada caso en concreto, pues, muy por el contrario, será el mismo juez quien deba valorar si determinada circunstancia merece o no calificativo de imprevisible, pero dicha valoración debe tener como brújula los criterios antes expuestos y así evitar caer en arbitrariedades.

³⁷ Urrejola Scolari, Bárbara. Teoría de la Imprevisión. Optando al título de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2003. P. 119.

³⁸ De Martini citado por Pino, Augusto: “La excesiva onerosidad de la prestación”, Editorial Bosch, Barcelona, 1959. P. 103.

- 5) El desequilibrio económico debe revestir cierta gravedad: Hay que tener en cuenta que la imprevisión se muestra como una especie de remedio contractual para cuando el cumplimiento del contrato sea aún posible, pero con mayores costos³⁹; pero no cualquier sobrecosto da lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, sino que se necesita que el desequilibrio contractual sea en cierta manera grave, pues mal se haría en entender que cualquier molestia o dificultad del deudor tampoco tenga la entidad para la revisión del acuerdo⁴⁰.

Al tenor del artículo 868 del Código de Comercio, las circunstancias imprevistas deben alterar o agravar la prestación *“en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.”* Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia ha precisado el que por “excesivamente oneroso” no se debe entender sino:

“Un desequilibrio prestacional cierto, grave, esencial, fundamental, mayúsculo, enorme o significativo, y no cualquiera, a punto de generar excesiva onerosidad transitoria o permanente de la prestación futura, una desproporción grande con su incremento desmesurado o sensible disminución de la contraprestación, ya una pérdida patrimonial, por reducción del activo, ora de la utilidad esperada, bien por aumento del pasivo, suscitada por los acontecimientos sobrevenidos, imprevistos e imprevisibles, con los cuales debe tener una relación indisociable de causa a efecto⁴¹”.

- 6) La alteración del equilibrio contractual debe darse sin mediar culpa del deudor: Para culminar, es básico que para que pueda prosperar la revisión del contenido contractual ante circunstancias imprevistas, dichas transformaciones económicas que ha de sufrir el contrato en realidad sean fortuitas, es decir, que el solicitante de la revisión del contrato no sea el causante de su desequilibrio. En palabras de

³⁹ Chamíé, José Felix. Cit. Pág 135.

⁴⁰ Montoya Mateus, Fernando. 2005. Cit. P. 140.

⁴¹ Corte Suprema de justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 21 de febrero de 2012, M.P.: William Namén Vargas

Fernando Hinestrosa⁴²: *“Es elemental la consideración de que los hechos modificativos de las circunstancias imperantes a la época en que se pactaron los deberes no pueden derivar de actividad del propio deudor y, mucho menos, de una negligencia, un descuido, una temeridad de su parte.”*

IV. Efectos de su aplicación en la relación contractual

Una vez dados los requisitos para la procedencia de la teoría de la imprevisión, el juez tiene el poder de mirar dentro de la relación negocial y establecer qué prestaciones le parecen económicamente justas y cuáles no. Lo anterior, es conferir al servidor judicial un poder considerable, que repetidamente ha chocado con la tradición francesa y con la mentalidad de muchos juristas⁴³.

En efecto, el artículo 868 del Código de Comercio reza que el juez *“procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.”*

En consecuencia, hay 2 posibles efectos que surgen de la aplicación de la imprevisión:

- 1) Reajuste contractual: De acuerdo con el tenor del artículo 868, el juez debería ordenar, de ser posible y mediando petición de parte, *“los reajustes que la equidad indique”*. Si se puede afirmar que la equidad funge como el fundamento principal que ampara la revisión del contrato, lo cierto es que adicionalmente cumple un papel para determinar el límite del poder corrector del juez⁴⁴. La jurisprudencia ha establecido sobre este el particular:

⁴² Hinestrosa, Fernando. Cit. P. 529

⁴³ Montoya Mateus, Fernando. Cit. P 142

⁴⁴ Franco Zárate, Javier Andrés. La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil: una aproximación desde la perspectiva de la jurisdicción civil en Colombia, Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. 2012.

“A estas alturas, cabe precisar que al juzgador le compete –en tratándose de la institución en estudio– procurar, de la manera más equitativa posible, recomponer el negocio, como si las imprevisibles y extraordinarias circunstancias no se hubieran presentado. A este preciso punto se contrae el principio de equidad, a que se hace relación en las tipificaciones de la figura, que ahora ocupa la atención de la Sala⁴⁵”.

Además, precisando lo planteado por la jurisprudencia arbitral en el sentido que *“La aplicación de la teoría de la imprevisión trae como consecuencia el correctivo en equidad que libremente disponga el juez y no la aplicación de una fórmula precisa y exacta que establezca el demandante en su petitum⁴⁶”*, pues la facultad de devolverle el equilibrio económico al contrato es de resorte del juez.

Pese a lo anterior, muchas dudas surgen de hasta dónde va el poder del juez para interferir en la relación comercial y el rol que jugaría, pues aun cuando el ajuste según la ley debe ser “los que la equidad indique”, el poder del servidor judicial sigue siendo muy grande. Así pues, se comparte la posición de López de Zavalía⁴⁷ en el sentido que el remedio debe llegar hasta el grado de corrección que destruya la "excesiva" onerosidad, sin poder ir más lejos. Con ese fin, el juez podría especialmente concederle a la parte demandante plazos de ejecución suplementarios, aumentos de precios, descargarlo de ciertas obligaciones, entre otros remedios⁴⁸.

- 2) Terminación contractual: En primera instancia hay que indicar que de conformidad al artículo 868 del Código de Comercio, el juez ante todo, en desarrollo del principio de conservación del contrato, debe tratar de equilibrarlo, buscando su

⁴⁵ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Sentencia del 16 de mayo de 2005, M.P.: Rodolfo Arciniegas.

⁴⁶ Laudo arbitral del 23 de agosto de 2007, partes: Yamil Sabagh, David Vega Luna, Construcciones Samus Ltda. D&S Ltda. y Sohenco Constructora Ltda. vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado ESP, árbitros: Jorge Hernán Gil luna, Hernando Cardozo luna y Camilo González Chaparro

⁴⁷ López de Zavalía, Fernando. Teorías de los Contratos. 1975. P. 743

⁴⁸ Montoya Mateus, Fernando. Cit. P. 143.

supervivencia, antes que proceder a terminarlo por considerar que ha devenido en excesivamente gravoso para una de las partes⁴⁹.

Ahora bien, si es imposible restablecer el equilibrio del contrato, no le quedaría otro camino al juez sino decretar su terminación. Dicha terminación va a tener efectos hacia el futuro o *ex nunc*, de suerte que las prestaciones que han sido cumplidas en ejecución del contrato no deberán ser deshechas, pues es imposible poner a las partes en la situación en que se encontraban al contratar. Lo anterior, con la excepción de los contratos de ejecución diferida, para los cuales las cosas deben necesariamente volver al estado previo a su conclusión⁵⁰.

Por último, resta decir que, en la práctica contractual, la imprevisión ha hecho que las partes pacten diferentes cláusulas en el contenido contractual ante la ocurrencia de circunstancias que afecten el equilibrio de la relación negocial. Por ejemplo, cláusula de reajuste en Upac –hoy UVR-, la indexación y la cláusula compromisoria para la solución del conflicto que se presente⁵¹, caso en el cual es normal que dicho pacto establecido con antelación no haga necesaria la intervención judicial.

V. Diferencias de la Teoría de la Imprevisión con otras figuras

Vale la pena en este punto diferenciar la figura de la teoría de la imprevisión con otros fenómenos y figuras presentes en nuestra legislación en aras de dar una mayor claridad sobre el entendimiento de la figurar *sub examine*:

- a) Diferenciación con la lesión enorme: La lesión enorme es una institución jurídica que se refiere al *“daño o detrimento que sufre una persona en razón de un acto jurídico realizado por ella. Ordinariamente consiste en el desequilibrio o*

⁴⁹ Franco Zárate, Javier Andrés. Cit.

⁵⁰ Montoya Mateus, Fernando. Cit. P. 145.

⁵¹ Ruiz Morato, Natalia. La teoría de la imprevisión y su desarrollo internacional. Revisa Derecho y Realidad. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC. 2006. P. 161.

*desproporción entre las ventajas que el acto le reporta y los sacrificios que tienen que hacer para lograr tales ventajas*⁵². En ese orden de ideas, de la teoría de la imprevisión se diferencia toda vez que la lesión enorme es un vicio del contrato que se produce en el momento de la celebración del contrato, en tanto que los hechos que constituyen la imprevisión se producen con posterioridad a la celebración del negocio jurídico. Por otra parte, la lesión enorme es un vicio del negocio jurídico de carácter objetivo, puramente aritmético, pues opera cuando se superan cualquiera de los límites porcentuales establecidos en la ley respecto al justiprecio del bien⁵³, en tanto que no hay un monto de detrimento establecido para que opere la lesión enorme, pues esta opera, en el sentir del artículo 868 del estatuto comercial, *“Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa”*. Adicionalmente, la lesión enorme está prevista únicamente para contratos relativos a bienes inmuebles, específicamente la compraventa, mientras que la Teoría de la Imprevisión no presenta ninguna de estas restricciones⁵⁴.

- b)** Diferenciación con la fuerza mayor y el caso fortuito: Esta diferencia es crucial, pues muchas veces se tiende a confundir la imprevisión con la denominada teoría de los riesgos, esta última presentada en casos de fuerza mayor y caso fortuito, ambas figuras equiparadas a la luz del artículo 64 del Código Civil⁵⁵.

⁵² Parra, Martha Sofia y Pinillos de Ospina, Clara Isabel, La Lesión Enorme, Pontificia Universidad Javeriana, 1990. P 9-14.

⁵³ Jimenez Gil, William. Cit. P. 42.

⁵⁴ *Ibíd*em. P. 42.

⁵⁵ Este artículo reza: «Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.»

Así las cosas, como lo apunta Urrejola Scolari⁵⁶, se esbozan como diferencias más importantes entre ambas:

- En tratándose de la fuerza mayor y el caso fortuito, el acontecimiento irresistible debe hacer material y absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación, por lo que se exige una imposibilidad absoluta; mientras que, respecto de la imprevisión, debe tratarse de hechos que, sin hacer absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación, la hagan excesivamente onerosa, la dificulten en forma considerable, por lo que se trata de una imposibilidad relativa.
- En cuanto a la naturaleza de los acontecimientos que la originan, se tiene que “Reuniéndose los demás requisitos, basta un acontecimiento imprevisto para que exista caso fortuito o fuerza mayor. En cambio, interviene la noción de imprevisión, se necesita además que produzcan, con relación a toda una categoría de contratantes, una alteración grave de las prestaciones a cargo de una o de ambas partes.⁵⁷”
- Tratándose del caso fortuito o fuerza mayor, el elemento subjetivo lo constituye la ausencia de culpa o dolo por parte del deudor, debe ser un hecho ajeno a su voluntad; pero tratándose de la noción de imprevisión, no basta que se trate de un hecho ajeno a la voluntad del deudor, sino que además este hecho debe ser imprevisible para las partes contratantes.
- En cuanto a su ámbito de aplicación, el caso fortuito recibe aplicación tratándose de todo tipo de obligaciones; la imprevisión, en cambio, se aplica tratándose de obligaciones contractuales, de ejecución diferida o de tracto sucesivo, discutiéndose su aplicación respecto de las obligaciones legales y cuasicontractuales, así como las derivadas de los contratos aleatorios.
- Por último, en atención a los efectos: “El efecto propio de la fuerza mayor es eximir de responsabilidad al deudor por la inejecución de la obligación, exonerándolo de

⁵⁶ Urrejola Scolari, Bárbara. Cit. P. 176-178.

⁵⁷ De la Maza, Lorenzo. 1933. La teoría de la imprevisión. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXX. Santiago, Chile.

la obligación de indemnizar los perjuicios que sufre el acreedor a consecuencia del incumplimiento. (...) En cambio, (...) la imprevisión sólo atenúa el rigor de los efectos de la obligación; su solo efecto es la revisión de las condiciones del vínculo jurídico, como regla general...⁵⁸.

- c) **Diferenciación con la Condición:** La condición es un hecho futuro e incierto del que depende el nacimiento (condición suspensiva) o extinción (condición resolutoria) de un derecho. Se trata, entonces, de un hecho futuro, que puede suceder o no, pero que las partes previeron al momento de la celebración del contrato, pues la condición, por ser una modalidad, no se subentiende, sino que es necesario que las partes la estipulen expresamente⁵⁹.

Por el contrario, la imprevisión supone la ocurrencia de acontecimientos futuros, pero que las partes no previeron al momento de la celebración del contrato. Mientras que la condición “es una modalidad del acto jurídico concomitante a su celebración (at initio), la imprevisión es sobreviniente a aquélla (...)⁶⁰”.

- d) **Diferenciación con el enriquecimiento sin justa causa:** Ambas figuras se diferencian en que en el caso de la teoría de la imprevisión no hay un enriquecimiento sin causa, toda vez que el beneficio que se obtiene por uno de los contratantes, así se sea exorbitante y por fuera de lo previsto, es obtenido sobre la base de un negocio jurídico que le sirve de antecedente, valga decir, con causa⁶¹.

⁵⁸ Ibídem.

⁵⁹ Urrejola Scolari, Bárbara. Cit. P. 169.

⁶⁰ Cardini, Eugenio Osvaldo. 1961. “Lesión sobreviniente o teoría de la imprevisión”. citado en Urrejola Scolari, Bárbara. Teoría de la Imprevisión. 2003.

⁶¹ Chirino Castillo, Joel. Cit. P. 324.

VI. Conclusión

Apunta el maestro Francesco Gambino⁶², que ha venido tomando fuerza una idea cada vez más presente en nuestra doctrina y en las aulas judiciales: la idea de un *derecho «factual»*, lo cual nos da cuenta que el juez no es más la boca de la ley rígida, sino que, por el contrario, puede llegar a mostrarse reacio al texto de la norma, de tal suerte que, al conceder o no razón a la parte, no duda en fundar su decisión en principios constitucionales, en principios generales, en criterios extrajurídicos.

Así pues, la teoría de la imprevisión no es otra cosa que la prueba de que el derecho no es indiferente frente a las realidades, sino que el mismo brinda las alternativas para acomodarse a ellas. La imprevisión se muestra entonces como una alternativa eficiente frente a la ruptura del sinalagma funcional para usar entre privados⁶³, cuya importancia se vio acentuada con la emergencia epidemiológica producto del covid-19, adquiriendo la buena fe y la solidaridad contractual una importancia mayúscula en las relaciones negociales, lo que da cuenta que los contratos deben concebirse para un fin socialmente útil, en pro de la utilidad pública⁶⁴.

Para culminar, hay que decir que la teoría de la imprevisión es una figura en constante evolución y moldeamiento, pero lo cierto es que clave en nuestro ordenamiento jurídico, pues es un mecanismo para materializar el fin último del derecho: buscar justicia.

Referencias

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

⁶² Gambino, Francesco. 2021. Buena fe y onerosidad sobrevenida en tiempos de pandemia. Revista de Derecho Privado N. 42. Universidad Externado de Colombia. P. 68-69.

⁶³ Chamíé, José Félix. Cit. Pág. 138.

⁶⁴ *Ibíd.* Pág. 140.

- 2) Cabrillac, Rémy. El nuevo derecho francés de los contratos. Themis - Revista de Derecho 70. Universidad de Montpellier. 2016.
- 3) Cardini. Eugenio Osvaldo. "Lesión sobreviniente o teoría de la imprevisión". Editorial Abeledo- Perrot. Buenos Aires, Argentina citado en Urrejola Scolari, Bárbara. Teoría de la Imprevisión. Optando al título de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2003
- 4) Chamié, José Felix. Por un derecho de contratos más solidario en tiempos de pandemia. Del contrato indiferente al contrato humano: "anticuerpos" para restablecer el equilibrio contractual en *Vulnerabilidad, solidaridad y pandemia : algunas reflexiones desde el derecho civil* / Mariateresa Cellurale [y otros] -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2020. Págs. 129-149.
- 5) Chirino Castillo, Joel. Teoría de la Imprevisión. Universidad Nacional Autónoma de México. S.f Conmemoración de los 80 años de vigencia del Código Civil. Link: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3833/21.pdf>
- 6) De la Maza, Lorenzo. La teoría de la imprevisión. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXX. Santiago, Chile. 1933.
- 7) Franco Zárate, Javier Andrés. La excesiva onerosidad sobrevinida en la contratación mercantil: una aproximación desde la perspectiva de la jurisdicción civil en Colombia, Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. 2012. Link: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3309/3458>
- 8) Gambino, Francesco. 2021. Buena fe y onerosidad sobrevinida en tiempos de pandemia. Revista de Derecho Privado N. 42. Universidad Externado de Colombia.
- 9) Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico, Vol II, T II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, 509-534
- 10) Jimenez Gil, William. La teoría de la imprevisión ¿Regla o principio?. Revista Misión Jurídica. Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. 2009. Link:

<https://www.revistamisionjuridica.com/la-teoria-de-la-imprevisión-regla-o-principio/>

- 11) Josserad, Louis. El espíritu de los Derechos y su relatividad. Teología Jurídica. Puebla: Editorial José M. Cajica Jr. 1946. Distribuidores Porrúa Hnos. y Cía.
- 12) Lopera Vargas, Octavio. La teoría de la imprevisión. Tesis de Grado. Medellín: Universidad de Antioquia. 1967
- 13) López de Zavalía, Fernando. Teorías de los Contratos. 1975.
- 14) Montoya Mateus, Fernando. La imprevisión frente al dilema solidarismo-individualismo contractual. Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. 2005. Link: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/631/595>
- 15) Parra, Martha Sofía y Pinillos de Ospina, Clara Isabel, La Lesión Enorme, Pontificia Universidad Javeriana, 1990.
- 16) Pino, Augusto. 1959. "La excesiva onerosidad en la prestación". Editorial Bosch. Barcelona, España.
- 17) Ruiz Morato, Natalia. La teoría de la imprevisión y su desarrollo internacional. Revisa Derecho y Realidad. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC. 2006.
- 18) Urrejola Scolari, Bárbara. Teoría de la Imprevisión. Optando al título de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2003. Link: https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115225/de-urrejola_b.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- 19) Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil. De las obligaciones*. Tomo III. Cuarta Edición. Bogotá: Editorial Temis S. A. 1974, pág. 451.
- 20) Vélez, Fernando. Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. Segunda Edición corregida y aumentada. Tomo 6. París: Imprenta París-América, 1926, pág. 209.

Jurisprudencia

- 1) Consejo de Estado Francés, citado por Pareja, Carlos II. Curso de Derecho Administrativo. Volumen I, segunda edición. Bogotá: Editorial El Escolar, 1939, pág. 470.
- 2) Sentencia de febrero 25 de 1937. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P: Juan Francisco Mujica.
- 3) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 21 de febrero de 2012, discutida. M.P: William Námen Vargas.
- 4) Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Sentencia del 19 de julio de 2004 M.P: Marco Antonio Álvarez Gómez.
- 5) Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Sentencia del 16 de mayo de 2005, M.P.: Rodolfo Arciniegas.
- 6) Laudo arbitral del 23 de agosto de 2007, partes: Yamil Sabagh, David Vega Luna, Construcciones Samus Ltda. D&S Ltda. y Sohenco Constructora Ltda. vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado ESP, árbitros: Jorge Hernán Gil luna, Hernando Cardozo luna y Camilo González Chaparro