

REVISION DE LOS CONTRATOS

Por: Dr. Galo García Feraud.

Anotaciones Bibliográficas y Legales, con breves comentarios.

Tema de especial interés es el que concierne a la revisión de lo acordado en el orden jurídico privado y en lo que corresponde a las cuestiones gobernadas por el Derecho Público Interno e Internacional. Por lo tanto, me permito trasladar a la consideración de los Abogados algunas anotaciones que recogí para una exposición sobre tan importante asunto, no siempre bien comprendido y utilizado en las circunstancias exigentes de una cambiante economía mundial.

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- En el Tomo IV de la obra de Luis Valencia Zea, Tomo IV pág. 445 se lee:

"III. Antecedentes y fundamento de la teoría de la imprevisión.

Los glosadores fueron los primeros en desarrollar la doctrina de la imprevisión, con fundamento en un texto del Digesto; no obstante, un amplio desarrollo de la doctrina se debe a los canonistas de la Edad Media, "que condenaban todo enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, por estimarlo contrario a la moral cristiana", y que juzgaron que se debía tener en cuenta no solo la lesión contemporánea al contrato, "sino también la que resultaba de variaciones posteriores de las circunstancias; en ambos existía usura". Valencia se remite así al criterio de Esmein, citado por Planiol y Ripert.

1.2.- Fernando Canosa Tarrado en su obra "Resolución de los Contratos", Pág. 64 y 65 expone:

"Históricamente se les atribuye a los glosadores el mérito de haber desarrollado por primera vez esta teoría, aunque les correspondió a los canonistas de la Edad Media el desarrollo total de ella, con base en el principio de la condena a todo enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, por estimarlo contrario a la moral cristiana y, para solucionarla, "...estimaron sobreentendida en los contratos una cláusula rebus sic stantibus, según la cual las partes se reputaban haber subordinado implícitamente la subsistencia de sus respectivas obligaciones, en los términos en que se habían convenido, a la persistencia de las obligaciones de hecho existentes el día del contrato".

"La anterior teoría de los canonistas fue aceptada por la doctrina italiana y alemana y por algunos germánicos del siglo XVIII".

"Al entrar en vigencia, a principios del siglo XIX, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual, "según el cual no debe permitirse que los jueces revisen los contratos libremente concluidos por los contratantes", la teoría de la imprevisión sufre un fuerte retroceso".

"Desde mediados del siglo XIX ha venido evolucionando en forma progresiva hasta llegar al momento actual en donde es punto de gran detenimiento y acogida por muchos trabajos jurisprudenciales que han llenado el vacío que al respecto contiene la Ley (v. gr. jurisprudencia alemana, española, italiana y francesa). En general, es aceptada y reconocida como vía razonable y equitativa para solucionar las injusticias que surjan por la excesiva onerosidad sobreveniente que el contrato represente para uno de los contratantes".

II.- CRITERIO DE VARIOS TRATADISTAS.

2.1.- En PLANIOL y RIPERT encontramos la siguiente explicación: "Todo contrato cuyo cumplimiento no sea inmediato expone al deudor a eventualistas favorables o desfavorables, como consecuencia de variaciones en las circunstancias de hecho que condicionan su cumplimiento. (...) En un arrendamiento por largo plazo, el precio pactado puede, como consecuencia del encarecimiento general de la vida, resultar en determinada fecha muy inferior al precio corriente de la vivienda y aun a los gastos de conservación del inmueble". Tomo VI pág. 551.

2.2.- ARTURO VALENCIA ZEA enuncia su teoría de la imposibilidad subjetiva o imprevisión así: "Si en el intervalo que separa la conclusión de un contrato y el de su ejecución, se produce un acontecimiento imprevisto que altera **notablemente** las condiciones económicas previstas en el momento de contratar, en forma que uno de los contratantes resulta notablemente perjudicado, ¿tendrá el lesionado alguna acción o recurso para que los Jueces revisen el contrato a fin de hacer desaparecer la lesión?".

Luego explica:

"1) La imprevisión supone un contrato bilateral del cual surgen prestaciones sucesivas o periódicas, como sucede con los precios del arriendo, los precios de la renta vitalicia, los contratos de suministro (de carbón, de gas, de agua, de energía eléctrica, etc.), las pensiones de alimentos, de jubilación, etc. La imprevisión se aplica igualmente en los contratos de ejecución continuada o cuando una de las prestaciones o ambas deban cumplirse dentro de cierto término; pero carece de aplicación en los contratos aleatorios y a los de ejecución instantánea (C. de Co., art. 868, párr. 30.)".

"2) La imprevisión es una noción diferente de la fuerza mayor o imposibilidad absoluta no culposa, pues en esta se supone un acontecimiento que destruye la prestación, y en aquella se realiza un acontecimiento que sin hacer im-

posible el cumplimiento de la obligación, la hace excesivamente onerosa para el deudor".

"También implica un concepto diferente del de la lesión enorme, pues en ésta la desproporción entre las prestaciones debe existir en el momento del contrato; en cambio, en la imprevisión se supone equivalencia de las prestaciones en el momento del contrato, equivalencia que es destruida por acontecimientos posteriores e imprevisibles".

Luego Valencia sintetiza los presupuestos de la imprevisión en las siguientes puntualizaciones:

"No podríamos terminar la revisión de este tema, sobre el cual volveremos muy poco en el resto de nuestro estudio, sin antes precisar los presupuestos de la imprevisión a la luz de las notas transcritas. Ellos son:"

"a) Que se trate de contratos de ejecución continuada, sucesiva o a término, por cuanto la imprevisión supone la duración del contrato en el tiempo".

"b) Que con posterioridad a la celebración del contrato se realice un acontecimiento que racionalmente no haya sido previsto por los contratantes, es decir, un acontecimiento que se encuentre por fuera del álea normal del contrato"

"c) Que el acontecimiento imprevisto altere notablemente las condiciones económicas previstas al momento de contratar, en tal forma que el contrato que en un principio fue sinalagmático, deje de serlo".

2.3.- Gabriel Correa Arango en su obra "De los Principales Contratos Mercantiles", páginas 322 y 323 expone:

"Finalmente, el codificador comercial la ha considerado en el respectivo estatuto (artículo 868), como "un triunfo de los espíritus modernos y generosos sobre los espíritus pacatos e injustos...".

"Luego de estos prolegómenos justificativos en la entronización de la teoría de la imprevisión en todo el derecho privado, centraremos nuestros esfuerzos en analizar y desglosar la norma legal que, desde el año 1971, permite que las relaciones negociales de orden comercial se les aplique dicha figura y que, de manera indirecta y por vía analógica cubra también esas relaciones entre particulares ya casi en vía de extinción, pero que se regulan todavía por las disposiciones del Código Civil".

Luego explica:

"LA TEORIA DE LA IMPREVISION EN MATERIA COMERCIAL":

"CONSIDERACIONES DE ORDEN JURIDICO Y MORAL"

"Es evidente que los excesos que se han presentado en los tiempos modernos en relación con la fuerza obligatoria de la autonomía de la voluntad, agudizados por la preponderancia jurídica que la concentración económica confiere a ese sujeto del derecho mercantil denominado empresa, han de ser objeto de oportunos correctivos a nivel del derecho positivo de cada país, con el fin de garantizar no sólo la igualdad entre las partes contratantes, sino también la equidad y la justicia en la ejecución de las prestaciones derivadas del contrato".

"Se debe así propiciar la modificación y en algunos eventos extremos la resolución del acuerdo contractual, cuando haya una variación ostensible y grave de las circunstancias existentes al momento de su perfeccionamiento".

"Así el derecho moderno afirma su propia y genuina misión de tratar de integrar de manera coherente y práctica, tanto las voluntades de las partes como la voluntad estatal, en la búsqueda permanente del bien común, ratificando además su fuerte e ineludible entronque con los valores éticos que, en ningún caso, pueden ser sacrificados a otros de rango inferior como la seguridad en las relaciones jurídicas, ni a la exigencia de una inflexible y desueta técnica contractual".

2.4.- En sus lecciones magistrales del Dr. Leonidas Ortega Moreira enseñaba que en todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano primaba el principio ético y jurídico del "No enriquecimiento injusto" y su correlativo del "no empobrecimiento injusto".

2.5.- El connotado internacionalista ecuatoriano Dr. Teodoro Alvarado Garai-coa en su trabajo titulado:

"Consideraciones acerca de los Principios de Nulidad y Revisión de los Tratados Internacionales" (año 1963), entre otros conceptos expuso los siguientes:

"El diplomático boliviano Luis Iturralde Chinel enjuicia el principio de revisión bajo los siguientes términos: Como toda obra humana, los tratados que crean o consagran derechos y obligaciones, sean éstos económicos, comerciales, limítrofes, políticos o sociales, son susceptibles de cambios o modificaciones, en igual forma que cualquier contrato celebrado entre particulares o entre éstos y el Estado, por imperio de las mismas voluntades que concurrieron a su formación".

"Por su parte, la Convención sobre Tratados suscrita en La Habana en 1928, proclamó en su artículo 14 que los tratados cesan de regir en los siguientes casos: a) cumplida la obligación estipulada; b) transcurrido el plazo por el cual fue

celebrado; c) cumplida la condición resolutoria; d) por acuerdo entre las partes; e) con la renuncia de la parte a quien aprovecha el tratado de un modo exclusivo; f) por la denuncia total o parcial, cuando proceda; y, g) cuando se torna inejecutable".

"Hemos expuesto estos antecedentes para concluir que los tratados son anulables y revisables; no son, pues, eternos ni inmutables, tanto más si en algunos casos se tornan inejecutables, y, entre otros, injustos".

"La cláusula (*rebus sic stantibus*) tiene vivencia y vigencia, convirtiéndose en muchas circunstancias en imperativa".

"El principio, *pacta sunt servanda* no impide la modificación de un convenio diplomático; el reajuste no supone la revisión de todos los tratados, sino solamente de aquellos que hayan originado situaciones perjudiciales a la conservación de la paz y atentatorias a la equidad, a la justicia y a la moral internacionales".

"En Alemania, Paff ha mostrado que la *rebus sic stantibus*, lejos de ser un concepto nuevo en el Derecho interno, puede vanagloriarse de un antiguo abo-lengo. La jurisprudencia registra ejemplos de su aplicación. El argumento de la seguridad aducido contra la doctrina está enervado por el de la equidad. En el Derecho anglosajón, la situación es muy parecida a la de Alemania. El principio llamado de la frustración está justificado por varios métodos, siendo el más generalmente aceptado el de la intención implícita. Las condiciones de la aplicación de la doctrina son: el suceso debe ser posterior, objetivamente grave y de tal naturaleza que hubiera prevenido a quienes razonablemente hubieran de contratar. La razón indica que un cambio fundamental de circunstancias respecto a las que prevalecían en el momento de contraer puede constituir una causa de disolución o de modificación de los tratados finalizados sin término, o para los con término fijo, antes de la expiración del término. Para Anzilott, la parte que invoca la cláusula *rebus sic stantibus* no formula una proposición, sino que hace valer un derecho".

"Respecto al revisionismo, que a veces ha sido presentado como equivalente de *rebus sic stantibus*, el internacionalista Julian Verplaetse expresa que la doctrina está tipificada en el artículo 19 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, que decía: La Asamblea podrá, de tiempo en tiempo, invitar a los miembros a que procedan a un nuevo examen de los tratados que se hayan hecho inaplicables, y también de las situaciones internacionales cuya continuación pudiera poner en peligro la paz del mundo".

"Los que sostienen en toda su pureza y en toda su integridad el principio de la santidad de los tratados rechazan el principio de *rebus sic stantibus*. Es la

concepción estática del Derecho Internacional; mas, por otra parte, la práctica internacional muestra que muchos casos **de rebus sic stantibus** han sido reconocidos; como ejemplos se puedan citar **el de la derogación por parte de Alemania de varias partes del Tratado de Versalles**, y la Gran Bretaña reconoció la abrogación, en parte, del Tratado de Versalles, concluyendo con Alemania un Tratado Naval en 1937'.

"Verplaetse opina que el que tenga del Derecho Internacional una concepción dinámica aceptará el valor operativo de la *rebus sic stantibus*. Tal vez opinará que la *pacta sunt servanda* es letra muerta sin la *rebus sic stantibus*; que objeto, sujeto y voluntad son condiciones fundamentales de los pactos; admitirá el recurso unilateral *rebus sic stantibus* para mantener el verdadero carácter bilateral de los convenios, **tanto más que el Derecho Internacional está menos fijado y es más movedido que el Derecho interno donde, sin embargo, ha sido discutido y, a veces, admitido**".

III.- LA TESIS CONTRARIA.

El profesor STOLFI, citado por Correa Arango, sostiene que "es pesimista y radical frente **a disposiciones legales que autoricen la intervención judicial en las relaciones contractuales particulares, expresando así su inconformismo**.

"Es de temer que la fórmula expresada pueda presentarse a fines distintos o peores: A inducir al Juez a creerse autorizado para refundir el contrato según su idea de equidad y justicia, olvidando lo que las **partes** han querido y, por lo tanto, con riesgo de llegar a un resultado distinto y quizá opuesto al **perseguido**. **En efecto: mientras las dos voluntades deben interpretarse** en la armonía entre sí, evitando que uno de los contratantes aventaje al otro, la norma de estudio **puede hacer pensar al Juez que puede manejar el acto según sus puntos de vista personales, provocando con ello una injusta ventaja de una de las partes en perjuicio de la otra, en el vano intento de establecer él, que es un extraño, la compensación y equilibrio de intereses de quienes habiéndose obligado personalmente, son los únicos que pueden y deben ocuparse de sus negocios y derechos, los cuales el Juez debe proteger escrupulosamente**". (G. STOLFI, "Teoría del Negocio Jurídico"). "Ponderando la peligrosidad de **la teoría que se estudia, el Tribunal Supremo de España se pronunció así en diferentes sentencias**":

"Es una cláusula peligrosa y, en su caso, debe admitirse cautelosamente" (sentencia de 17 de mayo de 1957). "Sólo con gran cautela y notoria justificación se podrá hacer uso de la citada facultad modificadora" (sentencia de 13 de junio de 1944).

"Teoría jurídicamente equitativa, pero necesitada de aplicación muy cautelosa" (sentencia de 14 de diciembre de 1940). "Es norma de elemental pruden-

cia el proceder con cautela en la aplicación de tales arbitrios equitativos" (sentencia de 15 de enero de 1960").

La tesis adversa -como es fácil advertir- parte del principio de santidad e intangibilidad del contrato, oponiéndose a la consagración del principio de revisión. En suma se plantea la aplicación irrestricta del art. 1588 del Código Civil que textualmente dice:

"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalido sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

IV.- LOS CASOS EN EL CODIGO CIVIL

Sinembargo de lo expresado en el art. 1588, se advierte que el propio Código aplica la revisión de lo contactado en los siguientes casos:

"Art. 1539.- El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es:

- 1) Al deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia; y,
- 2) Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero, en este caso, el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones".

"Art. 1.896.- El arrendador, en virtud de la obligación de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo, no podrá, sin el consentimiento del arrendatario, mudar la forma de la cosa arrendada, ni hacer en ella obras o trabajos que puedan turbarle o embarazarle el goce de ella.

Con todo, si se trata de reparaciones que no puedan sin grave inconveniente diferirse, estará el arrendatario obligado a sufrirlas, aún cuando le priven del goce de una parte de la cosa arrendada; pero tendrá derecho a que se le rebaje, entre tanto, el precio o renta a proporción de dicha parte.

Y si estas reparaciones recaen sobre tan gran parte de la cosa, que el resto no aparezca suficiente para el objeto con que se tomó en arriendo, podrá el arrendatario dar por terminado el arrendamiento.

El arrendatario tendrá, además, derecho para que se le abonen los perjuicios, si las reparaciones procedieren de causa que existía ya al tiempo de contrato, y no era entonces conocida por el arrendatario, pero lo era por el arrendador, o era tal que el arrendador tuviera antecedentes para temerla, o debiese por su profesión conocerla.

Lo mismo será cuando las reparaciones hayan de embarazar el goce **de la** cosa demasiado tiempo, de manera que no puede subsistir el arrendamiento sin grave molestia o perjuicio del arrendatario".

"Art. 1.898.- Si el arrendatario es turbado en su goce por vías de hecho de terceros que no pretenden derecho a la cosa arrendada, el arrendamiento, a su propio nombre perseguirá la reparación del daño.

Y si es turbado o molestado en su goce por terceros que justifiquen algún derecho sobre la cosa arrendada, y la causa de este derecho hubiere sido anterior al contrato, podrá el arrendatario exigir una disminución proporcionada **en el** precio o renta del arriendo, para el tiempo restante.

Y si el arrendatario, por consecuencia de los derechos que ha justificado un tercero, se hallare privado de tanta parte de la cosa arrendada, que sea de presumir que sin esta parte no habría contratado podrá exigir que cese el arrendamiento.

Además, podrá exigir indemnización de todo perjuicio, si la causa del derecho justificado por el tercero fue o debió ser conocida del arrendador al tiempo del contrato, pero no lo fue del arrendatario, o siendo conocida de éste, hubo estipulación especial de saneamiento con respecto a ella.

Pero si la causa del referido derecho no era ni debía ser conocida del arrendador al tiempo del contrato, no estará obligado al arrendador **a** abonar el lucro cesante".

"Art. 1.990.- El arrendatario tiene derecho a la terminación del arrendamiento y aún a la rescisión del contrato, según los casos, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que fue arrendada, sea que el arrendador conociese o no el mal estado o calidad de la cosa al tiempo del contrato, y aún en el caso de haber empezado o existir el vicio de la cosa **después** del contrato, pero sin culpa del arrendatario.

Y si el impedimento para el goce de la cosa es parcial, o si la cosa se **destruye** en parte, el juez decidirá, según las circunstancias, si debe tener lugar la terminación del arrendamiento, o concederse una rebaja del precio o renta".

"Art. 1964.- Los contratos para construcción de edificios, celebrados con **un** empresario que se encarga de toda la obra por un **precio único prefijado, se sujetan, además,** a las reglas siguientes:

2a.- Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse **autorizar**

para ellos por el dueño; y si éste rehusa, podrá ocurrir al Juez para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda".

"Art. 2.018.- A ningún socio podrá exigirse aporte más considerable que aquél a que se haya obligado. Pero si por una mutación de circunstancias no pudiese obtenerse el objeto de la sociedad sin aumentar los aportes, el socio que no consienta en ello podrá retirarse, y deberá hacerlo si sus consocios lo exigen".

"Art. 2.275.- Siempre que el fiador dado por el deudor cayere en insolvencia, estará obligado al deudor a prestar nueva fianza".

"Art. 2.353.- Si la finca se perdiere o deteriorare en términos de no ser suficiente para la seguridad de la deuda, tendrá derecho al acreedor a que se mejore la hipoteca, a no ser que consienta en que se le dé otra seguridad equiva. lente. En defecto de ambas cosas, podrá demandar el pago inmediato de la deuda líquida, aunque este pendiente el plazo, o implorar las providencias conservativas que el caso admita, si la deuda tuere ilíquida, condicional o indeterminada".

V.- EN EL CODIGO DEL TRABAJO Y EN LA CONTRATACION PUBLICA.

- a) La aplicación del principio de revisión prima en el Código del Trabajo a través del Contrato Colectivo y las Actas Transaccionales que implican contratos-leyes que revisan y modifican lo acordado.
- b) En la contratación pública, a partir del último gobierno del Dr. José María Velasco Ibarra encontramos:

En los decretos Nos. 663, 331 y 632, expedidos el 7 de mayo de 1971, el 9 de mayo de 1972 y el 24 de junio de 1974, promulgados en los registros oficiales Nos. 220 de 10 de mayo de 1971, No. 63 de 17 de Mayo de 1972, y, No. 586 de 2 de julio de 1974, se establecieron normas para el reajuste de precios a que tienen derecho determinados contratistas del sector público; posteriormente la Ley No. 123 del reajuste de Precios (R.O. 461 del 30 de marzo de 1983) y el Reglamento para su Aplicación (Decreto Ejecutivo No. 2059 R.O. 581 de 19 de septiembre de 1983, luego incorporados en la Ley 95 de Contratación Pública (R.O. 501, 16 de agosto de 1990), responden al mismo criterio revisionista.

VI.- FUNDAMENTACION .

Fernando Canosa Torrado en su obra "Resolución de los Contratos" - Pag. 82 y siguientes explica la fundamentación:

"I. Teoría de la equidad"

"Sostiene que la teoría de la imprevisión no es más que la aplicación a las relaciones contractuales del mismo principio de equidad, con las reservas que

resultan del necesario respecto a la fe dada y **de la** existencia misma del contrato".

"Se ha afirmado en su contra que la equidad no es el fundamento del instituto sino más bien el criterio y la medida del remedio (que se quiere sea flexible) para eliminar la excesiva onerosidad; y, sobre todo, no es el único remedio porque, como hemos visto, el remedio principal es, al menos para el contrato con prestaciones recíprocas, la resolución. La equidad puede considerarse como razón de política legislativa que ha inspirado esos remedios, pero no es su razón técnico-jurídica. Como razón técnico-jurídica sería indeterminada y, a la vez, demasiado genérica para poder ser atendible".

"II. Teoría de la causa"

"Sostiene que el fundamento de la resolución por excesiva onerosidad se encuentra en el hecho de que "vendría a faltar parcialmente la causa del contrato en su aspecto funcional".

"Se ha dicho en su contra que de esta manera se haría, del concepto de causa, una entidad genérica y de muy amplia comprensión que, debiendo abarcar situaciones heterogéneas terminaría por convertirse en algo vago, donde aquellas situaciones vendrían a perder el contrato específico que a cada una le es propio".

Teoría de la buena fe"

"Es planteada por PLANIOL y RIPERT, quienes escriben":

"En el estado actual de la legislación pudiera tenerse como fundamento de esta teoría el artículo 1.134, párr. 3, Cód. Civ., según el, cual los contratos han de cumplirse de buena fe. Frecuentemente se entiende por esto que hay que ajustarse a la intención de las partes (. . .). El principio de la buena fe domina la voluntad de las partes y no puede admitirse que ello solamente es así al tiempo de formarse el contrato y no al de cumplirlo. Si la buena fe impone no engañar al contratante, también obliga a no enriquecerse con sus perjuicios si, por circunstancias imprevistas, el contrato se convierte en algo muy distinto de lo que habían pretendido hacer ambas partes".

"IV. Teoría de la anormalidad del álea"

"Fue creada y explicada por MESSINEO en los siguientes términos: "En opinión del que esto escribe, el fundamento no puede ser unitario, dado que no lo es el remedio. Es preciso distinguir entre contrato con prestaciones recíprocas y contratos con prestaciones de una sola parte".

"En el primer caso, la razón de la resolubilidad -a nuestro parecer- ha de descubrirse en la anormalidad del álea del contrato: anormalidad del álea que -en el momento de la ejecución- determina la ruptura del equilibrio inicial entre las prestaciones, tal como fue visto y tenido presente por las partes en el momento de la conclusión del contrato: las cosas ya no están como estaban en aquel momento.

"Tan fundada es esta explicación, que la ley prohíbe la acción de resolución tanto en el caso de que la excesiva onerosidad entre el álea normal del contrato como en el de que éste sea aleatorio por su naturaleza o por voluntad de las partes. Cuando el álea sobrepasa la medida normal y se hace anormal por un acontecimiento extraordinario, la parte que, sin posibilidad de previsión, resultara excesivamente gravada, tiene por lo tanto el derecho a pedir la resolución".

"La ley, si bien no exige la equivalencia objetiva entre las prestaciones, exige, sin embargo, que la relación entre las prestaciones establecidas en el momento de la conclusión del contrato -sea cual fuere éste- se mantenga luego inalterada en la fase de la ejecución del mismo, porque de no ser así, aquella de las partes en cuyo perjuicio se altere la relación se enfrentaría con un riesgo de tal gravedad, que no sería compatible con la función del contrato conmutativo, ya que se introduciría en él un álea superior a lo normal, lo que es contrario a la noción misma de ese tipo de contrato. El remedio de la solución tiende, precisamente, a redimir de esa carga a la parte que debería soportarla. La ley admite que el contratante obtenga un beneficio del contrato: pero no admite que obtenga un beneficio excesivo respecto del que inicialmente podía prometerse; y que, correlativamente, el otro contratante sufra un perjuicio más grave que el que podía esperarse inicialmente del contrato, porque se alteraría la relación originaria entre las prestaciones".

"Ha de agregarse que, si bien no desemboque nunca en la resolución, un fundamento análogo tiene el remedio de la reducción de la prestación (de la modificación en las modalidades de ejecución) prevista en el artículo 1468 para el contrato con prestación de una sola parte. También en este caso se perfila un álea anormal del contrato a la que se pone remedio en los modos antes recordados".

"A primera vista podría parecer que, en el contrato con prestación de una sola parte, no exista álea; pero si no hay el álea del contrato aleatorio, existe el álea que, en diversa medida, es propia de cada contrato".

"En razón del fundamento que ha de atribuirse al instituto de la resolución por excesiva onerosidad, se entiende cómo él mismo tiene carácter excepcional. Si no fuese tal, se habría introducido subrepticamente en nuestro derecho el

principio de la revisibilidad de los contratos por obra del Juez (aunque fuese únicamente de los contratos de ejecución continuada o periódica o bien de ejecución diferida): lo que ha de excluirse, por la razón sustancial de que él chocaría con el otro principio fundamental de la inmodificabilidad y de la obligatoriedad del contrato una vez estipulado (otra cosa ocurre con la resolución por incumplimiento de la contraparte o por imposibilidad de la prestación): **la** certeza y la estabilidad de la relación contractual quedarían por ello seriamente comprometidas".

VII.— CRISIS DE LA TESIS:

Lo que podría conceptuarse como Crisis de la Tesis, Valencia Zea en su Tomo, págs. 446,447 y **448** lo resume así:

"Puede estimarse, consultando el estado actual del derecho, que esta muerte de la teoría de la imprevisión no ha sido definitiva, toda vez que ha sido consagrada claramente en el nuevo Código italiano de 1942, en la nueva jurisprudencia alemana, en la jurisprudencia administrativa francesa, etc".

"Finalmente, es recogida por el art. 868 del nuevo Código de Comercio, en los siguientes términos: "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 esta pedir su revisión".

"Varias razones han expuesto los juristas para dar una adecuada fundamentación a la teoría de la imprevisión".

"1) Un primer grupo de autores parte de la idea de que el contrato no es algo absoluto e inmutable, sino una institución esencialmente relativa, que puede cambiar cuando las circunstancias que tuvieron en cuenta los contratantes, han variado. En desarrollo de esta idea, han repetido muchos autores que los contratantes al contratar se han referido a las circunstancias existentes **en ese** momento y han pensado que esas circunstancias y no otras son las que regularán la ejecución del contrato. La imprevisión, pues, es la resultante de una cláusula tácita inherente a todo contrato de larga duración: la conocida cláusula rebus sic stantibus, abreviación de la vieja fórmula: contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur".

(Nota) "Más detalles pueden verse en Bonnecase, t. III, núm. 302. BRUZIN ha defendido esta fundamentación, distinguiendo entre circunstancias contractuales y circunstancias extracontractuales. Las primeras son las previstas **en el** momento del contrato, aquellas sobre las cuales ha recaído la declaración de

voluntad; las extracontractuales son las que aparecen posteriormente y que no fueron tenidas en cuenta en el momento de contratar. La imprevisión, agrega este autor, supone dos ambientes jurídicos y económicos: el del contrato y el de su ejecución. La ruptura o sustancial diferencia entre esos dos ambientes da su valor a la teoría que se estudia".

(fin de la nota)

"Otros autores, sin apartarse de la idea esencial que acoge la citada cláusula rebus sic stantibus, pero precisando un poco mejor su contenido, han dicho que la imprevisión se funda en que las nuevas circunstancias económicas suelen cambiar la prestación primitiva, de suerte que el deudor, en el momento de ejecutarla, se encuentra con otra prestación distinta de la que originalmente contrajo, y obligarlo a ejecutar otra prestación distinta resulta contrario a la buena fe"

"La misma idea, aunque enunciada en forma más aguda y técnica, es la compendiada en la conocida fórmula de desaparición de la base del negocio. Por base del negocio ha de entenderse "las representaciones de los interesados, al tiempo de la conclusión del contrato, sobre la existencia de ciertas circunstancias básicas para su decisión"; la resolución por Imprevisión se fundamenta, entonces, en que las bases económicas del negocio han desaparecido en virtud de una alteración posterior de las circunstancias".

2) Separándose de la idea que acoge la cláusula rebus sic stantibus, otros autores han expresado que la imprevisión se funda en el principio que prohíbe a una persona enriquecerse sin causa a de otra. Si se obliga al deudor a cumplir la misma prestación a pesar del cambio de circunstancias, el acreedor obtendrá un enriquecimiento indebido pues el contratar nuevamente la prestación le costaría más".

3) En vez de considerar como excluyentes las fundamentaciones expuestas, debe estimarse que todas ellas confluyen.

VIII.- CONCEPTO DE LA TEORIA.

Correa Arango en su obra "De los Principales Contratos Mercantiles", págs. 325 y 326 plantea el concepto de la teoría en los siguientes párrafos:

"De acuerdo con el precepto arriba transcrito, la teoría de la imprevisión o de lo imprevisible como la denominó con rigorismo y acierto el jurista chileno doctor Lorenzo de la Maza Rivadeneira, es aquella que admite la revisión de los contratos válidamente celebrados por las partes con el fin de modificarlos o resolverlos cuando, al momento de la ejecución de las prestaciones, las circunstancias se han alterado por causas que las partes no pudieran racionalmente prever al momento de la perfección del acuerdo contractual".

"Siguiendo al profesor Bonnacase, podemos reducir el contenido de esta teoría al siguiente planteamiento: Es justo admitir que un acuerdo contractual

pueda ser modificado o darse por terminado en sus efectos por decisión judicial, cuando acontecimientos posteriores a su celebración, que no se tuvieron en cuenta (no se previeron) y no podrían, lógicamente, preverse por las partes (imprevisibles), crean una situación particularmente onerosa para las partes haciendo excesivamente gravoso el cumplimiento de las obligaciones originadas en el contrato".

"Intimamente ligada esta teoría a un principio cardinal de la contratación como lo es la seguridad y la certeza en las relaciones jurídicas, es posible afirmar que la figura de la imprevisión si se aplica dentro de sus justos límites y con base en una serie de factores más o menos objetivos que orienten la decisión del juzgador, no altera la seguridad en el tráfico jurídico sino que, por el contrario, contribuye a su aplicación, ya que los contratantes van a tener la certidumbre de un recurso que restituya la equivalencia de las prestaciones, en el evento de que, los efectos de un suceso no previsto por ellas y además imprevisible, altere el negocio jurídico haciéndolo excesivamente oneroso de cumplir; pero lo anterior no debe servir en manera alguna de acicate para que los contratantes actúen de mala fe o con temeridad en la actividad negocial normal".

"EL ALEAS NORMAL" (Págs. 328 - 329)

"De otro lado, la realidad de las cosas y la vida cotidiana nos enseñan que no tiene ninguna justificación afirmar que el riesgo es inherente a la especulación propia de la contratación mercantil, y que aquel que celebra un contrato cuyas prestaciones quedan diferidas en el tiempo, debe someterse a los efectos dañinos de los advenimientos fortuitos, que puedan inopinadamente sobrevenir entre la celebración del contrato y su cumplimiento, resultando éste más gravoso de lo que fue posible prever".

"Lo que sí es cierto es que a cada especulación hay inherente un riesgo determinado dependiendo del tipo particular de contratación y que, los errores en la valoración subjetiva de ese riesgo, carecen de importancia jurídica alguna frente a la teoría de la imprevisión".

"De lo anterior podemos inferir que en los contratos conmutativos o con equivalencia, está previsto por los contratantes la asunción de cierto riesgo normal, consustancial al contrato específico celebrado (variación de precios en materias primas, devaluación de la moneda, en el ejemplo del suministro), que no depende del advenimiento de circunstancias extraordinarias e imprevisibles que las partes no pudieron calcular al acordar las recíprocas relaciones de equivalencia".

"Así las cosas, cuando el desequilibrio prestacional no se deba a fenómenos o circunstancias extraordinarias e imprevisibles, sino que se encuadra dentro de lo que la doctrina ha denominado "aleas normal", será inaplicable este remedio revisor que constituye la teoría de la imprevisión".

"El Tribunal Supremo de España, en sentencia de 15 de marzo de 1972, se expresa así sobre el particular: "En los contratos conmutativos, no obstante serlos, **las partes asumen al celebrarlos un riesgo que es consustancial en el tráfico jurídico, es decir, existe en ellos cierta aleatoriedad, pero esa onerosidad no es la extraordinaria, desproporcionada y fuera de lo normal que origine la ruptura de la exación de las prestaciones, como sucede en la transmisión sin contraprestación**".

IX.- JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.

Valencia Zea en su Tomo 3 - Pág. 448, trae las siguientes referencias jurisprudenciales:

"En general, la jurisprudencia nacional admite la posibilidad de que un contrato pueda revisarse cuando las circunstancias que lo motivaron han cambiado notablemente. Así, en una sentencia de la Corte Suprema de 1936, se declaró que la teoría no era aplicable a los contratos en que las partes ya habían cumplido sus obligaciones. Y en otra sentencia, la misma Corte enfáticamente dijo: "En nuestro derecho positivo, la teoría de la imprevisión tiene perfecta aplicación en los contratos a término, de prestaciones sucesivas y de especulación.

"Posteriormente, en sentencia de 1938 se advirtió que las nuevas circunstancias deben exceder "en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad, que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes".

"En efecto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho: "La teoría de la imprevisión que según DEMOGUE nació en el derecho canónico debido a los esfuerzos de los canonistas de la Edad Media que impusieron su aplicación por los tribunales eclesiásticos, impidiendo así el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, como algo contrario a la moral cristiana, supone, como subentendida en los contratos una cláusula rebus sic stantibus, según la cual sus autores explicaban que las partes implícitamente se reputaban haber subordinado la subsistencia de sus respectivas obligaciones en los términos en que habían convenido, a la persistencia de las condiciones de hecho existentes el día del contrato. La fórmula completa es: contractus qui habet tractum succesivum et dependiant de futuro rebus sic stantibus intelliguntur.

"Esta teoría, radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir, que se trata de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento, sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el con-

trato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. no se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc."

"Aceptada casi unánimemente esta teoría por la doctrina y la jurisprudencia extranjera en el campo del derecho administrativo, no ha tenido sin embargo igual acogida en el campo del derecho civil, objetándose de contraria a la integridad y firmeza de los contratos. En Francia, la jurisprudencia de los tribunales civiles durante el siglo pasado rehusó 'aplicar la teoría, porque le daban Primacía al principio de la autonomía de la voluntad. Solamente en los años posteriores a la guerra de 1914-1918, los grandes tratadistas, merced al abandono de la interpretación exegética de los textos, tratan de incrustarla dentro de la doctrina de los códigos de **tradición napoleónica, aun cuando entre ellos surgen** desacuerdos cuando se dedican a darle el verdadero fundamento científico. Así, a la escuela espiritualista, de RIPERT, fundada sobre el predominio de la noción de moral, se oponen las opiniones de BONNECASE y de DEMOGUE, para quienes la noción de derecho y la función económica y social del contrato bastan a justificar la teoría".

X.- CODIGO DE COMERCIO DE COLOMBIA DE 1971.

El art. 868 del nuevo Código de Comercio, dice:

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

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

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

XI.- LA TESIS DE LA REVISION EN EL DERECHO COMPARADO.

Léase Valencia ?rea - Tomo 3 - Pág. 449/50.

"1.- El Código Civil italiano de 1942 ha reglamentado en forma clara y amplia el campo de aplicación de la imprevisión".

"Según el art. 1467: "En los contratos de ejecución continuada o periódica, como en los de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes se convierte en excesivamente onerosa por verificarse un acontecimiento extraor-

dinario e imprevisible, la parte que debe la prestación puede demandar la resolución del contrato... La resolución no puede ser demandada si la excesiva onerosidad subsiguiente ha entrado dentro del álea normal del contrato. La parte contra la cual se ejerce la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato".

"Y el art. 1468 reglamenta en los mismos términos la imprevisión en los contratos unilaterales, en el sentido de que se puede pedir la reducción de la obligación; finalmente, el art. 1469 excluye la imprevisión en los contratos aleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes".

"2.- El Código Civil alemán carece de una enunciación general de la imprevisión, pero de ella hace algunas aplicaciones. Así, los arts. 626 y 723 otorgan el derecho de denuncia en los contratos de servicios y la sociedad, si con posterioridad "surge un motivo importante" (wenn ein wichtiger Grund vorliegt); este motivo o razón importante "pretende tener en cuenta las alteraciones de las circunstancias que mediaban al tiempo de la cuenta las alteraciones de las circunstancias que mediaban al tiempo de la celebración del contrato".

XII.- PROBLEMAS EN LA ECONOMIA DINAMICA.

Gabriel Correa Arango explica lo siguiente acerca de las:

"Cláusulas de Estabilización Monetaria"
"Consideraciones Generales:"

"Contratar es prever; el contrato realmente es una empresa sobre el porvenir; todo contrato nos da una idea de certeza, de seguridad; es por eso que admitir la revisión del contrato en todos los casos en que se presente una situación que no ha sido prevista por las partes, sería quitarle al contrato su utilidad, su función económica, que consiste precisamente en garantizar o amparar al acreedor contra lo imprevisto".

"El deudor no puede faltar a su palabra o incumplir el contrato con el pretexto de que no previó la importancia de la deuda, por ejemplo".

"Aquel evento ordinario que las partes pudieron evitar, pactando en el acuerdo contractual los remedios oportunos en los casos en que las prestaciones se difieren en el tiempo, tales como, revisión periódica del contrato, cláusulas de estabilización, corrección monetaria, etc., para garantizar al acreedor de la prestación que la cantidad a recibir no resultará afectada por la disminución del poder adquisitivo de la moneda, no puede entenderse como alteración extraordinaria imprevista e imprevisible, porque si los remedios no fueron adoptados, es decir, no se previó lo que pudo haberse previsto racionalmente, se faltó a un

deber, a una carga que está incluida en el espectro contractual. No prever lo que pudo haberse previsto, vulnera principios como el de la diligencia y cuidados regulares que deben tener las partes en la vida negocial".

"Es que los contratantes pueden mantener la equivalencia prestacional mediante acuerdos en los que se adopten las medidas correctoras del principio del nominalismo, ya que toda prestación aplazada, sobre todo de dinero, implica un cierto riesgo para el acreedor. No solo el riesgo de la insolvencia, sino también el de la depreciación monetaria".

"La contratación mercantil ofrece la posibilidad de que los contratantes remedien esas circunstancias, mediante la adopción de las llamadas **"Cláusulas da Estabilización Monetaria"**, sobre todo en aquellos contratos que imponen a una de las partes una prestación **diferida de dinero, fenómeno que ocurre** en la mayoría de las modalidades de la contratación mercantil que conocemos en nuestro medio".

El principio Nominalista.-

"Estas situaciones de injusticia pueden ser remediadas por el legislador, acudiendo a sistemas como el de la unidad de poder adquisitivo constante UPAC o, en general, a cláusulas que la doctrina ha denominado de "revalorización de deudas", consistentes en "elevar la cifra de la deuda pecuniaria", como lo expresa el profesor Garrigues. Estas cláusulas evidentemente implican la ruptura del principio del nominalismo ya que el acreedor no es una víctima apacible del deudor al no tenerse que conformar con recibir la misma cantidad que entregó, sino que podrá exigir de su deudor una cantidad mayor, es decir, **el monto que resulte de la revalorización de la deuda original**".

XIII.- TRABAJO DE SEMINARIO DE LAS ENTONCES LCDAS. MARTHA ZONILLA Y PILAR RUIZ (1975)

**"LA RESOLUCION DEL CONTRATO POR EXCESIVA ONEROSIDAD"
"SOBREVINIENTE DE LA PRESTACION"**

La Lcda. Martha Zonilla dijo:

"La Ley distingue la onerosidad normal de la onerosidad excesiva o anormal, la última de las cuales transforma el contrato concluído sobre una base económica determinada, en un contrato cuyo fundamento económico viene a ser modificado en el momento de la ejecución. De estas condiciones surge la aplicabilidad de una solución jurídica: LA RESOLUCION, que los juristas de la Edad media solían derivar de una cláusula intrínseca y sobreentendida "rebus sic stantibus". Esta norma vital significa que el contrato mantiene en la etapa de ejecución la situación de recíproco sacrificio y ventaja tenida por las partes en

el momento de conclusión, y no la mantiene en el momento en que tal situación se modifica".

"La excesiva onerosidad no es una Institución tratada en el O: Ecuatoriano, y constituye esta omisión una lamentable limitación d marco jurídico y su correspondiente normatividad en las relaciones particulares, talvéz este defecto tiene por causa la progresiva senectud relativamente invariable del Derecho Civil, insuficiente en la previsión de fenómeno, **SOCIO-**economicos actuales que azotan con fuerza arrolladora el sector legal: tales como la depreciación monetaria, la revalorización de la moneda sobreabundancia de bienes, procesos éstos que ocupan los primeros planos en el acontecer general de un país y que con súbita rapidez pueden trastocar el carácter de mutuo beneficio de los contratos.

"Como antídoto de gran valor la legislación visionaria de otros Estados, ya hablan de la resolución de los contratos por causa de excesiva onerosidad remedio éste a más de tender al equilibrio indispensable entre las partes es causa también de una higiene contractual necesaria. El Ecuador en materia civil requiere con urgencia que introduzca en su legislación positiva la excesiva onerosidad de los contratos como causa de resolución, y no estar al simple albor de cláusulas privadas como la de revisibilidad del precio; o al contrario mantenerse en soluciones insuficientes como la lesión enorme en materia de inmuebles".

Por su parte la Lcda. Pilar Ruiz dijo:

"-La teoría de la cláusula Rebus Sic Stantibus, en virtud de la cual las partes contratan en consideración a las circunstancias existentes al momento de la conclusión del negocio jurídico, subentendiéndose en todo contrato conmutativo, la cláusula Rebus Sic Stantibus, según la cual el consentimiento queda subordinado a la persistencia del Estado de cosas existente al momento de contratar. Si las circunstancias varían, de modo extraordinario e imprevisible, el contrato debe variar, pudiendo ser revisado por el Juez para adaptarlo a la nueva realidad. Esta teoría la vinculan en el sistema de interpretación de los contratos, fundándose en el Art. 1603 del C.C., por lo que agregan: El intérprete al buscar la común intención de los contratantes, legará por inducción a constatar la voluntad de establecer la cláusula rebus sic stantibus y podrá entonces aplicarla revisando el contrato".

XIV.- NORMA CONSTITUCIONAL.

En la constitución del 77-79, en su texto original, por primera vez, en forma explícita, se introdujo, como norma programática (su programa debía ser desarrollado en la Ley), "la revisión de los contratantes para **evitar el enriqu**

cimiento injusto y mantener la equidad en las relaciones contractuales" (No. 11 del Art. 19 de la Constitución redactada en 1977 y aprobada en el Referendum de 1978).

La adopción del criterio en la Primera Comisión de **Reestructuración** jurídica del Estado, demandó una detenida discusión en tomo al principio de santidad de los contratos y a la cláusula "rebus sic stantibus".

Luego, la Reforma de 1983 suprimió la norma constitucional a base del siguiente criterio expuesto por la "Comisión Especial de Asuntos Constitucionales":

"Con relación al numeral 11 el texto vigente declara la libertad de contratación, pero con ciertas limitaciones cuyos alcances resultan insólitos dentro de un sistema económico social como el que estatuye el gran marco de la Ley Fundamental, y así indica que "la ley regulará las limitaciones de este principio (el de la libre contratación) y lo relativo a la revisión de los contratos para evitar el **enriquecimiento** injusto y mantener la equidad en las relaciones contractuales". Este texto no se refiere a los contratos de trabajo, que justificaría **una intervención de** "la Ley" en las contrataciones, pues el derecho a la libertad de trabajo, comercio e industria es materia de otro ordinal de este mismo artículo; por **otra parte el** artículo 31 de la Constitución vigente trata sobre las garantías del trabajo, de modo que ahí -y no en la ley"- están los principios **inviolables** de protección a los trabajadores como es el caso de su literal a). Las **limitaciones pues, al principio de libre contratación, del numeral 11**, esto es, a los contratos en general, de cualquier naturaleza que sean y que conforme a nuestro derecho común son ley para los contratantes, dejarían de serlo allí donde la autoridad pública amparada en una ley que violenta el principio de libre contratación, decide aplicar el criterio del "enriquecimiento injusto" y el de "equidad en las relaciones contractuales".

"Basada en estas consideraciones, la Comisión ha eliminado del literal 11 que nos ocupa, la referencia improcedente "...revisión de contratos para evitar el enriquecimiento injusto y mantener la equidad en las relaciones contractuales".

En mi opinión, una falta de comprensión inspiró la reforma constitucional en un tema que las circunstancias actuales lo vuelven mandatorio. De lo contrario no se comprendería la razón de viejos criterios ahora actualizados por el valorismo, la corrección monetaria, la vivienda de valor constante, la indexación, las estipulaciones de modificación automática en relación a salarios mínimos, el reajuste de precios y otros mecanismos que la incesante variación de nuestro tiempo impone en el proceso de una economía liberal que no puede ni debe equivocarse por la santidad de lo pactado.