

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

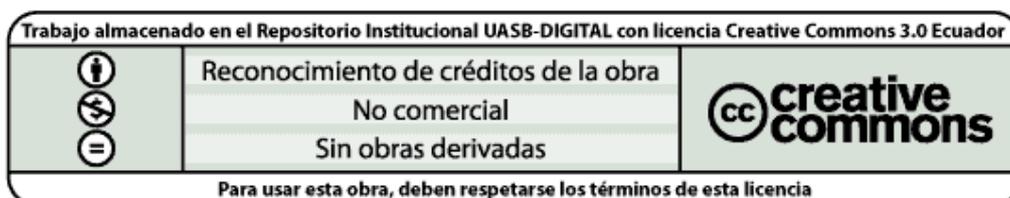
Programa de Maestría en Derecho de la Empresa

**La teoría de la imprevisión en los contratos de mutuo en la
legislación ecuatoriana**

Autor: Carmen Elena Cepeda Pazmiño

Tutora: Carmen Simone Lasso

Quito, 2017



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Carmen Elena Cepeda Pazmiño, autora de la tesis intitulada “La Teoría de la Imprevisión en los Contratos de Mutuo en la legislación ecuatoriana”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho de la Empresa en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, a enero de 2017

Firma:

Resumen

No cabe duda que el hecho de dar una fuerza vinculante obligatoria a las partes que intervienen en la celebración de un contrato, es la base fundamental para dar seguridad jurídica en las relaciones de negocios a todo nivel. Es así como se concibió desde un inicio en la antigua Roma y de ahí el “*pacta sunt servanda*” o lo pactado obliga. De este mismo aforismo se desprende lo que todos los abogados pugnamos por que se respete cuando un contrato es irrespetado por cualquiera de las partes, argumentando que el contrato es ley para las partes.

También debo partir del hecho de que la mayoría de los contratos que se cierran a diario, tienen como base la buena fe de los partícipes en tales actos. Sin embargo, no se debe desechar el hecho de que existen situaciones que estando fuera de la relación contractual entre dos personas, afectan de tal manera esa relación, que pueden poner a una de ellas en una situación que en lugar de hacer que obtenga beneficios del negocio, la coloque en tal desventaja que inclusive se torne prácticamente imposible el cumplimiento de sus obligaciones.

Estas situaciones ajenas y completamente imprevisibles por las partes dieron origen a la famosa cláusula “*rebus sic stantibus*” o lo que es lo mismo “estando las cosas así”, que permiten replantear el negocio y tomar las medidas necesarias para conseguir el equilibrio de las obligaciones de las partes.

En el Ecuador, por mandato de la ley, los contratos de préstamo o mutuo bancario se realizan a través de los contratos de adhesión, los cuales son protegidos por así decirlo por parte de la legislación vigente, especialmente la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, y pese a ello, en temas de imprevisión no tienen ninguna norma que los pueda amparar.

En tales situaciones, se hace necesaria la intervención del poder del Estado a través de la Función Judicial, quien en aplicación a lo establecido en el contrato social, por el cual los ciudadanos soberanos entregamos de forma voluntaria al Estado la facultad de dirimir los conflictos que se presenten entre nosotros. En consecuencia, éste deberá dirimir este problema y encontrar una solución que más que legal, sea justa. Esto nos ha hecho pensar en la introducción de la teoría de la imprevisión dentro de la legislación ecuatoriana, algo que hasta el momento ha sido ajeno a nuestra realidad.

Dedicatoria

A Eduardo Patricio, mi esposo, amigo, y compañero de vida, quien me apoya para que consiga mis metas profesionales y personales, y especialmente contribuye día a día a que obtenga el mayor del éxito al que aspira un ser humano que es ser feliz.

Índice

Capítulo primero	9
1.1 El contrato como fuente de obligaciones y el <i>pacta sunt servanda</i>	9
1.2 Efectos de los contratos	14
1.3 La obligatoriedad del contrato	15
1.4 La intangibilidad del contrato	15
1.5 La relatividad del contrato	16
1.6 Integración del contrato con las reglas de la buena fe	17
1.7 Revocación por común acuerdo.....	19
1.8 El <i>rebus sic stantibus</i> y el exceso de onerosidad	20
1.9 Cláusula “ <i>rebus sic stantibus</i> ” o la responsabilidad por la imprevisión	23
1.10 La teoría de la imprevisión y el hardship en contratos internacionales	23
1.11 Riesgo imprevisible	23
1.12 Teoría de la imprevisión	27
1.13 Requisitos o condiciones para aplicar la teoría de la imprevisión	31
1.14 Principales semejanzas y diferencias de la teoría de la imprevisión y otras instituciones jurídicas que pueden compartir características	33
1.14.1 Semejanzas y diferencias con la lesión.....	33
1.14.2 Semejanzas y diferencias con el enriquecimiento injusto	34
1.14.3 Semejanzas y diferencias con el error.....	34
1.14.4 Semejanza y diferencias con la condición	35
1.14.5 Semejanzas y diferencias con el Caso Fortuito o Fuerza Mayor	36
1.15 Fundamentos para la aplicación de la teoría de la imprevisión	37
Capítulo segundo	40
2.1 El contrato de mutuo en la legislación ecuatoriana	40

2.2 El mutuo civil.....	41
2.3 Contrato de mutuo comercial.....	43
2.4 Diferencia entre el mutuo civil y el mutuo comercial	43
2.5 Mutuo como contrato de adhesión con consumidores.....	45
2.5.1 El contrato de adhesión.....	45
2.5.2 Protección contractual en los contratos de adhesión	49
2.5.3 Principios de protección contractual.....	50
2.5.4 El contrato de adhesión en la legislación ecuatoriana	52
2.6 El contrato de mutuo en el Código Orgánico Monetario Financiero.....	57
Capítulo tercero.....	59
3.1 Consecuencias de la teoría de la imprevisión en los contratos de mutuo en la legislación ecuatoriana.....	59
3.2 Hacia la aplicación de la teoría de la imprevisión en el contrato de mutuo en el Ecuador	60
3.2.1 Aplicación de la teoría de forma anticipada o preventiva	61
3.2.2 Soluciones previstas por los propios contratantes	63
3.2.3 Aplicación de la teoría de forma posterior al hecho no previsto	65
3.3 Otros medios de solución.....	69
3.4 Importancia de contar con una solución jurídica ante una eventualidad imprevista que ocasione excesiva onerosidad	71
Conclusiones.....	87
Recomendaciones	90
Bibliografía	91

Introducción

La Globalización como consecuencia del dinamismo de las comunicaciones, ha traído consigo un enorme cambio en la manera de hacer negocios. Las reacciones de los entes económicos son cada vez más veloces, lo que obliga a las naciones a adecuar tanto sus condiciones comerciales como sus legislaciones a fin de tener un espacio en el concierto mundial del comercio.

La seguridad jurídica es una de las condicionantes, quizá la principal, que miran tanto los inversionistas nacionales como los extranjeros, a la hora de invertir, buscando tener todas las garantías que un ordenamiento legal les pueden dar para proteger su inversión. Esta seguridad jurídica entendida desde su más amplia concepción, es decir que no se cambien las reglas del juego en el camino, y que ante eventos no posibles de contemplar, se apliquen normas que restablezcan el equilibrio del negocio jurídico.

Al revisar la legislación ecuatoriana, en lo referente al contrato de mutuo, uno de los más usados en el mundo comercial, se puede advertir, que no hay una normativa explícita que pueda restablecer la equidad en los contratos, cuando han sobrevenido circunstancias que no pudieron ser previstas por los contratantes, y se produce la real imposibilidad de cumplir con lo pactado, o de su cumplimiento vendría un enorme perjuicio económico para una de las partes.

Se pretende profundizar en el estudio de la teoría de la imprevisión a fin de determinar si en la normativa legal ecuatoriana, de alguna forma se encuentra incorporada, o en su defecto la jurisprudencia que existe al respecto, nos ubica en el punto que actualmente se encuentra su aplicación en Ecuador.

De lo dicho surge mi interrogante: ¿Es necesaria la incorporación en la legislación civil ecuatoriana, la Teoría de la Imprevisión en los contratos de mutuo? La conclusión a la que llego se la encuentra luego de finalizado el trabajo.

En el capítulo primero analizo como punto de partida, las características del contrato en general, pasando por la voluntad de las partes y demás que le dan su calidad de tal, para establecer posteriormente las diferencias que existen entre la Teoría de la Imprevisión, con situaciones jurídicas, que pudieran producir confusión, como son la lesión enorme, pacto de anatocismo o enriquecimiento injusto, y un estudio pormenorizado de la Teoría de la Imprevisión.

En el capítulo segundo estudio al contrato de mutuo civil, el mercantil, las diferencias existentes entre un contrato de mutuo civil y mutuo comercial, sus características, como analizo también al contrato de adhesión, por ser este, por mandato de la ley el contrato que se ha de usar entre los Bancos y los beneficiarios de préstamos o mutuos comerciales.

En el capítulo tercero, se abordó las consecuencias de la Teoría de la Imprevisión en los contratos de mutuo en la Legislación Ecuatoriana, como puede ésta aplicarse de forma anticipada, o preventiva, y su aplicación de manera posterior al acontecimiento del hecho imprevisible, así como la importancia de contar con una solución jurídica ante una eventualidad imprevista que ocasione excesiva onerosidad.

Es importante analizar el tema sugerido en el campo académico, por cuanto la Teoría de la Imprevisión en la legislación ecuatoriana, se la puede encontrar de manera explícita solo en el ámbito de contratación pública, haciéndose necesario saber cuál será su tratamiento en un importante sector de la economía, como es el privado. Su estudio debidamente sustentado puede ser un argumento valedero para pensar en una reforma legislativa de encontrar que es necesaria la misma, pues podría redundar en mayor seguridad jurídica, al igual de otras legislaciones que si la tienen incorporada.

En el campo social es necesario aportar con un análisis sobre la problemática y posibles consecuencias para la gran cantidad de usuarios del contrato de mutuo, en caso de sobre venir circunstancias no previsibles que podría acarrear enormes pérdidas patrimoniales y una total desconfianza del ordenamiento jurídico existente. Todo lo dicho se encuentra recogido en las conclusiones y recomendaciones del presente trabajo académico

Capítulo primero

1.1 El contrato como fuente de obligaciones y el *pacta sunt servanda*

Desde el punto de vista etimológico, la palabra contrato proviene del latín *contractus*, lo que en la misma lengua como participio significa *contrahere* (lo contraído); por consiguiente, el contrato –recurriendo a la literalidad de su significado– desemboca en una situación que debe de dar origen a un “*viculum iuris*” el cual es dotado de caracteres especiales para que en última ratio se constituya como una obligación.

En el Código Civil Ecuatoriano el contrato se encuentra establecido como una de las cinco fuentes de las obligaciones las cuales están contenidas en el artículo 1453. El artículo en mención indica que las obligaciones nacen del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones, a más de las obligaciones provenientes del cuasicontrato, el delito, el cuasi delito y la ley.

Acerca de la definición de contrato el Código espeta en el Libro IV artículo 1454, lo siguiente: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”¹

El sustento doctrinal de que a los contratos se los considere un concurso real de obligaciones y por ende fuente de éstas, data del sistema contractual romano, el cual se fue formando con la paulatina configuración de relaciones sociales; en primera instancia el contrato se entendió como una forma de acuerdo en el cual intervenían dos partes conformadas por una o más personas.

Posteriormente, el contrato fue analizado de manera ontológica, lo que desembocó en que se pueda determinar que éste contemplaba una dinámica en la que en prima facie existía un “*pactum*” el cual se transformaba en un “*contractus*”, para lo cual se establecía con claridad que del *pactum* no se derivaba ninguna obligación o como lo

¹ El artículo citado contiene un equívoco al equiparar contrato con convención, debido a que –como establece la doctrina– son conceptual y prácticamente diferentes, ya que la convención debe ser entendida como el género y el contrato como una especie de convención; para lo cual la convención sería un acuerdo real entre partes que crea, modifica y extingue derechos y obligaciones, y el contrato aquel que se limita a crear derechos y obligaciones.

denominaban los glosadores, no contiene nombre ni causa entendiendo el nombre como la palabra que produce la acción.

A medida que los actos y situaciones sociales comienzan a evolucionar, aparecen nuevas figuras, las cuales no se encontraban expresamente denominadas debido a que la sociedad por un tiempo se limitó simplemente a subsistir bajo la institución del contrato. Es así que cuando apareció una figura basada en el consentimiento presunto, los romanos no supieron si encajaba como un contrato y aunque no lo fuera lo denominaron como casi uno, es por ello que el cuasicontrato tiene dicho apelativo, no precisamente porque sea un casi contrato, sino porque no se supo que denominación darle y al ser el contrato la única institución ya entendida se lo relaciono con éste, a sabiendas de que éste claramente tenía como episteme el consentimiento presunto de las partes según la doctrina de la época.

La ley vigente determina que existen elementos o requisitos de los contratos, los cuales se clasifican en: cuanto a su naturaleza, a su esencia y los puramente accidentales; para lo cual el Código Civil establece en el artículo 1460 que en todo contrato se distinguen las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales.

A continuación el Código define lo que podemos entender por cada una de estas categorías: son de la esencia aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno o en última ratio degenera en un contrato distinto; estos elementos son entendidos también por aquellos que establece el artículo 1461, el cual indica que para que una persona se obligue para con otra mediante un acto o declaración de voluntad es necesario elementos esenciales propios de toda declaración estos son los siguientes: objeto lícito, causa lícita, capacidad y consentimiento.

En relación a los elementos que son de la naturaleza del contrato, el Código establece que son aquellas cosas que no son esenciales, pero que se entienden en él sin necesidad de expresarlas; una característica de estos elementos es que pueden ser eliminadas o alteradas sin que el contrato pierda sus efectos.

Y como último presupuesto tenemos a los elementos accidentales, los cuales guardan una peculiaridad debido a que únicamente pueden ser incorporados cuando exista la voluntad de las partes.

Acerca de la obligatoriedad de los contratos, rige el principio *Pacta Sunt Servanda*, el cual consagra que “lo pactado obliga”, es decir que los sujetos se encuentran en la libertad de darse sus propias reglas de conducta, dentro de los límites que determina la ley, para que finalmente dichos presupuestos a ser efectuados descansen en la confianza de ser cumplidos conforme a lo pactado por las partes.

Este principio se constituye como un pilar de nuestro derecho, debido a que todo el aparataje jurídico se encuentra construido sobre la base del poder de la voluntad, para que de esta manera y como ya se mencionó, los sujetos guarden cierta libertad de establecer sus normas de conducta, con la garantía de que se cumplirá lo pactado; a más de conservar la salvedad de que si no ocurre lo consentido, será la coerción ejercida por el Estado quien imponga la ejecución forzada de la conducta convenida.

Pacta Sunt Servanda, a más de ser un principio por excelencia utilizado en el ámbito civil, también es reconocido en el derecho internacional público, el cual plasma este principio en instrumentos internacionales como el artículo 26² de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969³.

Acerca de la naturaleza de este principio, existen varias concepciones que derivan desde la más tradicional hasta formas más idealistas o sincréticas; para lo consiguiente citaré los presupuestos elementales de algunas tesis que postulan sobre la presente temática.

La primera tesis a analizar es la voluntarista tradicional. Dentro de esta teoría se expone que la fuerza de obligatoriedad del contrato y su intangibilidad se fundan en la voluntades de los elementos subjetivos de la obligación; y que además en el momento del pacto entre las partes, estas limitan su libertad, debido a que se asume un deber o un no hacer de acuerdo a lo que contiene la prestación.

La obligatoriedad del cumplimiento de la prestación ocurre como consecuencia de la auto imposición de las partes, es decir que el cumplimiento de lo obligado radica en la intangibilidad del consentimiento. Consecuentemente, el postulado de esta tesis trata de demostrar que la obligatoriedad o cumplimiento de la obligación, constituye una autolimitación a la libertad individual de las partes.

²Art. 26.- Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

³Organización de las Naciones Unidas, "Convención de Viena sobre el derecho de los tratados"(1969), <https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf>.

La segunda tesis que se expone es la que propone Gounot, la cual se denomina idealista, y se resume en las siguientes ideas:

Si por esencia el orden jurídico es un mecanismo a la disposición de las voluntades individuales, cae por su propio peso que todo acto emanado de una voluntad y orientado a producir un efecto jurídico, debe por sí producir este efecto. En consecuencia, no tenemos para qué buscar el fundamento de la obligatoriedad de las convenciones, bastando determinar por qué algunos contratos no obligan... Todo lo que no está prohibido por el legislador está permitido o, más exactamente, toda manifestación de voluntad que la ley no declara ineficaz es sancionada positivamente por el Derecho. El contrato obliga simplemente porque es el contrato; la manifestación más alta y más pensada de la autonomía inicial del querer individual. Tal es en el fondo el pensamiento de los autores clásicos. Poner en duda la fuerza obligatoria del contrato sería dudar que el Derecho sea el Derecho. Al remontar la escala de las explicaciones jurídicas o filosóficas, hay que necesariamente llegar a algún lado, a un principio que justifique todo, aunque él no pueda ser justificado. Dicho principio es el de la fuerza obligatoria del contrato. Es absolutamente imposible, según Kant, proporcionar la prueba de este imperativo categórico... Es un postulado de razón pura⁴.

Esta tesis postula que no debemos buscar o intentar reconocer cuál es el factor que produce la obligatoriedad de la prestación, debido a que bajo esta concepción es de obligatorio cumplimiento *per se*; es decir que el contrato obliga por el hecho mismo de ser un declaración de voluntad. Por lo que es indispensable que toda vez que exista una obligación producida por un contrato, esta tenga como imperativo categórico el cumplimiento u obligatoriedad de la misma.

La tercera tesis es producto de la concepción de Kelsen acerca del cumplimiento de lo pactado. Bajo esta teoría, es prudente distinguir entre el acto de constitución de la relación jurídica y el contrato como relación jurídica creada. Para Kelsen la obligatoriedad de los contratos se genera de la ley, ya que bajo este presupuesto el contrato carece de obligatoriedad por sí mismo si no se encuentra bajo el amparo de lo estipulado en la legislación pertinente.

Al respecto, Eduardo Esteban Magoja, en su texto “La teoría de la imprevisión: el gobierno de la equidad en la ejecución de los contratos” cita a Kelsen para señalar lo siguiente: “Unas últimas palabras: si bien estuvimos diciendo que la equidad es el criterio para interpretar la ley general e integrarla, también es el criterio para interpretar

⁴ Jorge López Santa María, *Los contratos* (Chile: Editorial Jurídica, 1998), 27.

e integrar los contratos, ya que estos son leyes particulares que revisten una fuerza obligatoria que deriva de la misma ley general”⁵.

La última tesis es propia de la concepción sincrética de Ghestin. Acerca de la obligatoriedad del contrato, la teoría de Ghestin alude a varios conceptos, el primero consiste en la primacía del derecho objetivo, el cual determina que la fuerza de obligatoriedad del contrato está fundada en el derecho positivo y que los derechos subjetivos deben de estar subordinados a estos, ya que los mismos tienen como único origen las reglas objetivas. Para mejor ilustración de lo dicho por Ghestin a este respecto, me permito citar parte de su teoría:

Se podría señalar, de manera figurativa, que el fenómeno vinculatorio consiste en una alienación de la libertad de cada una de las partes, las cuales son unidas a través de la fuerza obligatoria del contrato. El ejercicio de la libertad contractual consiste en la aceptación de una restricción [*contrainte*] que se traduce en el respeto de las reglas particulares que el acuerdo de voluntades hizo nacer. Ahora, nos encontramos siempre en el ejercicio de una libertad ya que es de manera libre que cada una de las partes da su consentimiento y se compromete [*engage*] a respetar los términos del contrato. Es, pues, en ejercicio de ésta libertad que el acuerdo de las partes puede -y lo hemos visto- crear un vínculo contractual. La libertad contractual y la fuerza obligatoria del contrato se encuentran íntimamente ligadas⁶.

El segundo concepto manejado en esta teoría expone que el contrato es un instrumento al servicio del derecho objetivo que únicamente sirve para celebrar operaciones socialmente útiles, pero que en definitiva, solo se puede considerar de obligatorio cumplimiento bajo los presupuestos del derecho objetivo.

El tercer concepto expone el rol de la voluntad y la seguridad jurídica, la cual determina que el derecho objetivo no discrimina el derecho subjetivo, sino que simplemente establece la primacía de los fundamentos que las componen; a más de considerar que es indispensable el factor “voluntad humana” ya que se desprende de esta la buena fe y la conciencia de lo pactado.

El cuarto concepto se deriva en la búsqueda de la justicia y la buena fe contractual, la cual propone que el derecho objetivo no se reduce a un conjunto de

⁵Esteban Eduardo Magoja, “La teoría de la imprevisión: el gobierno de la equidad en la ejecución de los contratos”, *Prudentia Iuris: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina* (2012): 233.

⁶Jacques Ghestin, “La fuerza obligatoria del contrato”, *IUS ET VERITAS: Revista de derecho*, No. 50(II semestre de 2015):78.

reglas positivas, ya que estas deben de ser entendidas como guías que procuran una solución; por lo que no solo intervienen éstas, sino también el presupuesto de buena fe contractual derivado de la voluntad y la autonomía de las partes.

En conclusión, es ineludible indicar que no es fácil encontrar o proponer una solución acerca de la obligatoriedad del contrato, debido a que existen opiniones de distinta índole. Sin embargo, resulta indispensable exponer estas tesis, las cuales proponen darle matices de distinta índole al principio *Pacta Sunt Servanda*, en cuanto este es indispensable para poder comprender la obligatoriedad de los contratos.

1.2 Efectos de los contratos

En este punto es necesario señalar que mientras los efectos del contrato se originan en el mismo contrato, y son el resultado del ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, los efectos de las obligaciones nacen de la ley. Es decir, los efectos del contrato serán aquellos que las partes contratantes les quieran dar.

Los efectos del contrato son las consecuencias jurídicas que dimanar de este, efectos que se producen ordinariamente al momento mismo en que se perfecciona el contrato (nacimiento o transmisión de obligaciones y transmisión o constitución de derechos reales); pero que también se generan en ocasiones hasta que se ejecuta el contrato, como ocurre, por ejemplo, en el caso en que las obligaciones quedan sujetas a un término o a una condición, o bien, en el contrato de fianza en el que el fiador adquiere ciertos derechos contra el deudor principal (las acciones de reembolso y de subrogación) solamente hasta que haga el pago el propio fiador al acreedor de dicho deudor⁷.

La razón de ser del contrato sea éste civil, mercantil, administrativo, es generar efectos jurídicos que se traducen en prestaciones económicas que dinamizan el desarrollo de la humanidad. Ahí radica la importancia de que estos instrumentos jurídicos sean concebidos de manera correcta tanto en el fondo como la forma, a fin de que los efectos sean los que las partes desde un inicio de la relación han buscado.

⁷Ramón Sánchez Medal, *Teoría general del contrato*(México: Editorial Porrúa, 1993), 79, citado por Alfredo Velázquez Tagle, “La teoría de la imprevisión en el sistema jurídico mexicano” (tesis de licenciatura, Universidad Veracruzana, 2001), 14.

1.3 La obligatoriedad del contrato

El Código Civil Ecuatoriano, en el artículo 1561, establece que el contrato constituye ley para las partes, por ende es de cumplimiento obligatorio al tratarse de una ley. Este artículo es el principal pilar de la seguridad jurídica contractual. Al respecto el tratadista Sánchez Meda en su obra la Teoría General del Contrato nos dice:

El primer efecto que produce el contrato consiste en su carácter obligatorio, o sea que el acuerdo de voluntades de los contratantes tiene fuerza de ley entre las partes, expresión esta que no debe entenderse literalmente, pues aun la misma revocación del contrato por voluntad bilateral de ambos contratantes no es omnipotente, ya que solo produce efectos para el futuro y no retroactivamente, y, además, cuando el contrato ha creado derechos reales, deben estos retransmitirse. La mencionada expresión que equipara la ley general al contrato como una ley de las partes, hay que aceptar solo en forma metafórica, en el sentido de que ninguna de las partes puede sustraerse al deber de observar el mismo contrato, sino que ha de cumplirlo y respetar la palabra dada *pacta sunt servanda*...⁸.

La obligatoriedad del contrato, o como se establece en el mismo Código Civil Ecuatoriano, el contrato ley para las partes, es el principal pilar de la seguridad jurídica necesaria para que este haya permanecido en el tiempo y siga siendo usado, con las diferentes variaciones que la vida moderna, y sobre todo la globalización ha ido introduciendo en el diario trajín civil y comercial, y que su uso frecuente ha dado el camino para que nuevas formas de contratación sean incorporadas en las diferentes legislaciones nacionales e internacionales como son los tratados.

Al igual que la ley, el contrato no goza de retroactividad en los efectos, los mismos que deben ser respetados hasta el momento mismo que las voluntades de las partes decidan terminarlo, pues, recordemos lo pactado obliga.

1.4 La intangibilidad del contrato

Otro de los efectos del contrato es la intangibilidad, esta a su vez se deriva de la obligatoriedad. Reviso lo que al respecto manifiesta el autor Sánchez Meda, y quien a su vez es citado por Velásquez Tagle en su trabajo Teoría de la Imprevisión en el Derecho Mexicano. “De la obligatoriedad deriva como corolario otro efecto que consiste en la intangibilidad del contrato por cuanto que no puede una de las partes, por voluntad

⁸Ibíd., 15.

unilateral, disolver o modificar el contrato, salvo casos específicamente previsto en la ley”⁹.

Este punto de la intangibilidad del contrato tiene también relación con la seguridad jurídica, significa que el contrato, siempre y cuando haya sido acordado por las dos partes de forma legal, sin vicios en el consentimiento, no puede sufrir ninguna modificación, si no es por acuerdo de las partes contratantes.

1.5 La relatividad del contrato

Depende mucho de la interpretación que algunos autores le dan a la característica de relatividad del contrato, personalmente considero que todo contrato trae implícitos efectos obligatorios, identificables unos de manera más clara que otros pero al fin efectos obligatorios.

El contrato, conforme a su definición legal, puede ser puramente obligatorio, o bien con efectos reales, o bien una y otra cosa a la vez.

Suele estimarse que nunca puede el contrato dejar de tener efectos obligatorios; pero, sin embargo, en el contrato de hipoteca se da la excepción porque dicho contrato no genera ninguna obligación o derecho de crédito, sino solo el derecho real de hipoteca, aunque CastánTobenas y otros autores españoles consideran que existe también en dicho contrato una obligación, la del acreedor hipotecario de cancelar la hipoteca al extinguirse la obligación garantizada, lo cual propiamente no constituye una obligación, en virtud de que en rigor nada se opone para que el Registro Público de la Propiedad cancele directamente el gravamen hipotecario con la presentación de constancia fehaciente de que la obligación garantizada se ha extinguido.

La relatividad en los efectos del contrato consiste en que éste solo aprovecha o perjudica directamente a las partes y solo también para ellas crea derechos u obligaciones, conforme al principio “*res inter alios acta, aliis nequeprodesse, nequenocerepotest*”. A este particular es necesario tener presente el concepto de “parte” en un contrato, tanto en su sentido formal como en su aspecto material.

Por excepción y solo cuando la ley así lo establece directamente, es “parte” en un contrato la persona titular del interés o de la relación jurídica materia de ese contrato (parte en sentido material), aunque no haya sido ella la autora de una de las voluntades que formo el consentimiento de dicho contrato (parte en sentido formal)¹⁰.

El principio de relatividad tiene que ver con el objeto del contrato y con las personas que intervienen en la celebración del mismo, es decir los contratos benefician o perjudican a las personas que lo han suscrito, sea que lo hayan hecho de manera directa o por medio de mandatario.

⁹Ibíd.

¹⁰Ibíd., 16.

Se hace preciso en este punto hacer mención a la situación especial por la cual pueden atravesar los herederos de una persona. Estos, por efecto de la sucesión en la herencia, podrían adquirir obligaciones derivadas de relaciones contractuales previamente establecidas por el causante. No obstante, y tomando en consideración que de tales relaciones podrían derivarse consecuencias negativas, la ley les ha dotado de la facultad de aceptar la herencia con el denominado beneficio de inventario¹¹.

1.6 Integración del contrato con las reglas de la buena fe

En el Código Civil Ecuatoriano, por medio del artículo 1562¹² se incorporan las reglas de buena fe a los contratos, siendo este artículo, a mi personal manera de verlo, la norma legal que deja abierto el espacio para afirmar aunque sea de manera implícita, que ha lugar a la Teoría de la Imprevisión en la legislación ecuatoriana. Transcribo doctrina pertinente a las reglas de la buena fe:

Los contratantes también están obligados a observar la buena fe en el cumplimiento del contrato. No deben hacer más gravosos, de lo admitido en el consenso de ambas partes, los efectos del acto. Toda ventaja o beneficio a costa del sacrificio ajeno, que no haya sido concedida por la ley, el uso o la común intención vertida en una cláusula contractual, debe ser descartada para obrar de buena fe. “La buena fe prohíbe, en primer lugar, que se cometa abuso con pretensiones jurídicas formal o aparentemente fundadas. La buena fe quiere proteger al deudor contra las exigencias impertinentes que choquen contra el derecho y la equidad” (Enneccerus).

Los contratantes deben conducirse como hombres honrados en la ejecución del contrato y no atenerse a la letra de este. Por otra parte, debe tenerse presente que obra de mala fe quien pretende obtener un provecho injusto en detrimento de otro. En ocasiones, la buena fe impondrá la reducción de la prestación; en otras, la ampliación de ese deber, ajustando el contenido del contrato.

En Alemania, el Tribunal del Reich se ha apoyado en esta noción de la buena fe para revaluar las deudas pecuniarias afectadas por la inflación: la sentencia del 28 de Noviembre de 1923, relacionada con deudas hipotecarias por mutuo, sirvió de base a “la

¹¹El artículo 1268 del *Código Civil* ecuatoriano establece que cuando una persona ejecuta actos de heredero sin haber realizado de forma previa el inventario de los bienes del *de cuius*, este se hace responsable de todas las acreencias que se encuentren en la sucesión. Esto significa que el heredero bien podría estar pagando las deudas contraídas por el causante, inclusive con su propio patrimonio. Por tal razón, y en mérito a la justicia, la ley ha previsto esta institución, para que el heredero de forma previa realice una valoración del patrimonio. En caso de que el patrimonio fuese insuficiente para pagar las deudas que en vida mantenía el causante, simplemente no aceptaría tal herencia y él o los acreedores tendrían derecho hasta el monto resultante del patrimonio hereditario.

¹²Ecuador, *Código Civil*, en Registro Oficial, Suplemento, No. 46 (24 de junio de 2005), Art. 1562.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.

doctrina hoy dominante, que afirma la procedencia y la necesidad de la revaloración de todas las demás deudas pecuniarias afectadas por la inflación” (Enneccerus)¹³.

En este punto creo necesario detenernos un poco para analizar qué es la buena fe. Etimológicamente la palabra bueno, tiene su origen en el latín *bonus*, aquello que posee bondad. La palabra fe también encuentra su origen en el latín *fines* y hace referencia a la confianza, por lo que al hablar de buena fe, diré que la buena fe contractual es tener la confianza, o creer que el actuar de la otra parte será bueno o lleno de bondad.

Esta definición o mejor dicho, esta conclusión de lo que es la buena fe, está desde mi punto de vista cargada de subjetividad, ya que resulta complejo definir qué es lo bueno depende de creencias y vivencias de cada uno de los participantes; más bien creería que la buena fe en la contratación, estaría encaminada en la capacidad de contratar con la verdad en cuanto a las características del objeto del contrato y de los sujetos intervinientes.

Sobre este mismo tema, Carlos Andrés Laguado Giraldo nos trae una definición de lo que en materia contractual deberíamos entender por buena fe. Al respecto él menciona lo siguiente:

El artículo 1603 del C.C y los artículos 863, 871 y del C. de Co., hablan de lo que la doctrina denomina *buena fe objetiva*. Según este mandato, los contratos deben ejecutarse de modo que las partes cumplan no sólo aquello a que expresamente se han obligado sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza del contrato o que por ley pertenecen a él. En este caso, sostiene DE LOS MOZOS, la buena fe entendida como comportamiento de fidelidad, se sitúa en el mismo plano que el *uso* o la *ley*, es decir, adquiere la función de *norma dispositiva*, de ahí su naturaleza objetiva que no se halla basada en la *voluntad* de las partes, sino en la adecuación de esa voluntad al *principio* que inspira y fundamenta el vínculo negocial. Bajo ese entendido la buena fe exige una actuación recta y honrada; es una fuente de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso particular, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella¹⁴.

En este sentido la buena fe adquiere una dimensión diferente al decir que la buena fe es la adecuación de la actuación de las personas al espíritu del contrato. Es

¹³Manuel Bejarano Sánchez, *Obligaciones civiles* (México, D.F.: Fuentes Impresoras, 1984), 132, citado por Alfredo Velázquez Tagle, “La teoría de la imprevisión en el sistema jurídico mexicano” (tesis de licenciatura, Universidad Veracruzana, 2001), 17-8.

¹⁴Carlos Laguado Giraldo, “Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro”, *Universitas: Revista de Ciencias Jurídica de la universidad Autónoma de México* (I semestre de 2003):232.

decir, debemos mirar la intencionalidad que tuvieron las personas al momento de suscribir un contrato determinado. Evidentemente, si las partes intervinientes en el contrato, indujesen a error a la otra parte, estaríamos frente a una figura que de adecuarse a uno de los tipos establecidos en el Código Penal, daría lugar a esta vía para la reclamación correspondiente. Sin embargo, partimos del hecho de que la gran mayoría de los contratos que se celebran tienen como fundamento la realización de actos comerciales que brinden beneficios a las dos partes. En este sentido, se adecúa perfectamente al sentido de buena fe del cual se habla en los tratados y en la ley.

1.7 Revocación por común acuerdo

En derecho las cosas se deshacen como se hacen. Si el contrato nace por voluntad de las partes, el mismo puede ser deshecho por la misma voluntad de las partes, pero siempre que exista mutuo acuerdo de las mismas. Si la revocatoria del contrato de común acuerdo fuese la regla en las situaciones que se ha producido un hecho imprevisible que daña económicamente su cumplimiento a una de las partes, estaríamos ante la solución o la aplicación de la cláusula “*rebus sic stantibus*”.

Como he dejado enunciado en líneas anteriores, el principio rector que viene desde el Derecho Romano, en lo referente a las obligaciones que emanan de los contratos, se basa en el *pacta sunt servanda*, o lo que en español podemos denominar como “lo pactado obliga”. Sin embargo, la cláusula *rebus sic stantibus*, se genera como una excepción a la regla antes indicada, en virtud de los cambios que pueden sufrir las partes dentro de una relación contractual. En estricto sentido definimos al *rebus sic stantibus*, como “estando las cosas así”, lo que nos deja abierta la puerta al hecho de que las cosas en el derecho y en las relaciones contractuales son dinámicas y pueden cambiar las condiciones

Sin embargo, esto no es lo que habitualmente se da, pues es evidente que el cambio imprevisible, al resultar demasiado oneroso a una de las partes, la otra tendrá réditos no esperados, y resulta casi angelical pensar que voluntariamente se llegará a cambiar las condiciones de la contratación por el tiempo que falta, para su terminación, o llegar a la resolución del mismo. Ilustro con doctrina al respecto.

Ahora bien, así como el contrato no puede ser revocado por uno de los contratantes, si puede serlo por la voluntad de ambos. Lo que dos voluntades anudaron puede ser desatado por ellas mismas. Esto debe entenderse sin perjuicio de los derechos de tercero, legítimamente constituidos en base al contrato que pretendiere revocarse. Así, las partes pueden convenir en privar de efectos un contrato válido y eficaz, pero ello no habrá de acarrear perjuicios a cualquier tercero que hubiese adquirido derechos creados por el acto que se pretende extinguir¹⁵.

Este común acuerdo ha de implicar el análisis de la situación contractual deshecha para determinar mutuamente, si ha lugar a indemnización o en su defecto el contrato termina en ese momento sin generar más efectos.

1.8 El *rebus sic stantibus* y el exceso de onerosidad

La cláusula *rebus sic stantibus* y su apareamiento en el derecho privado se debe a la doctrina de los jurisconsultos romanos, específicamente a las que desarrollan la modificabilidad del contrato. En Roma este estudio se realizó en primera ratio por Gayo, Africano; el cual a través del estudio de este factor de cambio comenzó a elaborar los Digestos los cuales con el pasar de la pesquisa comenzaron a contener conclusiones más claras del fenómeno que se quería determinar y desarrollar, para lo cual se expuso lo siguiente. "Digesto: *Contractusaquistibus et aliquonovo non emergentibus*, lo que significa, la necesidad de que el contrato que desarrolló sus efectos a lo largo del tiempo y está expuesto al acaecimiento de hechos futuros, deba ser interpretado de modo que su contenido jurídico se adapte a la realidad de las cosas"¹⁶.

Esta cláusula de manera preferente es aplicada a los contratos que por su propia naturaleza se encuentran más expuestos a los cambios en las circunstancias sobre las cuales se perfeccionaron.

Según determina la sentencia del Tribunal Supremo de España, de 15 de abril de 1991 (RJ/1991/2691), para que se pueda aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* el contrato debe reunir las siguientes características esenciales: I. Tener el carácter de sinalmáticos lo cual comprende que deben ser bilaterales, recíprocos y conmutativos. II. Ser de tracto sucesivo; y, III. Estar expuestos es decir que el contenido de sus prestaciones se refiera a un hecho venidero. A este respecto, María Lourdes Martínez de

¹⁵Ibíd., 248.

¹⁶Carmen Baón Romasanta, "La cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación en el panorama actual" (2012): 7, <http://www.ramonycajalabogados.com/wp-content/uploads/Newsletter_Procesal-junio2012.pdf>.

Morentin, docente de la Universidad de Saragoza, en una de sus notas nos indica que: “Tal y como puso de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1991 (RJ, 1991, 2691) que declaró que procedería aplicarla –en referencia a la cláusula *rebus sic stantibus*- “cuando durante el transcurso del plazo contractual se hubieran producido circunstancias tan inusitadas que rompan el necesario equilibrio sinalagmático entre las prestaciones de las partes”¹⁷.

A más de las características singularizadas en líneas anteriores, también hay que contemplar los requisitos para la aplicación de la presente cláusula; de modo que como lo señala la Sentencia del 21 de marzo del 2003 (RJ/2003/2762) y la del 4 de febrero de 1995 (RJ/1995/739) del Tribunal Supremo de España, solo pueden ser objetos de aplicación de la cláusula los contratos que contengan las características pre citadas y a más de eso enfrenten las siguientes circunstancias.

La primera circunstancia se refiere a la alteración extraordinaria de las circunstancias; este postulado se refiere a que los presupuestos fácticos del contrato cambien de manera radical, es decir que el contexto en el que se produjo el contrato difiere sustancialmente del momento en el que consecuentemente se encuentra, de tal manera que si las partes hubieran podido saber que las circunstancias cambiarían tan dramáticamente, no habrían perfeccionado el vínculo contractual en los términos en los que lo hicieron.

La siguiente circunstancia que debe concurrir para que se pueda aplicar la cláusula sujeta a estudio es la desproporción exorbitante entre las prestaciones, lo cual se refiere a que los términos de reciprocidad del objeto de la obligación se degeneren por completo reduciendo la equivalencia; lo cual genera que mientras una de las partes está obligada a cumplir con la prestación en los términos establecidos, la otra parte queda liberada parcialmente del contenido de la obligación; o en el caso de algunos negocios jurídicos, la prestación se reduce de manera radical.

El tercer presupuesto para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, es la supervivencia de las circunstancias radicalmente imprevisibles. Esta tercera circunstancia establece que la causa emergente de la desproporción debe ser entendida como imprevisible, siempre y cuando las partes a momento de perfeccionar el contrato

¹⁷María Lourdes Martínez de Morentin, “Sobre la construcción del principio *pacta sunt servanda rebus sic stantibus*, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité* 61 (2014): 332.

no hayan previsto tener en cuenta por ningún motivo dicho acontecimiento. Es menester señalar que para que sea entendida como imprevisible será necesario que la parte perjudicada por la desproporción contractual no haya tenido culpa de la causación de la circunstancia.

La última circunstancia para la aplicación de la cláusula a un determinado contrato, es la procedencia de la carencia de otro medio de reequilibrio, esto se refiere a que la cláusula *rebus sic stantibus* tiene el carácter residual, lo que produce que deba aplicarse en defecto de pacto expreso de las partes contratantes, y toda vez que las partes en el ejercicio de la voluntad no puedan corregir las desigualdades subsistentes o en el caso de que los comparecientes no renuncien a dicha desigualdad.

Se encuentra con una situación en la que exista exceso de onerosidad, no es más que un producto causado por un acontecimiento imprevisible, lo que en último término hace que la prestación contenga en exceso esta cualidad.

La excesiva onerosidad entendida a su vez como la facultad que tiene el deudor de pedir la resolución del contrato por acontecimientos imprevisibles y que por el paso del tiempo producen que la prestación se convierta en exceso onerosa.

En relación a la cláusula *rebus sic stantibus* y a la excesiva onerosidad, existen postulados que destacan que el segundo contiene una ventaja, debido a que mediante esta vía se produce algún tipo de objetivación carente en otras figuras. A pesar de tener esta gran ventaja, es evidente que no se puede hablar de una resolución absoluta del caos persistente producto de las circunstancias imprevisibles, debido a que no es suficiente la existencia de excesiva onerosidad para mutar la vida del contrato, ya que es menester el cumplimiento de otros requisitos para alcanzar dicho objetivo.

La figura de la excesiva onerosidad se funda en la equidad producida en las prestaciones, por lo que como se mencionó en líneas anteriores, el deudor – apoderándose de la facultad que le es propia-, solicita que se le modifique la contraprestación para así poder ponerle fin a la excesiva onerosidad.

Abonando a la discusión, es necesario saber que el exceso de onerosidad no se ha dado por un aprovechamiento de las partes, sino por un acontecimiento de carácter imprevisible, el cual se produce al momento de la ejecución del contrato y que al existir una resolución judicial o extrajudicial, retrotrae los efectos a la causal productora; a más de lo indicado es prudente señalar que la excesiva onerosidad es subjetiva, es decir

que depende en gran medida del criterio del juez acerca de la modificación de la prestación con el fin de equiparación y finalmente acerca de la caducidad de la acción.

1.9 Cláusula “*rebus sic stantibus*” o la responsabilidad por la imprevisión

Como ya se ha dicho, la cláusula en estudio, se entendía incluida en los negocios jurídicos, es decir si las circunstancias de los negocios cambiaban, por circunstancias imprevistas, el obligado podía desistir del negocio jurídico por resultarle demasiado oneroso.

La Teoría de la Imprevisión ha estado presente de manera implícita o explícita, plasmada como tal en las legislaciones, desde las primeras décadas del siglo XX, se ha caracterizado por ser aplicada en contratos de tracto sucesivo, y consiste en la posibilidad de modificar el contrato, o rescindirlo, por el acontecimiento de hechos imprevisibles, que afectan al equilibrio contractual, o mejor dicho perjudican en exceso a una de las partes contratantes, por el brusco cambio de las reglas del juego comercial.

1.10 La teoría de la imprevisión y el hardship en contratos internacionales

En la práctica mercantil, tanto la Teoría de la Imprevisión, como la cláusula hardship, se puede decir que son lo mismo, aunque su origen y desarrollo sean diferentes. La primera ve su origen en el derecho Germánico y la segunda en el commonlaw. (Nace en Londres a partir del caso *Krell v. Henry* en el año de 1903).¹⁸ En la práctica tienen la misma aplicación y fin que es restaurar el equilibrio contractual roto por el acontecimiento de un hecho imprevisible que torna en demasiado oneroso su cumplimiento para una de las dos partes.

1.11 Riesgo imprevisible

La legislación ecuatoriana carece de disposiciones que regulen la modificación judicial de las prestaciones ocasionadas por hechos sometidos a un evidente riesgo imprevisible. Con el crecimiento de la crisis no sólo en nuestro país, sino en el mundo, se ha propuesto con el fin de solucionar dichos percances jurídicos la aplicación de la

¹⁸Carlos Adrián Garaventa y María Soledad Manin, “Sobre los orígenes de la doctrina de la frustración del fin del contrato: comentario al fallo *krell v. Henry*, en: *Lecciones y Ensayos*, Nro. 90(2012), <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/garaventa-manin.pdf>>.

cláusula *Resbus sic stantibus*, para en caso de ser absolutamente necesario, armonizar el objeto de la obligación y su desequilibrio.

Hacer un estudio de la Teoría de la Imprevisión y su consecuente “riesgo imprevisible” resulta difícil, debido a que existen diversas apreciaciones conceptuales, como por ejemplo: en Italia, denominan a la presente teoría “*Eccessiva onerosità sopravvenuta*”, esta variación de terminología produce que exista el mencionado brete, ya que al querer buscar doctrina o jurisprudencia que forme un aporte para el desarrollo legal, ésta se torna escasa.

Acerca del riesgo imprevisible es menester señalar que éste debe contener en la circunstancia el elemento imprevisibilidad, es decir que la causa debe sobrevenir de manera improvisada, a más de lo dicho, también se requiere que la partes por ningún motivo hayan podido tomar en consideración el cambio acaecido o la magnitud de éste y que la parte perjudicada no lo asumiera ni fuera razonable exigirle al deudor.

Es por lo dicho que el riesgo imprevisible puede ser entendido como tal, ya que sin estos requisitos indispensables, el cambio de en la situación contractual se torna previsible, factor que impide la aplicación de la teoría a la relación contractual afectada por el fenómeno jurídico “imprevisible”.

Dentro de la categoría que trata de explicar el “riesgo imprevisible”, es más fácil comprender la situación crónica que afecta la economía por la cual se pretende exigir una adaptación del contrato a la circunstancias del contexto social; entonces la situación de carácter imprevisible supone una afectación socio económica que produce que la partes contractuales y la legislación busquen equilibrar.

El problema que existe en cuanto a la alteración de las reglas establecidas por las partes en el contrato, no se limita a ser consecuente con el contexto económico social, debido a que de este fenómeno nace la necesidad de precisar criterios para la resolución del contrato, de manera que dejan de ser imprevisibles, entonces ¿A qué nos referimos cuando decimos riesgo imprevisible? Cuando sometemos esta categoría a estudio, más bien estamos hablando de un fenómeno que puede aparecer en la crisis la recesión o la bonanza, el cual brota agresivamente y cambia de manera radical las prestaciones.

En base a lo dispuesto en líneas anteriores, se llega a la conclusión de que cuando hablamos de “riesgo imprevisible” no nos referimos a una crisis que afecta el aparato económico, sino, a un fenómeno que en sí constituye un riesgo, ya que las

partes no pueden de ninguna manera predecir el futuro. De hecho, si las partes pudiesen prever un hecho que difiera de la situación económica social vigente al momento de la contratación y consecuente adquisición de las obligaciones contractuales no se podría considerar un factor imprevisible.

El factor de riesgo está presente en todas las relaciones humanas, máxime en las relaciones contractuales. Claro ejemplo de ello está en la adquisición de acciones de compañías a través de la bolsa de valores. El valor de estas acciones estará situado en un monto determinado al momento justo de la adquisición, sin embargo, nada ni nadie puede garantizar que al cierre del ejercicio económico, la persona que compró tales bienes vaya a tener un retorno económico. Esto dependerá de muchos factores, a saber: la buena gestión de la administración de la compañía, las condiciones económicas del mercado objetivo de esa empresa, el cambio de leyes –que en la actualidad se ha presentado con mucha frecuencia-, en fin, de múltiples factores que hacen que exista incertidumbre en la inversión.

En consecuencia, el riesgo en la contratación no es lo que determina la posibilidad de alegar y aplicar la Teoría de la Imprevisión en los contratos, sino el cambio desmesurado en las condiciones que se puede presentar entre las partes, lo que ocasiona un daño o lesión a una de ellas en favor de otra. De hecho, todos los contratos que se celebran, se hacen sobre la base de un beneficio esperado por los intervinientes, sin embargo, nadie puede establecer que existe equidad en las contraprestaciones. Muy posiblemente una de las dos partes pueda tener mayores beneficios que la otra. En gran medida esto dependerá de la capacidad de negociación que tenga o de la fuerza que una de las partes pueda mostrar en la negociación. Claro ejemplo de ello tenemos en los contratos celebrados con empresas que tienen posición de dominio en el mercado, y en los contratos de adhesión.

En el desarrollo actual del ejercicio contractual, las partes previendo situaciones y variantes económicas incorporan valores éticos al contrato, con el único fin de que en caso de que exista una controversia esta sea solucionada de manera extrajudicial por las partes, procurando que las prestaciones sean equivalentes, a pesar del infortunio de una de éstas.

Sin embargo, la pregunta subsiste, ¿Podemos considerar a esta incorporación de principios contractuales un riesgo imprevisible? La respuesta es una negativa, debido a

que, como se singularizó en líneas anteriores, el riesgo de ninguna manera puede ser prevenido, pactado y convenido por las partes.

Acerca de la alteración sobrevenida de las circunstancias, o riesgo imprevisible, es claro que la legislación de nuestro país no prevé esta figura, por lo que para solucionar el problema de alguna forma, debemos recurrir al criterio que postula la sentencia 11.11.2003 8290 de la Primera sala del Tribunal Superior de España,¹⁹ la cual establece que considerando el riesgo imprevisible eminente y la falta de desarrollo normativo, se debe de aplicar la cláusula *Rebus Sic Stantibus*, esto con el fin de equilibrar prestaciones.

El Tribunal Supremo de España en relación al riesgo imprevisible ha venido manejando en varias sentencias el mismo criterio el cual consiste en aplicar la cláusula *Rebus Sic Stantibus*, siempre y cuando esta aplicación sea de manera excepcional, es decir que antes de considerar la aplicación de esta cláusula se recurra a otras figuras existentes en el contrato; consecuente a este criterio el Tribunal Supremo considera que la cláusula en su aplicación debe de desarrollarse de manera "normalizada" contemplando los principios de buena fe y el de conmutatividad.

¿Cuáles son los contratos de mayor afectación producida por riesgo imprevisible? Al respecto la teoría alemana, bajo el precepto de alteración de relaciones contractuales postula que el cambio de circunstancia que provoca mayor incidencia de imprevisibilidad afecta a los contratos que pactan largos periodos de tiempo para el cumplimiento de la prestación o en su defecto se establece un cumplimiento periódico y paulatino de la obligación, como en los contratos de tracto sucesivo.

Acerca del vacío legal existente, se plantea una disputa sobre si se puede redactar una norma que contemple todas las problemáticas producidas por la imprevisión. Debido a que existe imposibilidad de adoptar una solución única para todas ellas; entonces la tarea radica en el legislador y no es la discrecionalidad del juez producida por el exceso de vacío legal, como ha ocurrido en países como España, donde a principios del 2014 comenzó la iniciativa normativa que incorporaba en el Código Civil y el Mercantil la Teoría de la Imprevisión y su presunta solución, la cual no fue instantánea, produciendo

¹⁹España, Tribunal Supremo, [Juicio Antonio Romero Lorenzo Edificaciones de Lanzarote, Bungalows y Apartamentos, S.A. c. vs. Hermanos Santana Cazorla, S.L, Juicio Número: 2003/8290, 31 de mayo de 2007], RJC, 2, 2009.

que la jurisprudencia acerca de la temática aumentara como respuesta a los problemas de índole jurídico surgidos.

Concluyendo, el fin del compromiso del contrato es que éste sea recíproco, pues precisamente este elemento es el causante de concurso de voluntades, consecuentemente ambas partes conservan el derecho al mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato, entendido éste no como equidad entre las partes, sino como el beneficio que cada una de ellas puede obtener de la relación contractual, independientemente de lo que la otra pueda sacar.

1.12 Teoría de la imprevisión

La Teoría de la Imprevisión es la forma ontológica de denominar al riesgo imprevisible, pues mientras la teoría como tal es la denominación doctrinal de las causas, consecuencias y elementos fácticos, el riesgo es la circunstancia como tal.

La Teoría de la Imprevisión bajo la aclaración expuesta es el medio que la ciencia jurídica proporciona para circunstancias imprevistas, no propias del contrato, posteriores a su celebración, que ocasionan o alteran la ecuación económica financiera en la que se produjo el concurso de voluntades, donde desde luego no existe voluntad de las partes acerca de los hechos suscitados.

La doctrina colombiana sostiene que la Teoría de la imprevisión es:

(...) un instituto jurídico autónomo aplicable como principio general de derecho, fundado en la equidad, la buena fe y la función social de los derechos subjetivos, cuyo ejercicio permite a la parte para la cual la ejecución de una obligación de futuro cumplimiento se ha convertido en excesivamente onerosa, por el acaecimiento de hechos sobrevinientes imprevistos e imprevisibles, no imputables a quien lo alega ni acaecidos durante su mora, solicitar la revisión judicial buscando su terminación, resolución, suspensión o modificación...²⁰.

Lo establecido en la doctrina colombiana, no hace sino corroborar lo que he sostenido hasta el momento, en lo referente al excesivo desequilibrio que se produce por la introducción de circunstancias exógenas a la relación contractual y que alteran de forma significativa las condiciones económicas de una parte contractual, al punto de llegar a ser lesiva, en beneficio de la otra que toma ventaja de aquellas circunstancias.

²⁰ Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho Civil* (Bogotá: Editorial Temis, 2011), 44.

Por su parte el tratadista Rafael de Piña, en su Diccionario de Derecho describe a la Teoría de la Imprevisión de la siguiente manera:

Conjunto sistemático de especulaciones científicas que tiene como finalidad justificar el incumplimiento total o parcial de un contrato en atención a la presencia de circunstancias extraordinarias no previstas en el momento de su celebración. Esta teoría se encuentra implícita en la cláusula “*rebus sic stantibus*” (que expresa: así firmes las cosas) que la práctica forense del medievo consideraba sobreentendida para los contratos a largo plazo o de tracto sucesivo, siempre que se produjese un cambio radical en relación con las circunstancias en que el contrato se había celebrado, evento que autorizaba la resolución del contrato por excesiva onerosidad de la prestación²¹.

Evidentemente, una de las condiciones *sine qua non* se deben observar para poder aplicar la cláusula de la imprevisión, es la condición de que se trate de una relación comercial que perdure por un período de tiempo más o menos largo, y con frecuencias de cumplimiento determinadas. No se aplicará la cláusula de la imprevisión en un contrato de una única contraprestación como por ejemplo el caso de una compraventa, en la cual el comprador cumple su obligación al momento de entregar el precio en dinero; y, el vendedor cumple la suya con la entrega de la cosa. Esto pone fin a la relación comercial en tanto en cuanto no se presenten otro tipo de problemas como los vicios ocultos, que dan origen a problemas y soluciones diferentes.

La Teoría de la Imprevisión sin lugar a duda es una forma de modificar la autonomía de la voluntad de las partes el momento de contratar, que puede tener criterios a favor y criterios en contra, ambas posiciones con argumentaciones sólidas y valederas, razón por la que encuentro supremamente necesario ilustrar el presente trabajo, con criterios de diferentes autores que han estudiado esta tesis a profundidad, a fin de tener material suficiente que sustente las conclusiones a las que he de llegar al finalizar el mismo.

De todas las instituciones que se vienen aplicando para limitar el alcance de la autonomía de la voluntad, corresponde, sin lugar a dudas, el lugar de honor a la teoría de la imprevisión, o de la excesiva onerosidad superveniente, también conocida como teoría de la cláusula “*rebus sic stantibus*”.

²¹Rafael de PinaVara, Diccionario de Derecho (México, D.F.: Porrúa, 1998), 470, citado por Alfredo Velázquez Tagle, “La teoría de la imprevisión en el sistema jurídico mexicano”, 20.

El tratadista mexicano Alfredo Velásquez Tagle, realiza un análisis muy claro y pormenorizado de este tema, que por su importancia me permito citar en los siguientes términos:

La Teoría de la Imprevisión no constituye, sin embargo, una novedad resultante de afán socializador del derecho. Por el contrario sus raíces cabe encontrarlas en Cicerón y Seneca. La escolástica no solo se preocupó por su estudio, sino que la hizo suya, de donde resulta que el zar de las circunstancias ha llevado a una curiosa coincidencia -otra más de las muchas que cabe subrayar- entre el pensamiento católico y los movimientos sociales de nuestra época.

En Alemania, según sostiene Lehmann, particularmente como consecuencia de la Primera Guerra Mundial, que provocó escasez de materias primas, dificultades en la fabricación y la devaluación monetaria, la jurisprudencia estimó oportuno volver a la vieja cláusula hipotética de “*rebus sic stantibus*”. Sin embargo, después se prefirió enfilar el problema por el lado de la contraprestación, tratándose de seguir un criterio de revaloración pecuniaria, o sea, mediante el aumento de la prestación a cargo de la parte beneficiada. Esta solución descansó en la idea de la equivalencia, que en definitiva condujo, afirma Lehmann, al reconocimiento de un derecho de resolución por causa de alteración de las circunstancias. Para ello se invocó, en parte, la doctrina de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, y en parte la doctrina de la presuposición de Windscheid, derivándola además de la buena fe.

Posteriormente la tendencia evolucionó en el sentido de estimar resoluble la relación por haber desaparecido la base del negocio, entendiéndose por tal “las representaciones de los interesados, al tiempo de la conclusión de contrato, sobre la existencia de ciertas circunstancias básicas para su decisión, en el caso de que estas representaciones no hayan sido conocidas meramente, sino constituidas, por ambas partes, en base del contrato, como, por ejemplo, la igualdad de valor, en principio, de prestación y contraprestación en los contratos bilaterales (equivalencia); la permanencia aproximada del precio convenido, la posibilidad de reponer la provisión de las mercancías y otras circunstancias semejantes”. Algunas resoluciones del Tribunal del Reich, según cita Lehmann, se fundaron en esa orientación.

Para Lehmann las fórmulas seguidas son suficientes en cuanto solo dan directrices generales, ya que la mejor solución será aquella que tenga en cuenta el conjunto de las circunstancias del caso concreto, debiéndose tener en cuenta que el derecho de resolución

“Sea una exigencia apremiante de la buena fe, según la situación en conjunto, habida cuenta de la finalidad del contrato”

La Teoría de la Imprevisión o de la excesiva onerosidad sobrevenida en los contratos, como suele denominarse por la doctrina moderna, está ya fuertemente enraizada en el derecho moderno. Bien con base en principios generales de equidad y reciprocidad, bien con apoyo en reglas generales de equidad y reciprocidad, bien con apoyo en reglas generales, o en disposiciones específicas, el hecho cierto es que la obligatoriedad de los contratos ha sufrido un grave quebranto, cuyo alcance es de tal naturaleza que rompe con toda la teoría del contrato. Donde se tenga en cuenta la imprevisión, el contrato quedara a un lado. De ello no cabe la menor duda²².

²²Néstor de Buen Lozano, *La decadencia del contrato*, (México, D.F.: Porrúa, 1986), 45, citado por Velásquez Tagle, “La Teoría de la Imprevisión en el sistema jurídico mexicano”, 22.

Resulta interesante el estudio de la historia de la Teoría de la Imprevisión a lo largo del tiempo, ver que su aparición no es reciente, que más bien tiene su origen en la cláusula “*rebus sic stantibus*” y, que su aplicabilidad se ha visto necesaria en diferentes momentos históricos que han hecho que los contratantes se vean impedidos de cumplir con sus obligaciones, por diferentes causas

Su incorporación expresa en las legislaciones de diferentes países se ha ido dando de manera paulatina, quizá como la imperiosa necesidad de llegar a la justicia, y que para legitimar dicha incorporación se ha visto la necesidad de estudiarla y justificarla como teoría.

No cabe duda que la Teoría de la Imprevisión, o la cláusula “*rebus sic estantibus*” es una clara limitación a la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que incluso para varios pensadores esta limitación de la voluntad de las partes, es el inicio del fin de la teoría contractual. Con relación a este punto, Carlos Alberto Soto sostiene lo siguiente:

Fueron los filósofos del siglo XVIII los que sostuvieron que la voluntad era la fuente de las obligaciones y le atribuyeron un valor moral. Así, el recordado maestro GUILLERMO BORDA ha escrito que el siglo XIX fue testigo de la máxima exaltación de la voluntad como poder jurígeno, y según MANUEL DE LA PUENTE, el contrato fue considerado como la expresión de la libertad individual más absoluta. En el siglo XIX, era muy conocida la frase de FOUILLE: .Quién dice contractual, dice justo. En el mismo sentido, los postulados de la revolución francesa concibieron una sociedad compuesta por hombres libres e iguales que regulaban sus intereses con absoluta libertad, por lo tanto toda intervención del Estado aparecía como altamente dañosa. En consecuencia, el contrato libremente discutido era necesariamente justo y equitativo, y toda intervención del legislador implicaba una injusticia por desnaturalizar ese equilibrio. Sobre la base de estos ideales de libertad e igualdad, y el pensamiento de los juristas franceses DOMAT y POTHIER, se edificó el gran *Código Civil* francés, cuya filosofía se extendió luego a los demás códigos civiles decimonónicos²³.

Esta es una posición muy extrema, ya que si vamos al origen mismo de la organización del Estado, el mismo Contrato social, es una limitación a la voluntad del ser humano, pero nadie por eso va a decir que se anula la libertad del individuo, sino más bien, cediendo ha ganadouna sociedad en la que la convivencia pueda ser ordenada y segura.

²³Carlos Alberto Soto Coaguila, “La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato”.*Universitas: Revistade Filosofía, Derecho y Política*, No. 52 (II semestre de 2003):561.

Visto así, la Teoría de la Imprevisión, si bien es cierto es una limitación a la autonomía de la voluntad de las partes, creo necesario debe ser analizada a la luz de tres premisas: la primera que es necesaria para mantener la armonía y la equidad contractual; la segunda premisa que debe ser aplicada de manera extraordinaria, siempre que pase la situación por un análisis lo más objetivo posible, a fin de restaurar el equilibrio contractual, sin afectar la seguridad jurídica; y la tercera, que debe estar legislada de manera clara, que no se deje en manos de la interpretación de los funcionarios judiciales sino que ellos sean los encargados de aplicarla de ser el caso.

1.13 Requisitos o condiciones para aplicar la teoría de la imprevisión

Como he comentado a lo largo del presente trabajo, no se debe perder el enfoque que esta teoría es una limitación a la autonomía de la voluntad de las partes, necesaria para el restablecimiento de la equidad contractual, y que su invocación debe ser de excepción y extraordinaria.

De lo dicho y de lo investigado, puedo decir que las condiciones que deben existir para invocar la aplicación de la Teoría de la Imprevisión deben ser:

1. El contrato base para demandar la aplicación de la Teoría de la Imprevisión sea de aquellos de cumplimiento o tracto sucesivo, o que el cumplimiento de las obligaciones sea pactada a plazos.
2. El hecho o acontecimiento ocurrido, que ha traído desequilibrio a la relación contractual, debe ser imprevisible.
3. El hecho o acontecimiento debe ser totalmente ajeno a la voluntad de las partes.
4. El hecho o acontecimiento cause fuerte desequilibrio económico a una de las partes contractuales.
5. El cumplimiento de la obligación, luego de suscitado el acontecimiento o hecho, resulte ser demasiado gravoso para el deudor, ocasionándole un fuerte perjuicio económico.

El primer requisito o mejor dicho condición que debe concurrir para su invocación, tiene que ver con el tiempo en el cual se ha de cumplir el contrato. Se ha de suponer que al firmar un contrato, las partes son dueñas o concedoras de las

circunstancias tanto sociales, políticas y económicas en las cuales están firmando el acuerdo de voluntades, y que una vez firmado el contrato, éste pasa a constituir ley para las partes –con lo cual se cumple el aforismo latino *pacta sunt servanda*–.

También queda sobre entendido que con la suscripción del contrato las partes valoraron de forma previa que el cumplimiento de las obligaciones contractuales se realizará través del tiempo o en futuros plazos, que se ha realizado un análisis de factibilidad de pagos y rentabilidad del negocio, incluyendo un margen racional de variación de circunstancias en las condiciones extrínsecas de la negociación como es el caso de factor de variación de tasas de interés o inflación.

Es decir lo primero que se debe observar para ver si procede o no solicitar la aplicación de la Teoría de la Imprevisión es que el contrato sea de aquellos denominados de tracto sucesivo o su cumplimiento se dé a plazos en el tiempo. Sin el cumplimiento de este requisito, es decir, como dejamos enunciado en líneas anteriores, la ejecución del contrato y el cumplimiento de las obligaciones se da en un único momento, no se podría aplicar la Teoría de la Imprevisión.

El segundo requisito o condición, tiene que ver con la imposibilidad de prever el hecho futuro desestabilizador. Esto quiere decir, que el hecho acaecido va más allá del lógico cálculo de variantes que pueden existir en una negociación. Una persona común que firma un contrato de tracto sucesivo, por ejemplo, un contrato de mutuo, puede calcular una variación de la tasa de interés, un aumento del valor de cambio a dólares, pero no puede prever necesariamente un cambio de moneda, o no puede prever una variación de la tasa de interés del 100%. Estos son los hechos imprevisibles, que no son casos fortuitos, estos últimos tienen otros tintes y cuya diferencia la estudiaré en el siguiente punto del trabajo.

El tercer hecho que ha de concurrir para invocar la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, es que el hecho sea ajeno a la voluntad de las partes, y esto es de lógica, pues de no ser así, se estaría ante un acto de eminente mala fe que podría tener otras consecuencias. Las variables que influyen en la distorsión de la relación contractual, tienen que ser absolutamente exógenas a las partes y no deben poder ser manejadas por éstas.

El cuarto requisito o condición que debe concurrir para solicitar la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, es que el hecho imprevisible acontecido rompa con el

equilibrio contractual que debió haber existido el momento inicial de la contratación. En otras palabras que una de las partes contractuales en lugar de beneficiarse con el cumplimiento del contrato, se vería afectada, y la otra parte beneficiada de tal manera que la equidad de prestaciones que debe existir o que existió en un inicio de la relación, haya desaparecido.

El quinto requisito o condición tiene que ver con la afectación patrimonial que sufriría una de las partes, de seguir cumpliendo el contrato. Es importante en este punto indica que el cumplimiento *per se* puede darse, pero el resultado es la excesiva onerosidad que implicaría su cumplimiento.

1.14 Principales semejanzas y diferencias de la teoría de la imprevisión y otras instituciones jurídicas que pueden compartir características

Luego de analizados los requisitos y condiciones que deben estar presentes en la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, creo práctico para despejar posibles dudas que pueden surgir, establecer cuáles son las semejanzas y diferencias con otras figuras jurídicas, sobre todo por los efectos jurídicos que se darían de ser calificadas de una u otra.

1.14.1 Semejanzas y diferencias con la lesión

Demontés dice que “la lesión, en efecto, es el perjuicio que un contratante experimenta cuando, en un contrato conmutativo, no recibe de la otra parte un valor igual al de la prestación aportada por él”²⁴.

La similitud que se encuentra es que tanto en la lesión como en la Teoría de la Imprevisión, es que existe o se produce un desequilibrio económico en la relación contractual. Su diferencia radica en que, mientras en la Teoría de la Imprevisión la excesiva onerosidad se da en el transcurso de la ejecución del contrato, en la lesión la desproporción o desequilibrio nace con el contrato hasta que se la demanda. Es decir, la excesiva onerosidad en la primera es fruto de un acto imprevisible ocurrido luego de firmado el contrato.

²⁴Bernardo Larraín Vial, “La teoría de la lesión en el derecho comparado”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXV (1938): 34.

Existe otra diferencia que es en el tiempo de alegar la una y la otra. Mientras en la lesión se ha de alegar después de cumplido el compromiso contractual, la imprevisión en cambio se ha de alegar faltando tiempo para cumplir con el contrato, en el momento en que se produce el hecho imprevisible generador de la grave afectación patrimonial.

1.14.2 Semejanzas y diferencias con el enriquecimiento injusto

Para Daniel Peñailillo, al referirse al enriquecimiento sin causa manifiesta “debe tenerse siempre presente que estamos en presencia de un principio y, a lo menos en tesis, de una fuente de obligaciones”²⁵.

El enriquecimiento injusto puede ser considerado como un principio del derecho, que no ve bien que una parte aumente su patrimonio, en detrimento del patrimonio de otra persona. Existe una afectación al principio de equidad. También puede mirárselo como fuente de obligaciones, atribución patrimonial sin justificación, que de no tener justificación, nace la obligación de restitución.

Estas dos figuras tienen en común el desequilibrio económico contractual, diferenciándose en que en el enriquecimiento injusto, no hay causa que justifique el aumento patrimonial de una parte, mientras que en el caso de que se invoque la teoría de la imprevisión, la causa sería el cumplimiento del contrato, en condiciones diferentes de las pactadas.

1.14.3 Semejanzas y diferencias con el error

En el error hay una distorsión entre lo que se cree y lo que es en la realidad. Es una falla de la voluntad de las dos partes, o de al menos una de las contratantes y puede degenerar en anulación del contrato. El tratadista Lorenzo de la Maza al referirse al error nos dice: “El error supone, entonces, conocimiento, pero supone también un concepto falso de lo conocido. La noción de imprevisión excluye el conocimiento

²⁵Daniel Peñailillo Arévalo, “El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de obligaciones”, Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, No. 2 (1996): 71, citado por Bárbara Urrejola Scolari, “Teoría de la imprevisión” (tesis de licenciatura, Universidad de Chile, 2003), 161.

de los hechos que autorizarán la atenuación de los efectos de la obligación, por haber variado imprevisiblemente las circunstancias”²⁶.

La diferencia con el error y la Teoría de la Imprevisión radica en el conocimiento: mientras que en el error el conocimiento es erróneo pero hay conocimiento, y esa es la base para alegar el desequilibrio económico suscitado, al hablar de la Teoría de la Imprevisión hay ausencia de conocimiento del hecho que sobreviene y produciría el desequilibrio patrimonial de llegarse a cumplir totalmente con el contrato.

En el error, los hechos existen en el momento de contratar, en la imprevisión son hechos no previsibles los que ocasionan la excesiva onerosidad.

Una segunda diferencia la podemos encontrar en la existencia de los hechos, en el error los hechos existen al momento de realizar el contrato, aunque haya una falsa apreciación de los mismos por una de las partes contratantes, en la imprevisión los hechos a ocurrir son futuros, no previsibles.

El vicio en el consentimiento, en el cual se caería al probarse que los hechos fueron conocidos de manera errónea acarrea la nulidad relativa del contrato, en cambio la excesiva onerosidad sobreviniente no conduce a la nulidad del contrato, sino más bien busca resolverlos, terminarlos o modificarlos. Los efectos son diferentes.

1.14.4 Semejanza y diferencias con la condición

La condición es un hecho futuro del cual depende que un derecho se extinga o nazca, la condición puede darse o no puede darse. En este caso las dos partes saben y prevén un hecho futuro, y calculan sus consecuencias financieras, y así asumen el reto de contratar, deben estar expresadas en el contrato.

La Teoría de la Imprevisión tiene en común con la condición, la existencia de un hecho futuro que debe suceder para el nacimiento o extinción de obligaciones. La diferencia radica en que en la Teoría de la Imprevisión no se puede prever el acontecimiento que ha de producir la onerosidad excesiva a una de las partes contratantes, en el caso de que continúe o concluya el contrato, mientras que en la condición, las dos partes de manera previa han previsto el hecho.

²⁶Lorenzo de la Maza, “La teoría de la imprevisión. (En relación con el Derecho Civil chileno)” (tesis de licenciatura, Universidad de Chile, 1933), 94, citado por Bárbara Urrejola Scolari, “Teoría de la imprevisión”, 172.

La diferencia radica en que mientras que en un contrato con una condición resolutoria, una vez que ésta ocurre la consecuencia es la terminación del contrato y sus obligaciones, en la Teoría de la Imprevisión, en cambio, las condiciones contractuales se modificarían o suspenderían, pero no desaparecerían.

El Código Civil ecuatoriano, en el artículo 1495, al tratar sobre la condición suspensiva para los contratos, indica que es aquella que mientras no se cumpla suspende la adquisición de un derecho. Queda claro entonces, que se trata de dos instituciones totalmente diferentes.

1.14.5 Semejanzas y diferencias con el Caso Fortuito o Fuerza Mayor

Quizá la confusión que suele existir en identificar las situaciones si son excesiva onerosidad sobreviniente, (teoría de la imprevisión) con los casos fortuitos o de fuerza mayor, es la más frecuente, veamos lo que al respecto nos dice Bonnecase:

Bonnecase define el caso fortuito o fuerza mayor de la siguiente forma: “se entiende por caso fortuito o fuerza mayor, una variedad de hecho jurídico de orden legal, material o puramente humano que pertenece más particularmente al derecho de las obligaciones, e impide sea la ejecución, sea el nacimiento de una obligación, en razón de la imposibilidad absoluta en la cual se ha encontrado sin su culpa el deudor o el que pasa por tal, de triunfar de la fuerza del acontecimiento constitutivo del susodicho hecho jurídico²⁷.”

El Código Civil Ecuatoriano en el artículo 30 define al caso fortuito o fuerza mayor como el imprevisto al cual es imposible resistirse, como un naufragio, o terremoto, y cuya consecuencia es la eximición de responsabilidad.

Transcribo el texto para continuar con el análisis: “Art. 30.- Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

Son dos los elementos que deben existir para calificar un hecho como fuerza mayor estos son: a) Que el hecho sea imprevisible: y b) que no se pueda resistir al mismo.

²⁷Ibíd, 173.

En el caso fortuito, no se puede cumplir o seguir cumpliendo con la obligación pactada, por un hecho acaecido no previsto e irresistible, en cambio cuando hablamos de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión sí existe la posibilidad de continuar con el cumplimiento, solo que hacerlo acarrearía consecuencias perjudiciales en lo económico a una de las partes contractuales rompiendo la equidad contractual.

1.15 Fundamentos para la aplicación de la teoría de la imprevisión

Luego de lo expuesto hasta este punto, se tiene claro que el origen de la Teoría de la Imprevisión data casi desde los inicios del Derecho en Roma, es decir no es una institución nueva, más bien la cláusula “*rebus sic estantibus*” que es de vieja data, deja abierta la puerta para buscar el restablecimiento del equilibrio contractual cuando se produce un hecho imprevisto y que modifica onerosamente las condiciones del contrato.

Existen legislaciones que han ido desarrollándose y de manera expresa han acogido la Teoría de la Imprevisión y la han incorporado a su legislación como norma positiva del Derecho. Sin embargo hay países, uno de ellos el nuestro, que no tienen una normativa que acoja de manera expresa la Teoría de la Imprevisión, y es necesario argumentar doctrinalmente su importancia, para que luego sea esta argumentación, la base de fallos jurisprudenciales.

En nuestra legislación, como ya se ha indicado, la incorporación de la Teoría de la Imprevisión, no se ha dado de forma expresa, más bien el artículo 1561 del Código Civil, reconoce al contrato como ley para las partes y de cumplimiento obligatorio, por asemejarlo a la ley, y solo en el artículo 1562 del mismo cuerpo legal citado, incorpora el principio de buena fe en los actos contractuales; y, con base en dicha teoría se podría hablar de la posibilidad de aplicar la Teoría de la Imprevisión.

En nuestra legislación ecuatoriana, la Teoría de la Imprevisión no se encuentra incorporada a la legislación positiva de manera taxativa, que la posibilidad de aplicación de la misma viene dada por vía jurisdiccional a través de la interpretación que los jueces pueden realizar del principio de buena fe contenido en el artículo 1562, que permitiría romper la autonomía de la voluntad de las partes, modificándola por medio de sentencia invocando el fin supremo de la contratación que es actuar de buena fe en la firma del contrato y a lo largo de la ejecución del mismo.

Queda claro que es necesaria la aplicación de la institución, porque su existencia sirve para devolver el equilibrio a la relación contractual, cuando una condición imprevista la ha tornado injusta o muy onerosa. Para los países como el Ecuador que no acogen de forma expresa la Teoría de la Imprevisión, se hace necesario acudir a las teorías principales que dan sustento a la aplicación de la teoría en estudio. Por lo expuesto pasaré a enunciar las principales teorías que en doctrina se estudian para justificar su existencia, para que partir de la doctrina se identifique una base adecuada que puede servir de fundamento al legislador para una incorporación de la teoría como norma jurídica.

Para Rogelio Sotela Montagne, jurista Costarricense, indica que la Teoría expuesta por Windscheid, se destaca, debido a que según este tratadista:

(...) en la realización de un negocio jurídico, las partes, al exteriorizar su voluntad lo hacen con vista del supuesto y de hecho de la declaración negocial, de tal manera que esa declaración de voluntad tenga validez únicamente si se dan las circunstancias que configuran el referido supuesto de hecho tenido en cuenta; porque éste viene a ser una especie de condición implícita para dicha validez y a constituir un límite de la voluntad verdadera, de los sujetos de la relación jurídica²⁸.

Montagne sostiene que lo dicho por Windscheid es una de las principales teorías para dar sustento a la imprevisión; y de lo expuesto se desprende que la validez del contrato está dada en la medida en que se cumplan todos los supuestos para que se configure el negocio.

La teoría de la base del negocio: consiste en que al celebrarse un contrato las partes tienen en mente aspectos propios del negocio a efectuarse, entonces en el caso que desaparezcan alguna de estos presupuestos propios de la obligación, esta se disolverá. Algunos autores consideran que los presupuestos mencionados son de carácter subjetivo, mientras otros como Larenz consideran que estas bases son objetivas por cuanto son necesarias para la subsistencia de la obligación²⁹.

Existen teorías en relación a lo que resuelve el juez al producirse una situación imprevisible, entre las cuales tenemos: la Teoría del Equilibrio de las Prestaciones, la Teoría de la Buena Fe, la Teoría de Betti y la Teoría de Medio Económico Jurídico.

²⁸Rogelio Sotela Montagne, "La teoría de la imprevisión". Revista de Ciencias Jurídicas, No. 7 (1966): 178, <<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/16974>>.

²⁹Ibíd., 179.

La Teoría del Equilibrio de las Prestaciones hace relación a que el juez debe de establecer el equilibrio de las prestaciones de las partes, para que consecuentemente la obligación siga conservando la utilidad requerida.

La Teoría de la Buena Fe invoca la buena fe en cuanto a la interpretación del contrato, debido a que señala que en caso de controversias este no puede ser interpretado literalmente, por cuando vicia el principio de buena fe.

La Teoría de Betti postula que la obligación al producirse la imprevisión y al contener mucha onerosidad, el juez en su fallo debe conservar el costo inicial de la prestación.

La Teoría de Medio Económico Jurídico menciona que evidentemente todo contrato se celebra en un medio económico jurídico, entonces consecuentemente a una situación imprevisible las partes se encuentran frente a una nueva obligación.

En cuanto a la naturaleza de la Teoría general de la Imprevisión, es preciso mencionar que se fundamenta en principios de equidad, en cuanto a las prestaciones; buena fe, al realizar la interpretación en la controversia y la función social de los derechos, siempre y cuando éstos sirvan para la regulación de la ejecución abusiva de los mismos.

La Teoría de la Imprevisión en su finalidad, busca subrayar la igualdad entre las partes y la equidad de la prestación, a más de corregir los efectos del cambio económico social. Tiene como límite la autonomía de la voluntad por cuanto esta busca que la situación sea equitativa entre las partes, mas no que una de estas ejerza su voluntad para beneficiarse.

Como reflexión concluyente, podemos decir entonces que la Teoría de la Imprevisión busca que en última ratio exista igualdad de sujetos frente a la ley y que las prestaciones sean recíprocas, para que de esta manera, al no poder prever hechos imprevisibles no se perjudique la relación contractual, debido a que el exceso de onerosidad perjudica únicamente a uno de los elementos subjetivos del negocio jurídico.

Sin lugar a duda, la Teoría de la Imprevisión es una forma de limitar la autonomía de la voluntad de las partes. Encuentro necesario ilustrar el presente trabajo, con criterios de diferentes autores que han estudiado esta tesis a profundidad.

Capítulo segundo

2.1 El contrato de mutuo en la legislación ecuatoriana

Una vez que se ha analizado en el capítulo anterior el concepto y características del contrato en general, así como la base doctrinaria que sustenta la Teoría de la Imprevisión y sus distintas aplicaciones, pasaremos a examinar el concepto del contrato de mutuo en la doctrina, su clasificación y como está conceptualizado en la legislación ecuatoriana, para en un tercer capítulo, analizar cómo la Teoría de la Imprevisión podría aplicarse a este contrato.

Tanto en la doctrina como en la legislación ecuatoriana, se tiene diferenciado el contrato de mutuo civil y el contrato de mutuo mercantil, de tal forma que el primero se rige por el Código Civil, y el segundo por las regulaciones del Código de Comercio.

Guillermo Cabanellas en su diccionario jurídico elemental, al referirse al mutuo tiene las siguientes clasificaciones conceptuales:

Contrato de mutuo Civil. El contrato real de *mutuo*, de préstamo simple o empréstito de consumo (como quiera denominarse) se rige, en principio, por las reglas del Derecho Común, por la de los códigos civiles.

Mutuo Gratuito. El contrato real de préstamo de una suma de dinero u otra cosa fungible en que no se exigen intereses del mutuuario.

Mutuo Mercantil, el préstamo de dinero o cosa fungible de otra clase que se rige por las leyes de comercio.

Mutuo oneroso, Préstamo de dinero u otra cosa fungible por el cual se perciben intereses³⁰.

De lo indicado por el profesor Cabanellas, se aprecia que existen varios tipos de mutuo, dependiendo principalmente de las personas que intervienen en ellos. Por la importancia, pero sobre todo por la cantidad de contratos de mutuo que se suscriben a diario entre las instituciones financieras y sus clientes, el giro principal de análisis de este trabajo se lo realizará en torno del contrato de mutuo comercial o mercantil. No obstante, y para que tener una idea general, abordaré de forma somera los otros contratos.

³⁰Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (Buenos Aires: Heliasta, 2011), 249.

2.2 El mutuo civil

El artículo 2099 del Código Civil ecuatoriano al definir al mutuo nos dice: “Mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad”³¹.

Para entender de mejor manera esta institución, es necesario analizar la naturaleza jurídica del contrato de mutuo, a fin de establecer sus efectos.

Es destacable en el concepto del Código Civil, la calidad de fungible de la cosa que se entrega, lo que permite la sustitución de una por otra de similares características, al momento de la devolución de la misma. Ejemplo claro el mutuo de dinero o préstamo de dinero. La calidad de fungibilidad del bien entregado en mutuo, es lo que marca una diferencia sustancial con el contrato de comodato, en el cual también se entrega un bien de forma gratuita para que el comodatario use el bien y lo devuelva a la finalización del plazo establecido en el contrato. En este caso el bien entregado en comodato es un bien no fungible.

En el caso del contrato de mutuo, necesariamente tiene que ser un bien fungible, del cual puede tomar provecho el mutuario, así mismo durante un tiempo determinado, con la condición de restituir la misma cantidad. Aquí se percibe otra característica importante que es la gratuidad del contrato, de la cual se hablará más adelante.

La legislación ecuatoriana indica que es un contrato unilateral. Esto implica que por la naturaleza propia de este contrato, las obligaciones se generan únicamente para el mutuario que es quien resultará beneficiado, toda vez que luego de la entrega de la cosa por parte del prestamista, solo cabe la obligación de restitución luego de transcurrido determinado tiempo, de otra cosa de igual género y calidad. Al ser un contrato unilateral no es posible la resolución propia del contrato bilateral.

En lo referente al tiempo del préstamo en el mutuo civil, el Código Civil establece un período mínimo de diez días contados desde la fecha en que la cosa fue entregada. Sin embargo, el mismo cuerpo normativo nos indica que en caso de que no se haya estipulado un tiempo para la devolución, el juez estará en potestad de fijar un tiempo prudencial para que esto se verifique.

³¹ Ecuador, *Codificación del Código Civil*, en Registro Oficial, Suplemento, No. 46 (24 de junio de 2005), Art. 2099.

El mutuo es un contrato real. El artículo 2100 del Código Civil nos dice: No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio³².

Al hablar de tradición debo referirme al Artículo 686 del Código Civil que dice: La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo, por una parte, la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra, la capacidad e intención de adquirirlo³³.

Cuando el prestador entrega la cosa, el dominio de la misma pasa al prestatario. Es decir la disposición del mismo es posible ya que éste –el prestatario- se hace dueño de la cosa y consecuentemente puede hacer con ella lo que a bien tenga. Por tanto, la obligación que nace es la de devolver otra cosa de iguales o similares características.

En principio, el contrato de mutuo civil es un contrato gratuito, tal y como nos indica el artículo 2012 del Código Civil, en el cual se menciona que: “Si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato. Podrá darse una clase de moneda por otra, aún a pesar del mutuante, siempre que las dos cantidades se ajusten a la relación establecida por la ley entre las dos clases de monedas”³⁴.

Al decir “sólo se debe la suma numérica enunciada”, automáticamente nos deja clara la idea de tratarse de un contrato gratuito, sin embargo la gratuidad del contrato no es una característica de la esencia del mismo. De hecho el mismo Código Civil en el artículo 2108 permite que las partes pacten intereses que pueden ser en dinero o en cosas fungibles. Por tanto, las partes tienen plena facultad para convertir este contrato en oneroso, sin que esto desnaturalice el contrato. No así en el contrato de comodato, ya que en este contrato al pactarse una prestación en dinero, automáticamente se convertiría en un contrato de arrendamiento.

Cabe una aclaración en este punto, pues dependiendo de la calidad de civil o mercantil, esta característica de la gratuidad es un elemento de la naturaleza en el primer caso, y accidental en el segundo.

Otra característica de este contrato es que se trata de un contrato principal. Esto significa que subsiste por sí solo sin necesidad de otro contrato o negocio jurídico, por el contrario, a dicho contrato suelen anclarse otros como el de hipoteca.

³²Ibíd., Art 2100.

³³Ibíd., Art 686.

³⁴Ibíd., Art. 2012.

Finalmente, el contrato de mutuo civil es un contrato nominado ya que se encuentra contemplado como tal en la legislación ecuatoriana y su tratamiento ocupa un capítulo del Código Civil.

2.3 Contrato de mutuo comercial

El Código de Comercio ecuatoriano en el artículo 553 del Título XIII al referirse al préstamo, lo define como un acto mercantil y lo hace en los siguientes términos: “El préstamo se tiene por mercantil cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio, aunque las partes no sean comerciantes”³⁵.

El artículo mencionado, más que definir el contrato de mutuo mercantil, intenta diferenciarlo del contrato de mutuo civil. Se prevé la existencia de similitudes como por ejemplo que tanto el contrato de mutuo civil como el mercantil, gozan de características esenciales, como son la entrega de una cosa fungible por parte del mutuante al mutuario; y, la entrega o restitución de otra de idénticas características luego del paso de determinado tiempo establecido en el propio contrato.

El mismo cuerpo legal en su artículo 557 indica: “El préstamo mercantil devenga intereses, salvo convención en contrario. Deben hacerse por escrito la estipulación de intereses distintos del legal, y la que exonere de intereses al deudor”³⁶.

2.4 Diferencia entre el mutuo civil y el mutuo comercial

El contrato de mutuo civil y el comercial, comparten características similares en su esencia, como son la entrega de una cosa fungible por parte del mutuante y la obligación de restitución de una cosa de iguales características por parte del mutuario, luego de transcurrido el plazo estipulado.

La legislación civil ecuatoriana, distingue la existencia del contrato de mutuo civil y el contrato de mutuo mercantil al punto que el primero es tratado en el Código Civil y el segundo en el Código de Comercio; por esta misma razón es necesario establecer cuáles son las características que cada uno de estos contratos tiene, ya que

³⁵Ecuador, *Código de Comercio*, en Registro Oficial, Suplemento, No. 1202(20 de agosto de 1960), Art. 553.

³⁶*Ibíd.*, 557.

con dependencia del contrato que esté en nuestras manos, su tratamiento desde el punto de vista jurídico y sobre todo desde el punto de vista litigioso, será diferente.

Para poder entender las diferencias de estos dos tipos de contratos, me refiero a características propias de cada uno, para ponerlas en contraste.

En lo referente a la contraprestación económica que pueden tener los contratos, el Código Civil, al tratar el contrato de mutuo civil y sus características, nos indica que el contrato de mutuo es un contrato por esencia gratuito, esta característica viene acompañando a este contrato desde su propio origen en Roma. No obstante, el legislador ha dispuesto en el mismo Código Civil que por acuerdo expreso de las partes, este contrato puede devengar intereses. En consecuencia el pago de intereses en el contrato de mutuo civil es por excepción.

En contra partida, el Código de Comercio, al hablar del contrato de préstamo o mutuo en el artículo 553, establece como una característica de la naturaleza del mismo el hecho de que devengue intereses; y, especifica que la gratuidad debe ser la excepción de este tipo de contrato y debe estar acordado por las partes.

En el Código de Comercio en el artículo 553 ya mencionado, indica que el préstamo se tiene por mercantil cuando se contrae con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio, aunque las partes no sean comerciantes.

Otro elemento decidor que marca la diferencia entre estos dos contratos, es el destino que el mutuario dará a la cosa o bien fungible. El Código Civil en el artículo 2099 al hablarnos del contrato de mutuo indica que es aquel en que el mutuante entrega una cosa o bien fungible a otra con cargo a restituir otra. En ningún momento el Código Civil entra a determinar el uso que el mutuario va a dar del bien entregado. La única obligación que existe es el de restitución. De su lado, el Código de Comercio indica de forma expresa que los bienes fungibles que se entregan en préstamos serán destinados a actos de comercio, aunque las partes intervinientes no ostenten la calidad de comerciantes. En consecuencia, esta segunda diferencia radica en el uso que se dará a los bienes entregados al mutuario.

Concluyendo este punto, se puede decir que una de las diferencias que existe entre un contrato de mutuo civil, y un contrato de mutuo mercantil, estaría dada en los sujetos que intervienen en el negocio jurídico, si gozan de la calidad de comerciantes; y, si el objeto del préstamo está destinado al comercio se consideraría mercantil.

2.5 Mutuo como contrato de adhesión con consumidores

En el Ecuador los contratos de mutuos bancarios son instrumentalizados por medio de contratos de adhesión, de acuerdo a lo especificado en el Código Orgánico Monetario y Financiero, razón por la cual se hace necesario detenerse a revisar que es un contrato de adhesión, sus características y sobre todo analizar la forma en que la legislación ecuatoriana regula los mismos, buscando proteger a la parte adherente que se puede pensar, y con mucha razón es la parte débil de la relación contractual.

En mi opinión, en los contratos de adhesión, una de las partes contratantes hace visible su voluntad de contratar por medio de la aceptación de lo estipulado en el contrato elaborado por la otra parte, sin que la primera haya podido realizar observaciones, cambios, inclusiones en el texto del contrato. Los contratos de mutuo sean civiles o mercantiles, frecuentemente pueden tener la forma de un contrato de adhesión, es decir, en este tipo de contratos la autonomía de la voluntad viene dada en la medida en que al momento de la suscripción del contrato se entendería que lo hace bajo pleno conocimiento del contenido de las cláusulas, de su implicación y alcance.

Para enfocarnos en el contrato de mutuo mercantil bancario como contrato de adhesión, veo preciso tratar y conocer las características peculiares del contrato de adhesión como tal.

2.5.1 El contrato de adhesión

La aceleración del mundo comercial en el que se desarrollan las actividades en la actualidad, ha impulsado a una utilización casi generalizada de este tipo de contrato. Resulta mucho más fácil tener formatos preestablecidos en los cuales el prestador del servicio o quien provee de bienes a los usuarios o consumidores, establezca las condiciones bajo las cuales se contrae la relación contractual. Su utilización es más extendida en aquellos contratos en los que se establecen prestaciones de tracto sucesivo. Se incluyen por ejemplo, cláusulas de garantía –o mejor dicho de descargo de garantía por mala utilización– períodos y frecuencia de pago, causales de terminación del contrato, pero sobre todo cláusulas referentes a penalidades en caso de incumplimiento de las obligaciones.

Estos contratos deberían cuidar que exista equilibrio en las contraprestaciones que las partes tienen por el hecho del contrato.

Para que estos contratos tengan plena eficacia jurídica, se debe agregar la firma de aceptación de parte de la persona que está contratando, a quien la podemos denominar en términos genéricos “el cliente”. El hecho de imprimir su firma en el contrato de adhesión, hace que se presuma que leyó y entendió el contenido del contrato, sin embargo, en la realidad esto no se da. El cliente simplemente firma y no se detiene a leer el contrato, que en la mayoría de casos resulta extenuante su lectura por la extensión del mismo.

El tratadista Arturo Alessandri, en su obra *De los Contratos*, define al contrato de adhesión de la siguiente manera:

Contrato de adhesión es el que se forma sin discusión previa, mediante la aceptación lisa y llana que una de las partes hace de las condiciones señaladas por la otra. Su característica es la ausencia de discusiones preliminares entre los contratantes. Para emplear una terminología usual, uno de ellos impone “la ley del contrato” al otro, cuyo único papel es aceptarla o rechazarla³⁷.

Evidentemente, lo señalado por el profesor Alessandri coincide con lo indicado en líneas anteriores. En principio quien elaboró el contrato debería cuidar de elaborar un documento que no lesione o deje en desprotección a la otra parte que se adherirá al contrato. Ésta, tal y como lo dice el tratadista, no ha tenido ningún tipo de intervención en la elaboración del documento. Únicamente manifiesta su aceptación mediante su impronta.

El tratadista ecuatoriano Víctor Cevallos nos dice que: “etimológicamente, la palabra contrato proviene, del latín *contractus*, que significa contraer, entender, unir, pacto”.³⁸ La doctrina de manera mayoritaria coincide en que el contrato es el resultado del acuerdo de voluntades, tomando importancia la autonomía de la voluntad, todo ajustado a la ley, constituyéndose el mismo en fuente de obligaciones.

El Código Civil Ecuatoriano, en el artículo 1454, define al contrato como: “(...)un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”³⁹.

³⁷ Arturo Alessandri Rodríguez, *De los contratos* (Santiago: Editorial Temis / Editorial Jurídica de Chile, 2011), 40.

³⁸ Víctor Cevallos Vásquez, *Contratos civiles y mercantiles* (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2005), 53.

³⁹ Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Art. 1553.

Al igual que cualquier contrato, el de adhesión debe contar con los elementos básicos de cualquier contrato, de acuerdo con el artículo 1460 del Código Civil que dice:

Art. 1460.- Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales⁴⁰.

De lo analizado hasta este punto, se colige que un contrato de adhesión, de ser celebrado cuidando los requisitos de validez, y los elementos del mismo, es fuente de obligaciones contractuales que pueden ser de dar, hacer o no hacer una cosa, con sus características particulares que adelante se las enunciará; y, no tiene que ser satanizado debido a que un contrato bien elaborado y que establezca cláusulas claras y pegadas a derecho, no hace sino trazar los límites de la relación comercial y las obligaciones que de éste se generan. De igual manera se establecen las sanciones que se pueden aplicar en caso de incumplimiento. Por ejemplo el pago de intereses moratorios en caso de un préstamo bancario.

La particularidad del denominado contrato de adhesión, está dada por la forma en la cual produce su redacción, ya que como hemos manifestado anteriormente, de su elaboración se encarga una parte de contratantes. Se indica que casi siempre la parte más fuerte de la relación es la que se encarga de establecer los formatos de contratos; y, esto ha dado lugar a la discusión de hasta qué punto intervienen de manera recíproca o equivalente las partes contratantes en la elaboración del contrato, pues como se dejó ya enunciado la elaboración del mismo es de exclusividad de la parte fuerte de la contratación.

El tratadista Víctor Cevallos Vásquez, al referirse a los contratos de adhesión en lo referente al proceso de la formación de la voluntad en el contrato, menciona lo siguiente:

⁴⁰Ibíd., Art. 1460.

En la doctrina encontramos dos posiciones, la una que alega que en ninguna disposición del derecho positivo se determina que en el proceso de formación del contrato se efectúe necesariamente una discusión, consecuentemente es irrelevante que una de las partes se adhiera o acepte las condiciones negociables predispuestas a la otra u otras, teniendo presente que a la predisposición a la que aluden las cláusulas predispuestas es una técnica del oferente, en tanto que la adhesión es un acto del aceptante, pero que siempre para el perfeccionamiento del contrato se requerirá de la voluntad de las dos o más partes negociables.

La segunda posición advierte que en estos contratos la desigualdad de las partes se aprecia en el hecho de que la parte más fuerte, que generalmente es el empresario ha determinado las condiciones que deben ser aceptadas por la contraparte o destinatario de la oferta, lo cual da curso a notables abusos en perjuicio de los usuarios y consumidores y demanda un papel más activo del estado para corregir los abusos en perjuicio de la parte más débil en la contratación por adhesión, respuesta que se aprecia por ejemplo en las leyes de defensa del consumidor que combaten las cláusulas leoninas⁴¹.

Son dos corrientes que tienen su respaldo académico, sin que por ello no se deje de mencionar que en la mayoría de los negocios, usualmente va a existir una parte más fuerte, y esta condición no necesariamente transforma las condiciones contractuales, en cláusulas leoninas.

Un contrato se celebra con el fin de obtener beneficios las partes contratantes, es el principio fundamental que lleva a que las personas se relacionen contractualmente. Por otro lado, la dinámica del comercio actual, la producción de bienes y servicios en serie, dirigidos a conglomerados humanos cada vez mayores, obliga en la realidad a una contratación por adhesión que resulta beneficiosa para el comercio y para el mercado de bienes y servicios, que redundará en un país más productivo.

La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 003-11-SCN-CC⁴², al resolver sobre la naturaleza y consecuencias de los contratos de Adhesión reconoce la validez de los contratos de adhesión, sosteniendo que las obligaciones que emanan del mismo son legítimas pues es un acto jurídico válido.

Como se indicó anteriormente, en la legislación ecuatoriana, se busca por medio de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, proteger a la parte más débil de la relación contractual, evitando que los contratos de adhesión contengan las denominadas cláusulas leoninas o abusivas.

Este tipo de cláusulas, las leoninas, se caracteriza por romper el equilibrio que debe existir en contrato, son el fruto de la voluntad de la parte oferente. Estas se

⁴¹Cevallos Vásquez, *Contratos civiles y mercantiles*, 35.

⁴²Ecuador.Corte Constitucional, [Sentencia No. 003-11-SCN-CC], en Registro Oficial, Suplemento, No. 396, de 02 de marzo de 2011.

consideran nulas de pleno derecho sin que esta situación nulite el contrato en su totalidad.

2.5.2 Protección contractual en los contratos de adhesión

De lo expresado hasta el presente momento, es claro que hay un espíritu tutelar para los contratos de adhesión, que pudiera en algún momento resultar cuestionable, ya que en última instancia, se trata de un contrato que tiene que ver con la autonomía de la voluntad de las partes como es la contratación de un bien o servicio.

Desde mi óptica, más bien, la aparente tutela que se puede cuestionar, es un complemento a la teoría de la contratación ya que viabiliza las relaciones contractuales que cada vez se tornan más complejas por dinamismo del mundo comercial revistiéndolas de auto filtros que a la larga construyen relaciones con justicia.

La protección al consumidor en los contratos de adhesión responde a una corriente muy reciente que ha coincidido en la necesidad de proteger a una de las partes que se encuentra en posición de desventaja. Esta corriente también ha llegado al Ecuador, y se ha cristalizado en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la cual contiene este tipo de protección en favor del consumidor⁴³.

Considero que la protección a los consumidores o usuarios es algo que se debe impulsar y proteger. La corriente proteccionista al consumidor busca eliminar en todos los contratos de adhesión, las cláusulas abusivas que beneficien al oferente del contrato y eso es correcto. Sin embargo, nunca se deberá perder de vista el hecho de los beneficios que brinda tener contratos de adhesión, como por ejemplo el hecho de que existe igualdad de condiciones entre todos los contratos celebrados por una misma parte contractual; que se cuente con documentos que al haber sido pensados en relaciones comerciales múltiples, no dejen cabos sueltos que más tarde traerán problemas. Pero sobre todo, brindan celeridad a las relaciones jurídico - comerciales entre sus partícipes.

⁴³ José Clemente Vivanco, “Los contratos de adhesión”, en Revista Judicial <<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2005/11/24/los-contratos-de-adhesión>>.

2.5.3 Principios de protección contractual

El Dr. Clemente José Vivanco, en su artículo los contratos de adhesión nos menciona los siguientes principios:

Principio "contra proferente": Según el cual los contratos de adhesión deben ser interpretados en contra de la parte que ha predispuesto las cláusulas. La jurisprudencia Argentina ha explicado este principio de la siguiente manera: "En la interpretación de los contratos por adhesión se debe acentuar el conjunto de derechos del adherente, volcándose el peso de las obligaciones sobre el contratante que ha predispuesto las cláusulas".

Por su parte, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor marca una diferencia con lo establecido en la jurisprudencia argentina, ya que el artículo 1 de esta ley, menciona lo siguiente:

Art. 1.- **Ámbito y Objeto.**- Las disposiciones de la presente Ley son de orden público de interés social, sus normas por tratarse de una Ley de carácter orgánico, prevalecerán sobre las disposiciones contenidas en leyes ordinarias. En caso de duda en la interpretación de esta Ley, se la aplicará en el sentido más favorable al consumidor.

El objeto de esta Ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en dichas relaciones entre las partes.⁴⁴

En consecuencia, sólo en caso de duda en la aplicación de la ley se aplicaría el principio *in dubio pro* consumidor.

Principio de claridad: En virtud del cual el contrato de adhesión en general y sus cláusulas particularmente consideradas deben gozar de una transparencia y claridad absolutas. De hecho los artículos 41 y 42 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, establecen la forma en la que se ha de redactar el contrato de adhesión. Así, por ejemplo establece el tamaño de la letra, el idioma de redacción, etc.

Mención especial debe realizarse en lo referente al artículo 43 de la misma ley, en el cual se hace una enumeración extensa de las cláusulas prohibidas en los contratos de adhesión. Para mayor ilustración me permito transcribirlas:

⁴⁴Ecuador, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en Registro Oficial, Suplemento, No. 116(Quito, 10 de julio de 2000): 1.

Art. 43.- Cláusulas Prohibidas.- Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que:

1. Eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados;
2. Impliquen renuncia a los derechos que esta ley reconoce a los consumidores o de alguna manera limiten su ejercicio;
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
4. Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento;
5. Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato;
6. Autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal resolución o modificación esté condicionada al incumplimiento imputable al consumidor;
7. Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o utilizados antes de que se suscriba el contrato, o sean ilegibles;
8. Impliquen renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en esta Ley, sin perjuicio de los casos especiales previstos en el Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Ley de Arbitraje y Mediación y demás leyes conexas; y,
9. Cualesquiera otras cláusula o estipulación que cause indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres.

Lo determinado en el presente artículo incluye a los servicios que prestan las Instituciones del Sistema Financiero⁴⁵.

En consecuencia, las personas naturales o jurídicas que mantengan contratos de adhesión para entablar la relación comercial con sus clientes, deben hacerlo guardando cuidado de no incurrir en las prohibiciones antes indicadas.

Principio de prevalencia de las condiciones particulares: En este tipo de contratos existen ciertas condiciones generales que son propias del contrato de adhesión en sí, pero también existen las condiciones particulares que son aquellas que se incorporan tomando en cuenta la singularidad del adherente.

Según el principio de prevalencia de las condiciones particulares, en los contratos de adhesión deben primar aquellas condiciones particulares que se incorporan a él tomando en cuenta la singularidad del adherente, por sobre las condiciones generales propias del contrato de adhesión.

Principio de preeminencia de las cláusulas incorporadas: En los contratos de adhesión se pueden incorporar ciertas cláusulas que en un principio no son parte de él, según el principio de preeminencia de las cláusulas incorporadas, las cláusulas que se

⁴⁵Ibíd., Art. 43.

incorporan al contrato que no son propias de él prevalecen por sobre las cláusulas propias del contrato de adhesión.

Principio de inequivalencia de las condiciones generales a los usos y costumbres: Según el cual todas las cláusulas de los contratos de adhesión deben sujetarse a una lógica racional y no pueden irse en contra de las costumbres comerciales. La legislación que protege al consumidor se apoya en estos principios para equiparar las condiciones de la parte que predispone las cláusulas y las del adherente.

La protección contractual, de acuerdo con la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor habla de dicha protección de manera exclusiva para los contratos de adhesión, ya que se sobre entiende que los otros tipos de contratos existe igualdad de condiciones al contratar.

La doctrina ha identificado algunas cláusulas que deberán ser siempre consideradas abusivas, estas son:

- Las que limitan la responsabilidad del predisponente;
- Las que trasladan los riesgos al consumidor;
- Las que restringen la facultad del adherente de oponer determinadas excepciones;
- Las que invierten la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
- Las que le permiten al predisponente dar por terminado unilateralmente el contrato;
- Las que prorrogan la competencia territorial de alguna autoridad;
- Las que establecen caducidades especiales;
- Las que permiten al predisponente modificar unilateralmente alguna condición del contrato;
- Las que imponen al adherente obligaciones accesorias; y,
- Las que le otorgan el carácter de exclusivo al contrato⁴⁶.

Si se analiza lo que dice el tratadista Vivanco en relación a las cláusulas abusivas de los contratos, veremos que recoge todo lo establecido en el artículo 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, de la cual ya hemos hablado.

2.5.4 El contrato de adhesión en la legislación ecuatoriana

Como ya he mencionado, la legislación ecuatoriana busca proteger a la parte más débil de la relación que es el consumidor, y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, se refiere de manera expresa al contrato de adhesión, el cual está definido como tal en el artículo 2 y que transcribo la parte pertinente para mayor ilustración:

⁴⁶Vivanco, “Los contratos de adhesión”.

Art. 2.- Definiciones.- Para efectos de la presente ley, se entenderá por: [...] Contrato de Adhesión.- Es aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido....⁴⁷.

De la definición infero que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se le da la calidad de contrato tipificado, encontrando todas sus particularidades de contrato de adhesión, en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, y su correspondiente reglamento.

Protección Contractual en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en el Capítulo VII intitulado Protección Contractual, establece las principales características de forma y de fondo que deben tener de los contratos de adhesión que se celebren en el país, tendientes a la adquisición de bienes o servicios que se oferten bajo esta modalidad contractual.

De hecho ya dejamos dicho que se regula no solo la forma del contrato, sino también se cuida de que no se incluyan cláusulas prohibidas y que se han determinado de forma expresa en el artículo 43 de la Ley, las cuales analizamos de forma pormenorizada en los siguientes acápite.

Características de forma del Contrato de Adhesión e idioma

Los Artículos 41 y 42 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, establecen que:

Art. 41.- El Contrato de Adhesión.- El contrato de adhesión deberá estar redactado con caracteres legibles, no menores a un tamaño de fuente de diez puntos, de acuerdo a las normas informáticas internacionales, en términos claros y comprensibles y no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato.

Cuando en un contrato de adhesión escrito con determinado tamaño de caracteres existiese además, textos escritos con letras o números significativamente más pequeños, éstos se entenderán como no escritos. Las partes tienen derecho de que se les entregue copias debidamente suscritas y sumilladas de los contratos y todos sus anexos. Si no fuere posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, el proveedor entregará de inmediato una copia con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste; la copia

⁴⁷Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Art. 2.

así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado para todos los efectos legales⁴⁸.

Si bien es cierto, parecería excesivo que se haya legislado inclusive sobre el tamaño de letra que se ha de usar en los contratos de adhesión, sin embargo, esto tiene una razón de fondo en cuanto a la protección de los usuarios quienes tienen derecho de ver y entender aquello a lo que se están comprometiendo.

De igual manera contiene una prohibición expresa de insertar en el contrato la remisión a normas legales. Pese a que la ley se presume conocida por todos, no obstante, no es obligación de los contratantes conocer todas las leyes o reglamentos. Por tal razón, es necesario que al hablar de una ley determinada, se lo haga de forma expresa para que el consumidor pueda entender el alcance de su obligación.

Las características exigidas en este artículo deben ser cumplidas y avaladas por los diferentes órganos de control a fin de dar su aprobación a los textos de los contratos de adhesión; como por ejemplo, los contratos que se firman al contratar servicios de tarjetas de crédito, medicina prepagada, telefonía celular entre otros.

El artículo 42 nos inteligencia en cuanto al idioma en el cual se han de redactar los contratos de adhesión, siguiendo el esquema del presente trabajo, transcribo la norma pertinente:

Art. 42.- Idioma Oficial.- Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente Ley, deberán estar escritos en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos, no producirán efecto alguno respecto del consumidor.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos o formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen, por sobre las del formulario, siempre que el consumidor lo apruebe por escrito. Las condiciones de la oferta se entienden siempre incorporadas al contrato⁴⁹.

Debo detenerme en el análisis del último inciso del artículo 42, ya que al indicar que las cláusulas que se agreguen al contrato impreso tienen prevalencia sobre las cláusulas previamente escritas siempre y cuando tengan la aprobación del contratante. Esto deja la puerta abierta a lo que se ha dicho en líneas anteriores en lo referente a la

⁴⁸Ibíd., Art. 41.

⁴⁹Ibíd., Art. 42.

inclusión de las particularidades propias del consumidor o usuario. Al hacer este tipo de inclusiones en los contratos pre impresos, se estaría desnaturalizando la calidad del contrato de adhesión.

Cláusulas abusivas

El principal problema práctico que se les atribuye a los contratos de adhesión, más allá de la discusión dogmática de si es realmente un contrato o no, es el relacionado con las cláusulas abusivas, ya que al ser una sola de las partes contractuales la que toma bajo su responsabilidad la redacción del contrato, podría caerse en la trampa de establecer condiciones que favorezcan de manera abierta y desmesurada a una de las partes –la que elabora el contrato–, en detrimento de la otra parte contratante –la que se adhiere al contrato–

El tratadista colombiano Carlos Andrés Laguado Giraldo hace un extenso análisis sobre las cláusulas abusivas en los contratos de seguro. Evidentemente, lo establecido para estos contratos, puede perfectamente aplicarse a los contratos de mutuo bancario sobre los que gira el análisis de este trabajo. Con relación a las cláusulas abusivas, este tratadista menciona lo siguiente:

Varios tribunales europeos, y especialmente el alemán, en una primera época sostuvieron que las cláusulas abusivas violaban las buenas costumbres. Años después se corrigió la línea jurisprudencial y se arguyó que ellas violaban la buena fe objetiva. Ahora, el criterio recurrente supone que una cláusula es abusiva, y en consecuencia nula, cuando viola el derecho positivo en el cual, previamente y fundado en el principio de buena fe objetiva, se han enumerado estipulaciones que se reputan abusivas⁵⁰.

En efecto, la Ley Orgánica del Consumidor en su artículo 43 nos habla de cláusulas prohibidas, dándole el efecto de nulidad de pleno derecho, lo que me lleva a concluir que el legislador nos ejemplifica qué cláusulas han de ser consideradas prohibidas por abusivas, con lo cual se cumple el presupuesto.

Este artículo que ya he citado anteriormente, trae nueve supuestos de cláusulas que en caso de ser incluidas en un contrato simplemente se tomarán como no escritas y consecuentemente no causarán ningún efecto en contra de la parte a quien perjudican.

⁵⁰LaguadoGiraldo, “Condiciones generales, cláusulas abusivas”, 241.

La norma, en resumen, busca proteger al consumidor ante la eventual posibilidad de que se quede en indefensión, siendo la enumeración una simple ejemplificación no un mandato taxativo, pues pueden existir otras cláusulas que en el contexto íntegro del contrato de adhesión pueden tener el carácter de abusivas.

Como dejé indicado previamente, en los contratos de adhesión no se plasma la voluntad del consumidor o usuario del bien o servicio. Éste simplemente coloca su firma en señal de aceptación de las cláusulas contractuales. En principio esta firma sostendría el hecho de haber entendido en toda su extensión las implicaciones jurídicas que tiene ese contrato. Sin embargo, en la práctica, lo usual es que quien firma el contrato lo hace sin leer todas las cláusulas y en consecuencia no tiene ese conocimiento del que he hablado. Si vamos más lejos, en el supuesto de que la persona adherente hubiese leído el contrato en su totalidad, puede también suceder que la forma de redacción no deje lo suficientemente clara las implicaciones que tiene.

Es justamente por esta razón, que la ley entra a suplir estas deficiencias para conseguir el equilibrio entre las partes. Entiéndase la palabra equilibrio, no como la expresión de igualdad entre las partes, sino como el hecho de que exista justicia en las contraprestaciones, y que una de las partes –en este caso la adherente- se vea perjudicada.

Otras cláusulas protectoras al consumidor

A más de las cláusulas consideradas prohibidas contenidas en el artículo 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que ya fue analizada, el mencionado cuerpo legal contiene otras normas que reglan el contenido del contrato de adhesión, protegiendo al consumidor. Estas normas las resumo en su contenido, pues su contenido me servirá el momento en el cual analicemos ya concretamente el contrato de mutuo visto como un contrato de adhesión.

El artículo 44 de la ley Orgánica de Defensa del Consumidor, faculta al consumidor a darlos por terminados unilateralmente, en cualquier tiempo, con una notificación de quince días al proveedor. Esto quiere decir que ya no está el consumidor atado a un contrato que no desea. Adicionalmente no se podrá incluir multas o sanciones por la decisión de terminar el contrato. En el hipotético caso que se

coloque cláusulas en este sentido en el contrato de adhesión, se tendrán como no escritas.

El artículo 47 norma lo referente a los contratos de adhesión a través del sistema de crédito, haciendo énfasis en la prohibición de cobrar interés sobre interés. De forma expresa, este artículo liga esta prohibición a la práctica realizada por las instituciones del sistema financiero, en especial marcando la obligación de un previo acuerdo de las partes para las tarifas a cobrarse por cobranza tanto judicial como extrajudicial.

El artículo 48 de la Ley en estudio, faculta el pago por anticipado de un crédito, sea que este se haga de la totalidad o de una parte de lo adeudado con el correspondiente recálculo de intereses para el saldo que pueda quedar del crédito, y nuevamente hace énfasis el legislador, que la norma aplica al sistema financiero.

En armonía con la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, el Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor dedica el Capítulo VII a la protección contractual, a fin de hacer viable el cumplimiento de la ya mencionada Ley.

En definitiva, la regulación en materia de defensa del consumidor tiene por objeto poner un límite claro a las cláusulas que se pueden colocar en los contratos de adhesión.

2.6 El contrato de mutuo en el Código Orgánico Monetario Financiero

El Código Orgánico Monetario Financiero es una ley relativamente nueva en nuestro país, y fue publicada en el Registro Oficial No. 332 Segundo Suplemento, el día viernes 12 de septiembre de 2014. Este cuerpo legal sustituyó a la Ley General del Sistema Financiero.

En el cuerpo legal señalado se habla específicamente del contrato de mutuo suscrito entre una institución financiera y el consumidor, y nos dice que solo a través de la firma de un contrato de adhesión, se puede contar con los servicios de dicha institución, alertándonos que las cláusulas que ha de contener este contrato no deben ser abusivas. Este punto armoniza con lo analizado sobre el contrato de adhesión y las cláusulas abusivas en el acápite anterior.

El artículo 252 en estudio, establece además la necesidad de una aprobación del texto contractual por parte de la autoridad de control, sin indicar expresamente cual es la entidad de Control. Sin embargo, el artículo 60 de la misma ley, se refiere a la

Superintendencia de Bancos como el organismo que ha de controlar las actividades financieras que ejerzan las entidades del sector financiero

Transcribo el artículo citado para aclarar el tema:

Artículo 60.- Finalidad. La Superintendencia de Bancos efectuará la vigilancia, auditoría, intervención, control y supervisión de las actividades financieras que ejercen las entidades públicas y privadas del Sistema Financiero Nacional, con el propósito de que estas actividades se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general⁵¹.

Se busca de esta forma proteger a la persona que suscribe un contrato de mutuo de cualquier abuso por parte de la institución financiera.

Guardando el esquema adquirido para el presente trabajo, transcribo de forma literal el artículo analizado:

Artículo 252.- Contratos de adhesión. Los servicios financieros solo podrán ser prestados previa suscripción de un contrato. Los contratos no incluirán aquellas cláusulas prohibidas de adhesión cuyas cláusulas obligatorias y prohibiciones deberán ser aprobadas por los organismos de control⁵².

De lo establecido en el artículo citado, se puede inferir que la autoridad de control de las instituciones del sistema financiero, es decir, la Superintendencia de Bancos, ejerce un control riguroso en cuanto a la forma y al contenido de los contratos que estas instituciones utilizan para generar sus relaciones contractuales con los clientes. En consecuencia, resulta en extremo complicado que un banco ponga en práctica un texto diferente al que fue aprobado en su momento por la entidad de control.

⁵¹Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero*, en Registro Oficial, Segundo Suplemento, No. 332(12 de septiembre de 2014), Art. 60.

⁵²Ibíd., Art. 252.

Capítulo tercero

3.1 Consecuencias de la teoría de la imprevisión en los contratos de mutuo en la legislación ecuatoriana

En el primer Capítulo del presente trabajo se habló de la Teoría de la Imprevisión sus y de los fundamentos para su existencia; así como de sus diferencias con el caso fortuito o fuerza mayor, a fin de tener claro el motivo de estudio del tema planteado.

En el desarrollo del presente trabajo académico, específicamente en el Capítulo dos, he abordado conceptos de contrato, sus requisitos de validez, y en específico se ha desarrollado el estudio del contrato de mutuo, tanto en materia civil como en materia mercantil deteniéndonos en sus elementos de la esencia.

Es preciso analizar si la Teoría de la Imprevisión se encuentra reglada en la legislación ecuatoriana. A la luz de los artículos 1561 del Código Civil donde se manifiesta que el contrato es ley para las partes, parecería no hay lugar para la Teoría de la Imprevisión en la medida en que el principio *pacta sunt servanda*, se recoge plenamente en nuestra legislación.

Sin embargo, acto seguido la misma ley, el artículo el 1562 aclara que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obliga no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella. Con este artículo se da paso a la aplicación del principio *rebus sic stantibus*, que como se explicó en el Capítulo Primero, es el origen de la Teoría de la Imprevisión, aunque no es exactamente una aplicación de la Teoría de la Imprevisión como se demostrará en el desarrollo del trabajo.

Así, la Teoría de la Imprevisión no se encuentra legislada en el Ecuador de manera expresa, aunque es posible llegar a ella por razonamiento judicial invocando la buena fe contractual, lo que no garantiza que en todos los casos su aplicación sea un hecho. Al respecto más adelante ahondaré en comentarios y sugerencias.

De lo dicho, en caso de que se llegare a una contienda legal en la cual se invoque la Teoría de la Imprevisión en un contrato de mutuo, y de llegar a darse paso

judicialmente, las consecuencias serían las de dejar el contrato sin efecto sin responsabilidad de ninguna naturaleza por la falta de cumplimiento.

3.2 Hacia la aplicación de la teoría de la imprevisión en el contrato de mutuo en el Ecuador

La premisa que se debe tener presente para la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, es que debe ser aplicada si y sólo si, la situación cumple con los requisitos expuestos en el Capítulo Dos del presente trabajo. Para tener presentes estos requisitos los resumimos en: a) que el cambio en las condiciones contractuales y consecuentemente el desequilibrio entre las partes al punto de ser lesivo para una de ellas, se trate del fruto de un hecho imposible de prever por ellas al momento de la suscripción del contrato; y, b) que el cumplir el contrato en estas nuevas circunstancias, se torne demasiado oneroso para una de las partes, rompiendo el principio de justicia que debe caracterizar al acto contractual.

Lorenzo de la Maza señala como principio general:

(...) debe tenerse presente que la imprevisión supone el conflicto de las nociones de moral, justicia y de función económica social del contrato, con la puramente económica de seguridad, que exige el respeto absoluto de las condiciones estipuladas. Ambos elementos en conflicto son necesarios en la vida social y exigidos por las necesidades del progreso; no es pues posible, al dar completa satisfacción a uno, olvidar enteramente al otro. La solución que se adopte en este problema de los efectos jurídicos de la imprevisión deberá contemplar muy especialmente el principio general anotado, si no quiere llegar a exageraciones absurdas y a consecuencias inaceptables⁵³.

Es evidente que a lo largo del tiempo se presentan situaciones en extremo fuertes que cambian de forma radical las condiciones iniciales de los contratos. A manera de ejemplo, en el Ecuador podemos citar el hecho del cambio de moneda que tuvo lugar a finales del siglo XX. Antes de la dolarización, en el Ecuador los créditos que los bancos otorgaban a sus clientes, eran pactados en sucres, con tasas de interés que por el tipo de moneda que teníamos era el que se ajustaba al momento histórico.

Sin embargo, con la dolarización, todo el tablero de juego cambió. Los sueldos de las personas –que en sucres podían ser sustanciosos-, de un momento a otro se

⁵³De la Maza, “La teoría de la imprevisión. (En relación con el Derecho Civil chileno)”, 163, citado por Bárbara UrrejolaScolari, “Teoría de la imprevisión”, 172.

vieron reducidos a la mínima expresión. Hemos de tener en cuenta que en ese preciso momento (1999 – 2000), pasamos de tener un sucre que en cuestión de poco tiempo pasó de un tipo de cambio de cinco mil sucres por dólar, hasta cerrar a un tipo de cambio de veinticinco mil sucres por dólar al momento de la dolarización.

Esta situación trajo un remezón de gran magnitud no sólo a nivel de los clientes que empezaron a caer en mora en el cumplimiento de sus obligaciones, sino también a nivel de la banca, debido a que por la misma razón, tuvo que provisionar ingentes cantidades de dinero para los supuestos de cartera incobrable.

En consecuencia, el hecho de introducir normas que regulen este tipo de situaciones de orden excepcional y que brinden una solución viable, pero sobre todo justa –entendiendo el término justicia como dar a cada quien lo que le corresponde, según lo planteó Ulpiano hace casi dos mil años-, brindará mayor seguridad jurídica a los inversionistas tanto nacionales como extranjeros, quienes mirarán en esta normativa una solución ante una posible situación extraordinaria de incumplimiento.

Muchas son las razones que se arguyen para no hacer una incorporación taxativa de la Teoría en estudio, razón que van desde la misma seguridad jurídica, hasta aquellas que hablan de romper con la teoría contractual, sin embargo en lo personal sostengo que es más peligroso para la seguridad jurídica, que los jueces en lugar de tener la norma positiva para aplicarla, solo usen los principios generales del Derecho, que pueden dar lugar a jurisprudencia contradictoria.

El modernizar el Derecho en el país, a través de la incorporación de la Teoría de la Imprevisión, implicaría contar con jueces mejor preparados, conocedores del tema, y que se sirvan en un inicio de peritos que establezcan la real existencia del desequilibrio económico, que de paso luego del debido proceso, a la aplicación de la Teoría de la Imprevisión

3.2.1 Aplicación de la teoría de forma anticipada o preventiva

La aplicación de la Teoría de la Imprevisión, puede darse en dos momentos, antes de que se presente la discrepancia por la aparición del hecho no previsto, o luego de la aparición del mismo. En los siguientes dos puntos me referiré al primer momento, antes de que se presente la discrepancia.

3.2.1.1 Intervención del legislador vía norma expresa

El hecho de establecer una norma expresa que defina lo que significa la Teoría de la Imprevisión, los requisitos que se deben cumplir para que podamos acceder a la vía judicial por esta causal; y, las posibles soluciones por las que las partes o el propio juez puede optar, definitivamente allanarían el camino en el futuro para aquellos casos en los que las condiciones contractuales cambien de manera sustancial y sean aplicables las soluciones que nos ofrece esta teoría para los contratos que resultan excesivamente onerosos.

Esta solución es la que en forma personal me parece más adecuada, ya que implicaría una intervención del legislador, bien fundamentada al formular la ley en abstracto, dejando en claro los estrictos requisitos que debe cumplir una situación contractual a efectos de que pueda invocarse la Teoría de la Imprevisión, sin dejar en manos de los jueces su interpretación, sino reglando circunstancias y consecuencias de dicha aplicación.

Esto implicaría un avance hacia la modernidad en la legislación ecuatoriana, sin atentar contra la seguridad jurídica, pues no se trata de un cambio de reglas del juego en la marcha del contrato, sino más bien redundaría en garantías para los contratantes al saber que la legislación de forma expresa vela por la justicia en la ejecución de los contratos, y que incluso prevé soluciones para situaciones que no son previsibles y que no se pueden confundir con el caso fortuito, la fuerza mayor o cualquier otra figura similar.

Como he dejado enunciado, y sobre todo, con el análisis que se ha realizado en relación al contrato de mutuo civil y el contrato de préstamo mercantil, puedo aseverar que esta teoría debería estar recogida en el Código Civil en su parte general a fin de que aplique a todos los contratos que pudieran ser afectados por las condiciones imprevisibles sobrevinientes.

Con la reforma expuesta, la introducción de la Teoría de la Imprevisión en la parte general, y al ser este cuerpo legal subsidiario del Código de Comercio, en este código se debería hacer referencia a que los casos de Imprevisión se han de resolver de acuerdo al Código Civil

En consecuencia, al tener el contrato de mutuo civil también una posible afectación, debería también establecerse la posibilidad de cambios extraordinarios en estos casos y la solución que se ha de dar a los mismos.

Por su parte, en el contrato de préstamo mercantil, que es uno de los de mayor recurrencia en el sector financiero, con mayor razón se debería prever este tipo de reformas. Ciertamente, esta reforma lejos de producir desconfianza en la contratación lo que haría sería brindar mejores condiciones sobre un supuesto imprevisto.

3.2.2 Soluciones previstas por los propios contratantes

Esta solución es muy válida, si partimos el hecho de que las partes pueden realizar todo tipo de acuerdos mientras no sean contrarios a la ley. Evidentemente, el establecer las reglas que pueden aplicarse en caso de que se presenten situaciones extremas, quizá sería hilar muy fino, pero constituiría un mecanismo totalmente válido para la solución de cualquier tipo de imprevistos.

Todo esto se lo puede realizar gracias al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que son ellas –las partes- en uso de sus atribuciones, facultades y capacidades quienes deciden qué hacer.

Para tener una idea más clara sobre la autonomía de la voluntad, me permito citar a Katiuska Hernández Fraga, quien al tratar sobre este tema nos menciona lo siguiente:

El contrato es un acuerdo creador de relaciones jurídicas entre personas, y constituye un medio de realización social para intereses privados. Según Rivera el negocio jurídico, obra de la voluntad del hombre, con finalidad jurídica, aparece como la expresión técnica del reconocimiento de la autonomía privada, como fuente creadora de efectos jurídicos; el negocio jurídico constituye entonces el medio fundamental de realización del principio de autonomía de la voluntad. Entre todos los hechos o actos jurídicos generadores de obligaciones, el contrato es, indudablemente, aquel en el que la voluntad de los particulares cumple una función más importante ya que su elemento característico, es el consentimiento, o sea el acuerdo libre de la voluntad de las partes⁵⁴.

En consecuencia, haciendo uso del aforismo jurídico de que quien puede lo más puede lo menos, podríamos decir que las partes intervinientes en el contrato, al momento de establecer las reglas de contratación como son montos, tasas, plazos, etc., bien pudieran ser ellas mismas las que establezcan las fórmulas de solución en el caso de que se presenten cambios extraordinarios que produzcan desequilibrio extremo y

⁵⁴Katiuska Hernández Fraga y Danay Guerra Cosme, “El principio de autonomía de la voluntad contractual civil: sus límites y limitaciones. REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa No. 6 (I semestre de 2012):28.

generen daño a cualquier de ellas. Esta cláusula aliviaría en mucho al juez al momento de dictar sentencia en el evento de que se acuda a esta instancia.

A esta solución se le encuentran algunos problemas más bien prácticos, pues la Teoría de la Imprevisión, es especial o extraordinaria por llamarle de alguna forma, pues el hecho ocurrido debe gozar de la característica de no poder ser previsible, a más de causar fuerte desequilibrio económico entre los contratantes, y si ya se resuelven las diferencias específicas de ante mano, no se estaría ante situaciones imprevistas. En este punto, se puede válidamente, hablar de una cláusula general con la cual las partes fijen de ante mano un procedimiento a seguir en caso de que se produzca el hecho imprevisto.

Por otro lado demandaría la redacción de un sinnúmero de contratos como situaciones imprevisibles se pueden dar, lo cual choca con la naturaleza misma de los contratos de adhesión que guardan un modelo estándar una vez revisados por la autoridad competente. Este inconveniente bien podría ser solventado con la cláusula general de la que se habló en el párrafo anterior.

Finalmente en este punto puedo acotar que es común que en la redacción de los contratos, buscando evitar problemas futuros por acontecimientos medianamente previsibles, se estila incorporar cláusulas de estabilización, readaptación o de reliquidación de costos u honorarios por temas como la inflación etc. Pero no hay que perder el horizonte de la calidad del hecho que se busca estabilizar.

No profundizaré en el tema, pero no puedo dejar de referirme a una de las cláusulas más conocidas de adaptación, la denominada *Hardship*, cuyo origen lo encontramos en el *commonlaw*, o derecho anglosajón.

El profesor Sixto Sánchez Lorenzo, al hablar de la cláusula *hardship* en la contratación internacional, nos menciona lo siguiente:

Los supuestos de *hardship* hacen referencia a acontecimientos o circunstancias sobrevenidas (guerras, desastres económicos, disturbios políticos, etc.), igualmente imprevisibles y ajenas a las partes, pero que no generan una imposibilidad de cumplimiento, sino un desequilibrio económico del contrato que puede conllevar cargas irrazonables para una de las partes⁵⁵.

⁵⁵Sixto Sánchez Lorenzo, "Hardship en la contratación internacional: Principios comunes para una unificación desde el Derecho comparado", (2005), <<http://hdl.handle.net/10481/14630>>.

Esta cláusula permite a cualquiera de las partes exigir una adaptación del contrato, para los casos en los cuales se produce un cambio en las circunstancias que los llevaron a vincularse, de tal forma que este cambio le ocasione una situación injusta a quien reclama la revisión o renegociación del contrato.

Como vemos existe una semejanza grande al punto de llegar casi a su confusión. No obstante, algunos autores señalan que la diferencia radica en que la cláusula hardship es propia del derecho anglosajón, mientras que la Teoría de la Imprevisión es propia del derecho romano. Otros autores señalan que ya está prevista en los contratos, mientras que la Teoría de la Imprevisión no lo está.

3.2.3 Aplicación de la teoría de forma posterior al hecho no previsto

Podría hablar de medidas remediales tendientes al restablecimiento del equilibrio contractual y entre éstas las principales estarían dadas por una intervención estatal que regule vía legislación la situación puntual, las soluciones que un tribunal o juez pudiera fallar respecto a la situación en concreto que podría devenir en una resolución, suspensión o revisión del contrato. A cada situación me refiero de manera seguida.

Soluciones legislativas

Una vez que se ha producido el hecho que ha puesto de manera abismal en desigualdad a los contratantes, aparece el Estado y a través de una ley de emergencia puntual para una determinada situación, pone solución al desequilibrio contractual de manera transitoria.

Esta solución se puede o no se puede dar, y de darse crea una atmósfera de inseguridad jurídica que no es beneficiosa para el país. A este respecto, el tratadista Urrejola señala que: “Existe una numerosa legislación de emergencia en los distintos países, que nace como consecuencia de diversos acontecimientos, como es el caso de España, cuya legislación de emergencia fue dictada para hacer frente a los trastornos causados por la guerra civil, finalizada el año 1936”⁵⁶.

En nuestra legislación los estados de emergencia son excepcionales por causas específicas y que solo por esta circunstancia el Ejecutivo puede legislar. Es una medida

⁵⁶UrrejolaScolari, “Teoría de la imprevisión”, 146.

temporal, y resolvería los casos puntuales del momento, pero no ofrecería una solución sostenible en el largo plazo.

Soluciones judiciales

Al no existir norma expresa que regule situaciones extremas a través de la Teoría de la Imprevisión, los jueces o cortes de justicia cobrarían protagonismo al ser ellos quienes diluciden el problema y dicten fallos que pongan solución a los supuestos de imprevisión basándose primordialmente en la buena fe contractual descrita en el Código Civil.

Dichos magistrados o cuerpos colegiados resolverán la controversia dictando fallos que ordenan la resolución del contrato, su suspensión o la revisión judicial del contrato. Las soluciones planteadas cada una tienen sus consecuencias jurídicas para los contratantes que las analizo en los siguientes puntos, sin perder de vista que en estos casos el juez es quien se encargará por medio de su fallo de devolver el equilibrio al contrato.

Esta vía quizá es la que más se aleja de una solución justa, ya que dejaríamos en manos de un juez, que sin desmerecer los méritos que tiene, pero posiblemente no cuenta con los conocimientos suficientes en la materia en disputa, razón por la cual se podría caer en una posible arbitrariedad.

En el antiguo Código de Procedimiento Civil, quien proponía una demanda, lo hacía basado en los hechos que conocía al momento de plantearla, y no aportaba sino el relato de los hechos y quizá una enunciación de documentos que en su momento serían aportados como prueba. No había mayor inconveniente de recabar más pruebas entre el tiempo que mediaba entre la presentación de la demanda y la apertura del término probatorio. Había siempre la esperanza de conseguir más evidencias o pruebas en el camino, hasta que llegue el momento procesal oportuno y las partes entregaban tales pruebas al juez. De forma regular, el aporte de pruebas no hacía sino dejar a la libre interpretación del juez la valoración de la prueba, basándose sobre todo en el principio de la sana crítica. El principio de inmediación no pasaba de ser una simple quimera. El aporte de pruebas se lo realizaba por escrito, el mismo que era entregado en ventanilla a un funcionario destinado para eso.

Desde que entró en vigencia el Código Orgánico General de Procesos, las partes han asumido un protagonismo grande, como grande también es el protagonismo que tiene el juez. Ahora desde el momento mismo de la proposición de la demanda, quien lo hace debe cumplir una serie de requisitos que se enumeran en el artículo 142 del Código, y entre ellos, la anunciación de la prueba.

El numeral 7 del artículo 142 tiene relación con lo indicado, el cual me permito citar de forma textual:

Art. 142.- Contenido de la demanda. La demanda se presentará por escrito y contendrá: [...]

7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán lanómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica...⁵⁷.

El numeral 7 del artículo 142, nos constriñe a realizar el anuncio de la prueba. Esto implica que de forma previa a la presentación de la demanda, debemos contar ya con todos los medios de prueba necesarios que sustenten lo que solicitamos al juez.

Evidentemente, al tratarse de una relación comercial en la que se ha producido un grave desequilibrio en las prestaciones que se deben por el contrato, al punto de ser lesivas para una de ellas, debido a la variación de situaciones exógenas a las partes, y si nuestra base argumental es justamente la Teoría de la Imprevisión, probablemente se debería aportar como prueba el informe de un perito que avale la existencia de excesiva onerosidad.

Este perito, -que podría ser por citar un ejemplo un economista- debe realizar un análisis técnico sobre la variación de las condiciones macro y micro económicas que se han experimentado en el país, y las consecuencias que se pueden verificar aplicadas al contrato en particular, con una conclusión de que resulta extremadamente gravoso para una de las partes continuar en esta relación contractual.

Este experto, en el momento oportuno, tendría que sustentar su informe y sus conclusiones ante el juez que conoce de la causa, lo que dará oportunidad no solo para

⁵⁷Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, en Registro Oficial, Suplemento, No. 506 (22 de mayo de 2015), Art. 142.

sustentar el informe técnico, sino sobre todo para explicar y dejar entender al juez el sustento técnico.

Con este ejemplo, quizá simple que hemos citado, ponemos en evidencia la necesidad que existe de aportar pruebas que sirvan para brindar un grado de certeza al juez, y sea éste quien dicte una sentencia en la que se resuelva el contrato, se suspenda el contrato o se revise el contrato, de conformidad con las consideraciones que realizamos a continuación.

Resolución del contrato

La resolución del contrato, sería una de las alternativas que tendría el juez, al aplicar la Teoría de la Imprevisión. En este punto debería verse cuál es el alcance que se debe dar a la resolución del contrato, ya que no debería tener efecto retroactivo, pues la aplicación de la teoría en estudio, solo procede en contratos de tracto sucesivo. Su aplicación debería ser para el tiempo que falta en el cumplimiento del contrato.

Su efecto será similar al que produce el cumplimiento de una condición resolutoria, extinguir el contrato, o mejor dicho, extinguir la obligación de cumplir el contrato por el tiempo que falta desde que el juez la ha ordenado por medio de una sentencia.

En esta solución propuesta, es preciso entender que no hablamos de una resciliación del contrato, ya que esta tiene connotaciones diferentes, pues el contrato como tal goza de validez, hablamos de una terminación de contrato, que no nace de la voluntad de las partes sino de la función judicial como resultado de una acción planteada, tendiente a restablecer el equilibrio del contrato.

Suspensión del contrato

La suspensión del contrato, como consecuencia de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión significaría darle potestad al juez para que intervenga en el contrato, y disponga la suspensión del cumplimiento del mismo, supliendo de esta forma la voluntad de las partes, o mejor dicho yendo más allá de la voluntad de las partes. Se trataría de cambiar las condiciones de plazo del contrato, es decir ordenar la suspensión del cumplimiento del mismo.

La suspensión de la ejecución del contrato sería de carácter temporal, hasta que el hecho que acarreó el desequilibrio contractual desaparezca. Esta solución presenta un problema de practicidad, pues si el hecho imprevisible es de larga duración el contrato y su ejecución se quedarían suspendidos en el tiempo, ocasionando más perjuicio económico, y sobre todo inseguridad que a la postre frena el crecimiento de los dos contratantes.

Revisión del contrato

La revisión de las condiciones del contrato, como resultado de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, consistiría en alterar la voluntad de las partes, por mandato judicial, en aras de restablecer el equilibrio contractual.

Personalmente, considero puede ser la mejor alternativa, siempre que en el establecimiento de las nuevas condiciones participen las dos partes conocedoras de los pormenores del negocio, y el juez en realidad tome el papel de mediador que, en última instancia, y de no haber acuerdo dirima la situación, pero si sería interesante la participación de las partes involucradas.

Esta solución me hace pensar que realmente lo que se ha hecho es terminar con un primer contrato, por mandato de un juez, el cual aplica la Teoría de la Imprevisión, y además se ha elaborado un contrato distinto al original, asistido por un funcionario judicial.

3.3 Otros medios de solución

Desde la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación en el año 2006, muchos de los contratos que a diario se generan, establecen en la cláusula de solución de controversias la vía del arbitraje como medio alternativo a la justicia ordinaria.

El artículo 1 de la Ley en mención nos indica qué tipo de controversias pueden someterse a esta vía de solución de conflictos. Para mejor ilustración me permito citar el texto legal:

Art. 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje

administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias⁵⁸.

Podemos apreciar por lo menos dos aspectos importantes que debemos resaltar. El primero que debe existir acuerdo entre las partes. Al ser un método alternativo a la justicia ordinaria, y siendo ésta el órgano del Estado por excelencia, encargado de administrar justicia entre sus ciudadanos, debe necesariamente contarse con la anuencia de las dos partes en conflicto de abstraerse de la justicia ordinaria, y dotarles de competencia a los árbitros. Sin este requisito, simplemente los árbitros no pueden conocer el asunto en conflicto y menos aún dictar un laudo arbitral. Únicamente con la aceptación de las dos partes, los árbitros quedan investidos de competencia para dirimir en cualquier sentido

Esta aceptación generalmente la encontramos en el propio contrato celebrado entre las partes, cuando se incluye una cláusula de solución de controversias y aceptan someter sus diferencias ante un tribunal arbitral determinado.

El segundo punto a considerar es que los asuntos a ser sometidos a decisión arbitral, deben ser de aquellos que son susceptibles de transacción. En términos generales, son pocos los casos que no pueden ser llevados a arbitraje. En el caso de un contrato de mutuo civil o en el caso de un contrato de préstamo mercantil o mutuo bancario, evidentemente se trata de un asunto que atañe de forma exclusiva a las dos partes en conflicto. De hecho la renuncia que una de ellas –cualquiera que sea- hiciera sobre sus pretensiones dentro del proceso arbitral, no dañarían a un tercero.

Si tomamos en consideración que por mandato legal, la Ley en referencia nos obliga a tener una instancia previa que es la mediación⁵⁹ y que ésta es considerada como una especie de negociación asistida, se podría decir que es un medio propicio para que las partes puedan tener un acercamiento y buscar una solución que se adapte más a las circunstancias y a sus necesidades.

⁵⁸Ecuador, *Ley de Arbitraje y Mediación*, en Registro Oficial, No. 417 (Quito, 14 de diciembre de 2006): 1.

⁵⁹El artículo 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador nos indica que una vez que se cuenta con la contestación a la demanda, el Director del Centro de Arbitraje convocará a las partes a una Audiencia de Mediación. Para esto se designará un mediador de la lista de mediadores que disponga el Centro, y se procurará el avenimiento entre las partes. En esta instancia se puede conseguir un acuerdo total, un acuerdo parcial, o simplemente no puede haber acuerdo. En el segundo y tercer supuestos, se pasará a la instancia arbitral y se sustanciará el proceso de conformidad con las disposiciones contenidas en la cláusula arbitral.

La práctica y la experiencia nos han enseñado que las mesas de negociación y dialogo que se abren en los Centros de Arbitraje, guiados de la mano experta de profesionales capacitados, rinden sus frutos y consiguen el ideal de justicia de dar a cada quien lo que le corresponde.

Si consideramos éste como un medio idóneo, lo hacemos sobre la base de que cada quien puede poner sobre la mesa de negociación sus necesidades y expectativas. Estas pueden ser consideradas y valoradas por las partes y conseguir un acuerdo que satisfaga de mejor manera que una solución impuesta por un juez que de forma totalmente alejada de las partes imponga –pese al principio de inmediación que rige en los procesos judiciales-.

Si de hecho, no se consiguiese un acuerdo dentro del proceso de mediación, y como resultado de esto se consiga un acta de imposibilidad de acuerdo, las partes estarían en facultad de pasar a la instancia del arbitraje. Esto también nos abre la posibilidad de tener bien sea un arbitraje en derecho o en equidad.

Cualquiera de los dos, y con más razón el arbitraje en equidad, como parte del proceso mismo del arbitraje, el o los árbitros que conforman el tribunal buscan en varias instancias el arreglo amistoso de las partes. Esta situación marca una diferencia sustancial con el proceso judicial ordinario, en el cual una vez concluida la etapa de posible conciliación, se da paso de forma inmediata al proceso judicial, evacuación de pruebas, etc.

Si de hecho los árbitros consiguen que las partes puedan tener un acercamiento y restablecen el diálogo, se podría conseguir una solución que se ajuste de mejor manera a sus necesidades.

En consecuencia, y a manera de corolario, siempre se podrá tener solución a los problemas, pese a que éstos no hayan podido ser previstos y pese a la complejidad de los mismos, siempre y cuando se cuente con la voluntad de las partes de conseguir esa solución.

3.4 Importancia de contar con una solución jurídica ante una eventualidad imprevista que ocasione excesiva onerosidad

El desarrollo de los países viene dado entre otros factores, por la inversión nacional y extranjera que se efectúa en un determinado país. La seguridad jurídica es

uno de los factores importantes o una condición por la cual los comerciantes deciden o no invertir.

Existen tanto en la historia de nuestro país, como en América Latina, casos emblemáticos de situaciones imprevisibles y extraordinarias que sin lugar a duda tornan en excesivamente oneroso el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Para ilustrar el tema a tratar me permito transcribir el concepto de dolarización de KurtSchuler: “la dolarización de una economía es un caso particular de sustitución de la moneda local por el dólar estadounidense como reserva de valor, unidad de cuenta y como medio de pago y de cambio”⁶⁰.

El día 9 de enero de 2000, el entonces Presidente de la República Jamil Mahuad, decidió que Ecuador entre en un esquema de dolarización, con todas las ventajas y desventajas que la decisión podría traer. Al respecto existe suficiente literatura, especialmente económica, que defiende la medida y otra tanta que la considera poco adecuada. No es materia del presente trabajo, determinar si fue o no fue buena la medida, si en cambio pretendo encontrar la afectación de esta situación en las relaciones contractuales entre los Bancos y sus clientes; y qué diferente pudo haber sido en caso de haber tenido un instrumento legal, como la Teoría de la Imprevisión, que restablezca el equilibrio contractual luego de adoptada la medida.

La dolarización en palabras simples es la sustitución de la moneda nacional, el sucre, por una moneda que no es propia del país, en este caso el dólar de los Estados Unidos de Norteamérica. Esta medida se tomó como consecuencia de la inestabilidad cambiaria que reinaba en el país desde el año 1999, época en que las enormes fluctuaciones de las tasas de interés en los Bancos tanto para operaciones activas como para las pasivas, que acarreaba una fuerte inestabilidad en la economía, sin dejar de mencionar la creciente e imparable inflación y la correspondiente pérdida del valor adquisitivo del sucre, que perjudicó de mayor manera a la clase media y media baja, la cual contaba con un sueldo que cada día le servía para menos.

La dolarización ecuatoriana, estableció que el tipo de cambio oficial era el de 25.000 sucres por cada dólar, y como se especificó anteriormente, hubo sectores que se beneficiaron como es el caso de los grandes deudores de la banca, quienes vieron sus deudas en sucres convertirse en deudas en dólares a sumas mucho más bajas. Sin

⁶⁰KurtSchuler, *El futuro de la dolarización en el Ecuador*(Guayaquil: Instituto Ecuatoriano de Economía Política, 2002), 23.

embargo, como se indicó, también hubo un sector como fue la clase media y media baja, que no pudo manejar los resultados del cambio, pues jamás pudieron con sus ingresos diluidos en dólares, honrar sus deudas y tuvieron que ver como su patrimonio de desvanecía.

A continuación realizaré un breve análisis de los dos casos a fin de explicar por qué sostengo que la Teoría de la Imprevisión debe ser contemplada en la legislación ecuatoriana a fin de mantener la justicia en las prestaciones contractuales.

Nuestro país a partir de los años 1998 y 1999 enfrentó una de las peores épocas en cuanto a su estabilidad económica, con una inflación que bordeó 108%, un tipo de cambio que fluctuó de 20 a 25 mil sucres solo en el mes de enero de 2000 y tasas de interés activa que llegaban hasta el 78% . Este entorno no es para nada alentador para crecer o peor aún atraer la inversión extranjera. Estas circunstancias enunciadas fueron los principales detonantes para que el 9 de enero de 2000 el entonces presidente Jamil Mahuad decidiera entrar en un proceso de dolarización, al cual brevemente ya me he referido.

Sin ser detractora de la dolarización, quiero referirme al costo social que la dolarización trajo al País. Concretamente, asociando el tema de mi trabajo “La Teoría de la Imprevisión en los Contratos de Mutuo”, con la dolarización, considero que de haber existido de manera concreta la Teoría recogida en la legislación ecuatoriana, el costo social para la clase media y media baja hubiera sido mucho menos traumático.

Quizá lo dicho se entiende al explicar que mientras la dolarización se asentaba en el país, es decir se producían los ajustes de sueldos, precios de bienes de primera necesidad, etc., se produjo una época inmediata donde el poder adquisitivo de los sueldos se limitaba a la adquisición de la canasta básica y que a lo largo de un año más o menos se empezó a tener capacidad de ahorro y capacidad crediticia.

En el período que medió entre la dolarización y establecimiento de nuevas condiciones de los deudores de la banca, fue el tiempo en el cual los deudores no pudieron honrar las deudas adquiridas antes de la dolarización y terminaron perdiendo bienes muebles e inmuebles que habían adquirido por medio de un préstamo o mutuo bancario.

Al inicio de esta Sección, hable de casos emblemáticos y uno de ellos en el ámbito internacional es el llamado Corralito Financiero que se dio en Argentina, hago un resumen del mismo para mayor ilustración.

Al hablar de Corralito Financiero, automáticamente se nos viene a la mente la situación sufrida en la República Argentina a inicios del presente siglo. No son ajenas a nuestra memoria las noticias que daban cuenta de la grave crisis que sufrieron los ciudadanos argentinos, cuando por una decisión dada desde el gobierno central se dispuso el congelamiento de los dineros depositados en los bancos y la posibilidad de disponer de estos en ínfimas cantidades. Esta situación no fue superada en muchos años y aún ahora se viven las secuelas. Para refrescar parte de la historia nos permitimos citar parte del análisis realizado por el periodista Alejandro Rebossio en una publicación del diario El País de Buenos Aires, quien lo hizo en los siguientes términos:

Los *corralitos* o congelaciones de depósitos han sido experiencias recurrentes en Latinoamérica. Siempre han sido profecías que forzosamente se cumplían porque una vez que algunos analistas alertaban sobre esa posibilidad, los ahorradores se agolpaban en las oficinas bancarias para retirar su dinero y eso terminaba empujando a las autoridades a cerrar el grifo. Así fue como ocurrió en 2001 en Argentina. Ese año los inversores más informados se llevaron del país 14.976 millones de dólares. El temor a una congelación de los ahorros, como ya había ocurrido en este país en 1989, llevó a que el entonces Gobierno de Fernando de la Rúa intentara despejar miedos con el impulso de la llamada ley de intangibilidad de los depósitos. Esa norma se sancionó en agosto de 2001 y cuatro meses más tarde quedó solo en expresión de deseos: unos 66.000 millones de dólares resultaron atrapados en el *corralito* que anunció el entonces ministro de Economía, Domingo Cavallo. Los ahorradores solo podían sacar del banco 250 por semana de sus cuentas, mientras que los depósitos a plazo quedaron congelados hasta nuevo aviso. Un periodista, Antonio Laje, bautizó aquella congelación como *corralito*⁶¹.

Quizá desde el punto de vista de la economía de un país podría decirse que este tipo de medidas –desde mi particular punto de vista confiscatorias- podrían ser necesarias para detener la huida de capitales de un determinado Estado. Sin embargo, también se debe mirar y analizar la otra cara de la moneda, ya que detrás de esos fondos congelados existen personas que requieren de ese dinero no solo (Rebossio 2012) para satisfacer sus obligaciones previamente contraídas, sino para satisfacer las más elementales necesidades del ser humano como puede ser la alimentación.

⁶¹AlejandroRebossio, Cómo fueron los 'corralitos' de Argentina, Brasil, Ecuador y Uruguay, Diario El País, Buenos Aires, Argentina, 18 de mayo de 2012, en: <<http://blogs.elpais.com/economico/2012/05/c%C3%B3mo-fueron-los-corralitos-de-argentina-brasil-ecuador-y-uruguay.html>>.

En Argentina, luego de la adopción de las medidas económicas que restringieron la libre disposición del dinero depositado en los bancos, se suscitaron hechos inéditos como por ejemplo el asalto a los propios cajeros automáticos, hechos perpetrados por los propios ahorristas que en actos desesperados por rescatar su dinero, se vieron involucrados en juicios y llevados ante la justicia para responder por actos vandálicos. Sin embargo, la respuesta que vino de parte de jueces y magistrados en el país austral, no siempre fue coherente con los principios jurídicos ni con la realidad que se estaba viviendo. El jurista argentino Horacio Lynch, hace la siguiente reflexión:

La crisis institucional y económica condujo a una irregular delegación de facultades al Poder Ejecutivo, abandonando el patrimonio de los argentinos a la discrecionalidad de los funcionarios. Éstos han producido una implosión de la seguridad jurídica alterando radicalmente las reglas de juego al devaluar, congelar el dinero en los bancos, y provocar inflación. Con pocas decisiones retrocedemos varios años, quebrando la base contractual e institucional de la sociedad. Rápidamente aparecen desigualdades (pesificados v. no pesificados, arbitrarios plazos, cuotas y montos de las devoluciones, conflictos entre particulares). Esto, que resulta injusto para los deudores es también irracional para los acreedores. Sin atribuir malas intenciones, parecería que se han priorizado los números financieros en lugar de una distribución pareja de las cargas, pues se avanza en sentido contrario: unos ganarán, y otros perderán, escandalosamente. Y, como siempre, la inflación afectará a los que menos tienen. En ocasiones como éstas, la Justicia debería servir como último refugio ante las arbitrariedades del Estado, y oponerse a su sola intención de dirigir todo, pues afecta principios constitucionales⁶².

Este tratadista nos indica que a la fecha en que se dictaron las medidas denominadas como “corralito bancario”, año 2001, se presentaron aproximadamente 220.000 recursos de amparo sólo en la capital federal de Buenos Aires, sin contar con las otras que se estaban tramitando en las demás ciudades y regiones del país. Mediante estos procesos, acudía el actor solicitando la devolución de sus fondos; y, sin que necesariamente se involucre al banco, ni con el Estado para que sea éste quien defienda la norma adoptada, en pocos días se procedía con la sentencia que disponía la devolución de los fondos, lo que presupone que tanto el Estado como el Banco fueron privados de su derecho a la defensa.

Según lo relatado por Lynch, la situación se torna más caótica en tanto en cuanto los recursos eran conocidos y resueltos por tribunales provinciales, incompetentes para resolver estos asuntos. Se vivió una especie de síndrome de Robin Hood, habida cuenta

⁶²Horacio Lynch, “Emergencia, Derecho, Justicia y Seguridad Jurídica”, LA LEY:Revista Jurídica (I semestre de 2002): 4.

que se pretendía sostener esta situación, sobre la base de la necesidad de devolver los dineros retenidos de forma ilegal, a los propios ahorristas. “Los justificativos son de los más diversos, y hasta hay algunos que dicen que no les corresponde a ellos indagar las cuestiones de iliquidez bancaria y que lo que tienen que hacer es darle el dinero a la gente. Cada entrega de dinero que ordenan hace más difícil devolverle al resto de los ahorristas y así los jueces están actuando de redistribuidores del dinero: algunos quedarán ricos y otros no, por obra de los jueces (*moral hazard*)”⁶³.

En la medida en que se seguían resolviendo los recursos presentados, se tornaba cada vez más insostenible la situación de los bancos, pues la iliquidez por la que estaban atravesando hacía que poco a poco ya no existiera dinero para devolver a los depositantes.

La crítica con respecto a esto es el hecho de que por más disparatadas que sean las leyes que se implementen en una nación, no por eso un juez de derecho puede empezar a ir en contra de esa normativa y a emitir fallos en contra de las mismas so pena de caer en un anarquismo total que haga que se torne inmanejable la situación.

El 6 de enero de 2002 se dicta la Ley 25,561 que, aunque se la intenta mostrar como una continuación de la situación anterior con el corralito, introduce reformas terribles en la economía: la salida de la convertibilidad, la congelación de los fondos del ‘corralito’ y la pesificación de las deudas con el sistema financiero. Con ella la Argentina entraba en un profundo pozo en lo que he calificado de implosión de la seguridad jurídica alterando radicalmente las reglas de juego al devaluar, congelar el dinero en los bancos, y provocar inflación. Con pocas decisiones retrocedimos varios años, quebrando la base contractual e institucional de la sociedad creando las bases para el regreso de la inflación⁶⁴.

Resulta evidente que tanto el congelamiento del dinero, como la pesificación de las deudas y la salida de la convertibilidad de la economía fueron detonantes suficientes para causar un desequilibrio en extremo fuerte al punto que se produjeron más de treinta muertes de personas. Esto como una consecuencia extrema de lo que se vivió en la República Argentina. Menos fuerte, pero de todos modos una situación muy compleja se vivió en todos los sectores productivos, los cuales debido al congelamiento del dinero en los bancos, no pudieron cumplir con sus obligaciones, empezando por las elementales como el pago de sueldos a sus empleados.

⁶³Ibíd., 5.

⁶⁴Ibíd., 11.

Lo anotado más los efectos propios de la eliminación de la convertibilidad, condujeron a una hiperinflación y como consecuencia de esto, vino el deterioro en las condiciones de contratación de los créditos. Los créditos que inicialmente fueron pactados a una determinada tasa, luego se vieron afectados con tasas que hacían prácticamente imposible el honrar con los pagos pactados. Los niveles de pobreza en la población se elevaron escandalosamente. Al respecto, me permito citar al analista económico José María Fanelli, quien nos indica lo siguiente:

En diciembre de 2001, el presidente democráticamente elegido fue obligado a renunciar y se abandonó el sistema de convertibilidad que se había adoptado en 1991. La tasa de crecimiento prevista para 2002 es de -15% y la tasa de inflación va en aumento. Después de que la caja de conversión se reemplazó por un sistema de flotación, el peso ha perdido dos tercios de su valor frente al dólar. Casi la mitad de la población se encuentra por debajo de la línea de pobreza (en 1998 había un 28% de pobres) y el país dejó de cumplir con el pago de la deuda⁶⁵.

Este panorama contrasta fuertemente con la realidad que se vivía en la República Argentina antes del año 1998, cuando se tenía un crecimiento en la economía que bordeaba el 41%.⁶⁶ Con esta tasa de crecimiento, no había ningún problema de endeudamiento y resultaba ser la economía más boyante de toda Latinoamérica. Sin embargo, luego del período señalado y con las medidas adoptadas el panorama cambió radicalmente. Con los niveles de pobreza que se han indicado en líneas anteriores, resulta evidente que este desequilibrio o remezón económico produjo que unas personas se beneficiarían desmedidamente en desmedro de otras que se vieron afectada, al punto de incrementar los índices de pobreza en el país.

Por lo dicho, resulta evidente que el introducir las cláusulas de imprevisión en los contratos, ante situaciones totalmente ajenas a la voluntad de las partes como en el caso relatado, brindarían soluciones que más allá de la legalidad de la aplicación de una norma, prevean soluciones justas que viabilicen la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones bajo los nuevos parámetros introducidos por las situaciones imprevistas.

La aplicación de la Teoría de la Imprevisión como se ha sostenido a lo largo del trabajo académico, debe ser manejada como excepcional, pasando por los filtros ya

⁶⁵ José María Fanelli, "Crecimiento, inestabilidad y crisis de la convertibilidad en Argentina", CEDES: Revista de la CEPAL, No. 77 (II semestre de 2002): 25.

⁶⁶ *Ibíd.*, 26.

señalados es decir que se sugiera su aplicación en contratos de tracto sucesivo, que se vean afectados por hechos futuros, sobrevinientes imprevisibles, el mismo que no puede imputarse a las partes y que su cumplimiento, resulte excesivamente oneroso para una de las partes.

Está claro que el hecho se produjo luego de firmado el contrato, que los hechos eran de aquellos considerados imprevisibles, no se trata pues de que no se pueda cumplir el contrato, como es en el caso fortuito, sino que, pudiendo cumplirse, redunde en una excesiva onerosidad a una de las partes, rompiendo la armonía de prestaciones de las partes, que debe regir al contrato.

Se debe diferenciar claramente de figuras que pueden compartir características, tales es fuerza mayor, que se encuentra claramente legislado en Ecuador; o, el enriquecimiento injusto, que también se encuentra contemplado en la legislación ecuatoriana, pero que guarda diferencia con la Teoría de la Imprevisión, ya que esta última se puede aplicar cuando el contrato se ha cumplido de manera total

Ejemplificar los casos de imprevisibilidad, resulta algo complejo, quizá una guía para hacerlo puede ser revisar acontecimientos como la dolarización en Ecuador en el año 2000, el corralito Bancario de Argentina en el año 2001. (Casos que se presentan en las páginas 73 y 74), y por símil se podría prever que la Teoría cobraría importancia en un caso de cambio de moneda, (desdolarización).

Se ha revisado también que en otras legislaciones que acogen la teoría de la Imprevisión esta incluso se invoca en aquellos contratos de tracto sucesivo con los cuales se contrata servicios o en casos de arrendamiento, sin embargo nuestra legislación ecuatoriana, por medio de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, faculta al Consumidor para que cualquier momento que el consumidor desee pueda suspender el contrato sin consecuencias de indemnización. Esta es una de las razones por las cuales mi trabajo se centró en el contrato de mutuo bancario, el cual no tiene dicha salida

Para completar el análisis del tema de estudio propuesto, me permito incorporar al mismo, el análisis de una sentencia dictada en la República de Colombia, donde se contempla la Teoría de la Imprevisión en el artículo 868 del Código de Comercio, en el cual se determina que se pueden realizar ajustes a los contratos con la finalidad de

restablecer la equidad contractual. Para mejor claridad me permito citar el texto completo del artículo antes indicado:

Art. 868.- Revisión del contrato pro circunstancias extraordinarias. 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.

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 instantánea⁶⁷.

Este artículo constituyó la base legal para plantear el recurso de casación dentro del juicio seguido por Rafael Alberto Martínez Luna y María Mercedes Bernal Cancino, en contra de Granbanco S.A., respecto de la sentencia proferida el 24 de julio de 2009, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil⁶⁸.

Según los hechos relatados en el proceso, los recurrentes contrataron un crédito hipotecario que fue otorgado por la entidad financiera sobre la base de Unidades de Poder Adquisitivo Constante UPAC, sistema diseñado para corregir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda a través de su diaria actualización. Posteriormente, se modificó el sistema de liquidación inicial vinculándose al DTF, al interés promedio pagado por los bancos comerciales para los depósitos a término fijo. Según los actores del proceso, las condiciones de contratación produjeron que en tres años el valor de las cuotas mensuales se triplicara, lo que a consideración de los demandantes coincidía con el presupuesto legal establecido en el artículo 868 del Código de Comercio colombiano.

Dentro de la parte considerativa de la sentencia analizada, se realiza un extenso pero interesante análisis de todo lo que rodea a la teoría de la imprevisión. Es así como se establece que dentro de los países regentados por el commonlaw la preponderancia es hacia el cumplimiento irrestricto del contrato.

⁶⁷ Colombia, *Código de Comercio*, en Decreto 410(27 de marzo de 1971), art. 868.

⁶⁸ Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Recurso de casación interpuesto por Rafael Alberto Martínez Luna y María Mercedes Bernal Cancino, respecto de la sentencia proferida el 24 de julio de 2009, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario de los recurrentes contra Granbanco S.A.

No obstante, en salvaguardia de situaciones extremas, se desarrolló la doctrina de la frustración, con efectos liberatorios cuando el contrato se torna imposible de cumplir. En contraposición, en el derecho continental desde el apareamiento en Roma del *rebus sic stantibus*, se ha previsto la posibilidad de restablecer las condiciones contractuales que por situaciones supervinientes desequilibraron las prestaciones que se deben las partes.

El sistema jurídico norteamericano, también ha previsto la figura de la excusa por frustración del propósito, en el *UniformCommercialCode*, que ha sido adoptado por todos los Estados a excepción de Louisiana, en virtud del cual el juez procede a la adaptación del contrato en base a las condiciones de justicia y equidad, según los estándares de la buena fe contractual⁶⁹.

La jurisprudencia de la Corte de Casación de Francia, a falta de expresa disposición sobre la teoría de la imprevisión, ha rechazado en múltiples ocasiones pretensiones para el cambio de las condiciones contractuales. Esto lo hace en base a la disposición del código civil en el cual se establece que el contrato es ley para las partes. Sin embargo, también en contadas ocasiones se ha decantado por declarar la indemnización de perjuicios cuando se ha provocado la ruina de uno de los contratantes⁷⁰.

En esta sentencia de casación –y para dar mayor sustento a lo resuelto- se hace expresa alusión a diferentes instrumentos y tratados internacionales en los cuales ya se contempla la posibilidad de aplicación de la teoría de la imprevisión. Tal es el caso de la Convención de las Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, en la cual se prevé la exoneración de responsabilidad por incumplimiento de las cláusulas contractuales. Para esto deberá probar –quien incumplió- que se debe a causas ajenas a su voluntad y que al momento de la celebración del contrato no se podía prever el cambio de circunstancias que más tarde ocasionarían el incumplimiento.

Instrumentos importantes como los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales -*Principles of International Commercial Contracts*(PICC)- de la UNIDROIT; los Principios del Derecho Europeo de Contratos-*Principles of European Contract Law*(PECL), Comisión Lando-, artículo 6.111, "*cambio de*

⁶⁹Ibíd., 16.

⁷⁰Ibíd., 16-17.

circunstancias"; y, el Código Europeo de los Contratos, han incorporado la teoría de la imprevisión dentro de sus textos. Todos estos instrumentos tendientes a crear uniformidad en cuanto a la normativa internacional de los contratos, prevé ya las circunstancias bajo las cuales se pueda dejar de cumplir un contrato cuando se provoque excesiva onerosidad en detrimento de una de las partes.

En el caso propuesto, si analizamos los presupuestos para que se dé la aplicación de la teoría de la imprevisión al amparo del artículo 868 del Código de Comercio, podemos determinar que se cumplían todos, a saber: a) Los créditos hipotecarios que se otorgaron en Colombia, concretamente dentro de los años 1998 y 1999 –año en el que se corrigió la tasa a la que debían ir atados los créditos- produjo una crisis generalizada tan grande que muchas personas se vieron imposibilitadas de cumplir con sus obligaciones y otras tantas inclusive perdieron sus viviendas. En consecuencia se presentaron circunstancias, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato; b) Se trataba de un crédito pactado a 15 años con pagos mensuales, por tanto se trata de contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida; y, c) La variación antes indicada tornaron en excesivamente onerosa la contraprestación del pago.

Esta sentencia al referirse a la imprevisión, expresamente señala indica que: “La imprevisión tiende a revisar el contrato para mantener el equilibrio económico de las prestaciones, previene, evita o corrige las consecuencias de la prestación excesivamente onerosa para una de las partes, con los reajustes, adecuación, adaptación o reforma equitativa, y de no ser posible con su terminación.”⁷¹

No obstante, dentro del proceso, los propios actores dejaron indicado que durante el tiempo que duró la etapa crítica en Colombia, no dejaron de cumplir con sus obligaciones; y, tan sólo después de que esta etapa crítica a nivel general pasó ellos se cayeron en la imposibilidad de continuar realizando los pagos pactados, esto es, en el año 2004, es decir 5 años con posterioridad a la finalización de la etapa crítica. La parte pertinente de la sentencia menciona:

La revisión por imprevisión, es inadmisiblesi la prestación, no obstante la excesiva onerosidad se cumplió, lo cual salvo protesta, reserva o acto contrario, denota aceptación, tolerancia o modificación por conducta concluyente de la parte afectada. Aún,

⁷¹Ibíd., 33.

satisfecha con reserva o protesta, al extinguirse definitivamente, clara es su improcedencia, por versar sobre la prestación cuyo cumplimiento posterior sobreviene oneroso en exceso, y predicarse de la relación vigente *ad futurum*⁷².

Lo indicado por el Tribunal cobra sentido en la medida en que la dificultad de cumplimiento debe ser alegada cuando se han presentado las circunstancias exógenas al contrato y que torna en extremo oneroso para una de las partes que tornan, sino imposible, por lo menos extremadamente difícil su cumplimiento. Si estas circunstancias han cesado ya no cabría alegarlas como causal para la aplicación de la teoría de la imprevisión.

El propio Tribunal admite que la crisis económica que afectó a Colombia entre los años 1998 y 1999 fueron de tal magnitud que afectaron a todas las personas que contrataron créditos hipotecarios con las instituciones del sistema financiero, lo cual produjo en muchos casos la pérdida de viviendas y un caos generalizado. No obstante, en el año 1999 se procedió con la corrección de tales desafueros en el otorgamiento de los créditos de tal manera que se ató los mismos a otra forma de cálculo de intereses, con lo cual se terminó la crisis.

Parte importante constituye el criterio esgrimido por el Tribunal en el sentido de que para que se pueda alegar la imprevisión y por consiguiente la excesiva onerosidad en el cumplimiento del contrato, debe provenir de causas no atribuibles a la parte quien alega tales circunstancias. Si esto ocurre, es decir, si la ocurrencia de los hechos que vuelven oneroso el cumplimiento del contrato se deben a negligencia, descuido, o cualquier otro acontecimiento imputable a la parte que alega la imprevisión, simplemente no podrá prosperar tal acción.

Cada parte contratante debe proyectar razonablemente la estructura económica del contrato, el valor de la prestación y la contraprestación, los costos, gastos, pérdidas, beneficios o utilidades y riesgos al instante de contratar, oportunidad en la cual establecen razonablemente la equivalencia prestacional, sin admitírsele alegar torpeza (*nemoauditurpropiamturpitudinemallegans*) o malicia en provecho propio, ni volver sobre su acto propio (*venire contra factum proprium*) o contrariar la confianza legítima (*Vertrauensschutz, legitímate expectations, legittimoaffidamento, estoppel*)⁷³.

⁷²Ibíd., 37.

⁷³Ibíd., 40.

Según se manifiesta en la sentencia estudiada, compete al juzgador y no a la parte que invoca la imprevisión, el realizar una corrección del contrato en cuanto a las contraprestaciones, o de dar por terminado el contrato. De preferencia, los jueces preferirán la continuación del negocio jurídico con las debidas correcciones. “Es que la imprevisión, la alteración de la base económica o ruptura de la equivalencia o ecuación del contrato, no es mecanismo para patrocinar el incumplimiento, menos desligarse del vínculo, sino para revisar, ajustar o adaptar el equilibrio turbado. De este modo, sólo cuando el equilibrio o la equidad no permitan el reajuste, podrá disponerse la terminación del contrato”⁷⁴.

En síntesis, la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que ha servido para este análisis, nos trae importante sustancia jurídica en torno al análisis de la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión a nivel internacional. De igual manera ha brindado sustento jurídico para los parámetros en torno a la aplicabilidad del mismo.

Para finalizar con el estudio, incorporo un caso resuelto en Ecuador, como he sostenido a lo largo de este trabajo, en la legislación ecuatoriana, no se contempla la figura de la imprevisión para el sector privado, sin embargo, en el sector público si se contempla el reajuste de precios.

El caso analizado es uno de aquellos cuya sentencia versa sobre reajuste de precios en contrato público, dentro del juicio seguido por el Arq. Román Ortega Delgado, en contra de la Dra. Ruth SeniPinargote, en calidad de Directora Nacional de Patrocinio del Estado, delegada del Procurador General del Estado; y, el Ing. Rubén Loaiza Vegas, en su calidad de Gerente General del Fondo de Inversión Social de Emergencia (FISE).⁷⁵

Si bien es cierto, esta sentencia no realiza un análisis detallado de las circunstancias o hechos que rodearon al proceso de contratación y sobre todo de ejecución de la obra, sin embargo, es de preverse que los precios de los materiales para la ejecución de la obra contratada subieron de precio de forma ostensible, al punto que

⁷⁴Ibíd., 48.

⁷⁵Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, [Juicio seguido por el Arq. Román Ortega Delgado, en contra de la doctora Ruth SeniPinargote, en calidad de Directora Nacional de Patrocinio del Estado, delegada del Procurador General del Estado; y el Ing. Rubén Loaiza Vegas, en su calidad de Gerente General del Fondo de Inversión Social de Emergencia (FISE), Expediente de Casación 409, en Registro Oficial, No- 9, 21 de agosto de 2009.

seguramente hubiese generado una pérdida para el contratista en el caso de que no se proceda con la reconsideración de los valores pactados contractualmente.

Al tratarse de un contrato sujeto a la Ley de Contratación Pública, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, empiezan por hacer un análisis de lo connota tener un contrato administrativo; y, lo hace en los siguientes términos:

El concepto doctrinal más lato de contrato administrativo, destaca que: se caracteriza por estar investido del imperium estatal, que le dé un régimen especial y privativo jurisdiccional que reconoce desigualdades entre los contratantes por el interés público a que persigue administración, en que es evidente el predominio de la naturaleza del Derecho Público, en la normas que lo rigen, las que no se identifican con los principios de las obligaciones en el derecho común; tanto que sin consignación taxativa en el convenio, se consagran prerrogativas a la administración por mandato legal, especialmente en cuanto a riesgos, fuerza mayor, reajuste de precios, declaratoria de terminación unilateral, etc., en atención a que la finalidad de dichos contratos es la satisfacción inmediata y directa de las obras y servicios públicos, que la administración está obligada a prestar⁷⁶.

A la luz del análisis realizado por los Magistrados, se establece que efectivamente el contrato suscrito entre el actor y los demandados constituye un contrato administrativo previsto en la Ley de Contratación Pública; y, que al tenor de lo establecido en el artículo 90 de la Ley entonces vigente, se establecía la facultad de realizar reajustes de los precios por variación de los costos de los componentes.

No obstante, dentro del contrato, se estableció que no se contemplarían reasignaciones ni reajustes de precios, excepto en los casos en los cuales el FISE considere justificados. Esto a criterio de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia significa –de forma acertada desde mi particular punto de vista- que el actor, es decir, el contratista, no renunció de ninguna manera a una revisión o reajuste de los precios, sino que tan sólo se dejó esto a criterio del FISE.

Los contratos administrativos –se dice- son onerosos y conmutativos, que reportan beneficios a las partes. Esto resulta evidente ya que si bien es cierto las entidades del Estado no buscan un beneficio económico como tal, sino que lo que en esencia buscan es satisfacer necesidades de la colectividad, no se debe descuidar que del otro lado existe una contraparte que es el contratista, quien si busca como fin último obtener una utilidad medible en dinero. “Esta equivalencia es conocida en la doctrina

⁷⁶Ibíd., 3.

administrativa como equilibrio económico financiero o ecuación financiera del contrato”⁷⁷.

Es cuando la equivalencia entre las prestaciones que se deben entre las partes, se ve alterada por causas supervinientes y ajenas a las partes, se produce un desmedro en contra de una de ellas, regularmente el contratista, que se torna necesaria la aplicación de la teoría de la imprevisión. En la sentencia que es objeto de este análisis, los Magistrados tratan este tema de la siguiente manera:

Cuando el equilibrio económico o financiero es alterado por motivos extremos, ajenos a la voluntad de las partes, se toman aplicables principios administrativos como el de la imprevisión o el acto Príncipe, como medios para restablecer el equilibrio para restablecer el equilibrio financiero previsto por las partes. La teoría de la imprevisión, se basa en el principio rebus sic stantibus que prevé que la fuerza obligatoria del contrato opera siempre y cuando subsisten, en el momento de la ejecución de aquél, las mismas circunstancias que prevalecían cuando este se celebró⁷⁸.

Ahondando en el análisis sobre la imprevisión, en otro aparte de la misma sentencia, se indica lo siguiente:

Otros autores, sin tratarse de la idea esencial que acoge la citada cláusula, 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 ejecutarlo, se encuentre con otra prestación distinta de la que originalmente contrajo y obligado a ejecutar otra prestación distinta, resulta distinta, resulta contrario a la buena fe⁷⁹.

Por su parte el Representante del FISE en su afán de obtener una sentencia favorable a su representada, presenta como uno de sus argumentos, el hecho de que los fondos para el pago de la ejecución del proyecto provenían de organismos multilaterales, por lo que era imposible realizar un reajuste de los precios. Por tal razón, se realizó el análisis del contenido del contrato de préstamo suscrito con los organismos multilaterales y se logró determinar que en el propio contrato de otorgamiento del crédito se estableció que las relaciones contractuales con los contratistas se regirían por

⁷⁷Ibíd., 5.

⁷⁸Ibíd.

⁷⁹Ibíd.

los contratos suscritos con éstos y no por los contratos de crédito. En consecuencia, este argumento tampoco sirvió de sustento para sus pretensiones.

Esta sentencia expedida en el Ecuador, nos deja también clara la idea de que en determinadas circunstancias -especialísimas por supuesto- se requiere la alteración de las condiciones contractuales, contraviniendo el principio *pacta sunt servanda*, y allanándose a las condiciones actuales y supervinientes que modifican parte del contrato, particularmente las concerniente a la parte económica, dejando en claro de este modo que el *rebus sic stantibus*, está para recuperar la equidad en las contraprestaciones de las partes.

Conclusiones

La seguridad jurídica es una de las principales condiciones que debe existir en un país para atraer la inversión tanto nacional como extranjera. Las reglas del juego claras, como dicen de manera coloquial los comerciantes, es una garantía para la inversión y desarrollo de un país, razón por la cual cualquier modificación legislativa que se pretenda sugerir debe ser medida y analizada desde todos los tópicos, a fin de no atentar contra ésta.

La seguridad jurídica no implica tener una legislación inmóvil en el tiempo, convertida en una camisa de fuerza para los contratantes, va más bien por el hecho de tener normas claras para las situaciones que se pudieran presentar, y saber que es previsible que se presenten situaciones imprevisibles, y en consecuencia debe legislarse en ese sentido.

No es una contradicción lo que concluyo, pues lo que he sostenido a lo largo de la tesis es que la principal premisa para la aplicación de la Teoría de la Imprevisión es que el hecho futuro que acontezca no pueda ser previsto por las partes.

El contrato de mutuo en la legislación ecuatoriana, especialmente el que utiliza el sistema bancario, es un mutuo mercantil, y es uno de los contratos más usados en el país, siendo además un contrato cuya forma de instrumentalización es por adhesión, con todas las particularidades de las que gozan esta clase de contratos. Como se indicó en el desarrollo del presente trabajo, el uso del contrato de adhesión, para instrumentalizar el mutuo bancario, es un mandato de la ley y se constituye en la única forma para hacerlo.

El contrato de adhesión en el Ecuador se encuentra legislado de manera tuitiva en favor del consumidor, a través de la Ley Orgánica del Consumidor, y su respectivo reglamento de aplicación. La forma tuitiva de legislar los contratos de adhesión, no es una particularidad de la legislación ecuatoriana, es más bien una tendencia mundial en este tipo de contratos, en busca de evitar los abusos del Derecho por parte de la parte más fuerte de la relación contractual.

En el caso del contrato de mutuo que se utiliza para que la banca conceda créditos a los ciudadanos, por mandato del Código Orgánico Monetario y Financiero, es un contrato de adhesión, pues no hay otra forma de realizar la operación crediticia, y se

entiende dicho contrato ha pasado por el filtro de revisión de sus cláusulas por parte de la entidad de regulación, que es la Superintendencia de Bancos.

A pesar de lo protectora que puede resultar la legislación ecuatoriana, no se ha previsto un mecanismo para salvaguardar los derechos de los deudores en casos de cambio de circunstancias que hagan excesivamente oneroso el cumplimiento del contrato por parte del deudor.

De la revisión de la legislación ecuatoriana, de manera expresa se encuentran recogidos: el principio “*pacta sunt servanda*” lo pactado vale, en el artículo 1561 del Código Civil, al establecer en norma positiva que el contrato es ley para las partes; y, abre la puerta para una posible incorporación de la cláusula *rebus sic stantibus*, al hablar de la buena fe que debe existir en la ejecución de los contratos. Sin embargo, no está recogida la Teoría de la Imprevisión de manera expresa.

Existen fallos jurisprudenciales recogiendo de cierta manera la Teoría de la Imprevisión al aplicar en circunstancias particulares el principio de buena fe contractual, buscando restablecer la justicia en los contratos afectados por circunstancias imprevisibles, pero más bien se vería que uno de los efectos de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión se puede lograr vía interpretación judicial, sin que esto constituya la garantía jurídica de que dicha teoría sea aplicada en Ecuador por mandato de la ley.

Gaceta Judicial serie 13 de 11-nov.-1981, trata sobre la Imprevisión en los contratos de tracto sucesivo, transcribo la parte pertinente de manera textual:

IMPREVISION EN CONTRATOS DE TRACTO SUCESIVO El contrato no es 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*. Otros autores, sin tratarse de la idea esencial que acoge la citada cláusula, 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 ejecutarlo, se encuentre con otra prestación distinta de la que originalmente contrajo y obligado a ejecutar otra prestación distinta, resulta contrario a la buena fe. 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 expensas 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. Gaceta Judicial. Año LXXXII. Serie XIII. No. 13. Pág. 3077. (Quito, 11 de noviembre de 1981)

Si bien es cierto este tipo de jurisprudencia resulta útil para el restablecimiento de la ecuación contractual, no deja de preocupar que un tema de tanta importancia en un mundo globalizado, se encuentre en manos de la interpretación de magistrados o jueces, que no en todos los casos pueden estar preparados para hacer sendos y sesudos estudios interpretativos, o que incluso estando preparados puedan por diferentes motivos ver sesgada su interpretación.

Es necesario tener claro que existen otras figuras jurídicas, explicadas en el presente trabajo, que guardan ciertas características similares a la imprevisión, pero que no llegan a ser una respuesta a un hecho imprevisible por las partes, que puede ser cumplido, pero que su cumplimiento, ocasiona un exceso de onerosidad a una de las partes contratantes.

Recomendaciones

Se hace necesaria una reforma legal que contenga de manera expresa la Teoría de la Imprevisión. Sin embargo considero que tanto la redacción de la reforma, como el método para probar la factibilidad de la aplicación de la teoría, los efectos de la aplicación, pueden presentar dificultades prácticas.

En los actuales momentos que vive nuestro país, con la puesta en práctica del Código Orgánico General de Procesos, y el radical cambio en la forma de ejercer el Derecho, la petición al juez de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, tendría que venir mejor sustentada, con más elementos de juicio para el juzgador, pues el mismo momento de plantear la acción judicial, se debe incorporar el medio de prueba de lo demandado.

Alacoger la Teoría de la Imprevisión como parte de la legislación civil ecuatoriana, se debería poner como requisito para la admisibilidad del reclamo, un estudio o peritaje que demuestre la excesiva onerosidad en la que incurriría una de las partes, de cumplir con el contrato en las nuevas circunstancias luego de haberse acaecido el hecho imprevisto.

La conclusión final a la que he llegado luego del estudio realizado, es que veo necesaria una reforma legal que introduzca en la legislación ecuatoriana la posibilidad de aplicar la Teoría de la Imprevisión, toda vez que no atenta la misma contra la seguridad jurídica, sino más bien la fortalecería al tener una legislación que va de acorde a la tendencia mundial, y legisla hasta para casos imprevistos.

Dicha reforma debería realizarse con el mayor cuidado posible a fin de garantizar que sea de aplicación excepcional, en casos no susceptibles de ser preestablecidos por las partes, en los que el cumplimiento sea posible, pero que este cumplimiento cause excesiva onerosidad a una de las partes contratantes, ocasionando desequilibrio contractual. Esto, a efectos de que tal reforma no vaya a constituirse en una manera de evadir el cumplimiento del contrato.

Bibliografía

- Alessandri Rodríguez, Arturo. *De los contratos*. Santiago: Editorial Temis / Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- Baón Romasanta, Carmen. «amonycajalabogados.com.» *La cláusula rebus sicut in rebus y su aplicación en el panorama actual*. junio de 2012. http://www.ramonycajalabogados.com/wp-content/uploads/Newsletter_Procesal-junio2012.pdf>. (último acceso: 10 de 12 de 2016).
- Bejarano Sánchez, Manuel. «Obligaciones civiles.» En *La teoría de la imprevisión en el sistema jurídico mexicano*” (tesis de maestría, Universidad Veracruzana, de Alfredo Velázquez Tagle, 12-78. México, D.F.: Fuentes Impresoras, 2001.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 16. Vol. V. Buenos Aires: Heliasta, 2011.
- Cevallos Vásquez, Víctor. *Contratos civiles y mercantiles*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2005.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. «Recurso de casación interpuesto por Rafael Alberto Martínez Luna y María Mercedes Bernal Cancino, respecto de la sentencia proferida el 24 de julio de 2009, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá .» *Proceso ordinario de los recurrentes contra Granbanco S.A.* Bogotá: Sala de Casación Civil, 24 de julio de 2009.
- De Buen Lozano, Néstor. «La decadencia del contrato.» En *La teoría de la imprevisión en el sistema jurídico mexicano*, de citado por Velázquez Tagle, 45. México, D.F.: Porrúa, 2001.
- De la Maza, Lorenzo. «La teoría de la imprevisión. (En relación con el Derecho Civil chileno)” (tesis de licenciatura).» En *Teoría de la imprevisión” (tesis de licenciatura)*, de citado por Bárbara Urrejola Scolari. Santiago: Universidad de Chile, 2003.
- De Pina Vara, Rafael. «Diccionario de Derecho.» En *La teoría de la imprevisión en el sistema jurídico mexicano*, de citado por Alfredo Velázquez Tagle, 470. México, D.F.: Porrúa, 2001.

- Ecuador. Asamblea Nacional. «Codificación del Código Civil.» Quito: Registro Oficial, Suplemento, No. 46 , 24 de junio de 2005.
- . «Código Orgánico General de Procesos.» Quito: Registro Oficial, Suplemento, No. 506, 22 de mayo de 2015.
- . «Código Orgánico Monetario y Financiero.» Quito: Registro Oficial, Segundo Suplemento, No. 33, 12 de septiembre de 2014.
- Ecuador. Congreso Nacional. «Código Civil.» Quito: Registro Oficial, Suplemento, No. 46 , 24 de junio de 2005 .
- . «Código de Comercio.» Quito: Registro Oficial, Suplemento, No. 1202, 20 de agosto de 1960.
- . «Ley de Arbitraje y Mediación.» Quito: Registro Oficial, No. 417, 14 de diciembre de 2006.
- . «Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.» Quito: Registro Oficial, Suplemento, No. 116, 10 de julio de 2000.
- Ecuador. Corte Constitucional. «Sentencia No. 003-11-SCN-CC.» Quito: Registro Oficial, Suplemento, 396, 02 de marzo de 2011.
- España, Tribunal Supremo. «Juicio Antonio Romero Lorenzo Edificaciones de Lanzarote, Bungalows y Apartamentos, S.A. c. vs. Hermanos Santana Cazorla, S.L.» *Juicio Número: 2003/8290*. Madrid: RJC, 2, 2009, 31 de mayo de 2007.
- Fanelli, José María. «Crecimiento, inestabilidad y crisis de la convertibilidad en Argentina.» *CEDES: Revista de la CEPAL*, 2002: 25-45.
- Ghestin, Jacques. «La fuerza obligatoria del contrato.» *IUS ET VERITAS: Revista de derecho*, nº 50 (2015): 72-84.
- Hernández Fraga, Katuska, y Danay Guerra Cosme. «El principio de autonomía de la voluntad contractual civil: sus límites y limitaciones.» *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, nº 6 (2012): 27-46.
- Laguado Giraldo, Carlos. «Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro.» *Universitas: Revista de Ciencias Jurídica de la universidad Autónoma de México*, 2003: 231-251.
- Larraín Vial, Bernardo. «La teoría de la lesión en el derecho comparado .» *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1938: 22-34 .
- López Santa María, Jorge. *Los contratos*. Segunda. Vol. I. Santiago: Jurídica, 1998.

- Lynch, Horacio. «Emergencia, Derecho, Justicia y Seguridad Jurídica.» *LA LEY: Revista Jurídica*, 2002: 3-23.
- Magoja, Esteban Eduardo. «La teoría de la imprevisión: el gobierno de la equidad en la ejecución de los contratos.» *Prudentia Iuris: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, 2012: 230-255.
- Martínez de Morentin, María Lourdes. «Sobre la construcción del principio pacta sunt servanda rebus sic stantibus, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión.» *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 61, 2014: 329-362.
- Organización de las Naciones Unidas. «oas.org.» *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. 1969.
https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf
 (último acceso: 02 de 11 de 2016).
- Peñailillo Arévalo, Daniel. «El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de obligaciones.» En *Teoría de la imprevisión*, de Bárbara Urrejola Scolari, 71. Santiago: Universidad de Chile, 2003.
- Rebossio, Alejandro. «blogs.elpais.com.» *El País*, 18 de 05 de 2012.
- Sánchez Lorenzo, Sixto. *Universidad de Granada*. 2005.
<http://hdl.handle.net/10481/14630> (último acceso: 09 de 01 de 2017).
- Sánchez Meda, Ramón. «Teoría general del contrato (México: Editorial Porrúa, 1993), 79, citado por .» En *La teoría de la imprevisión en el sistema jurídico mexicano (tesis de licenciatura)*, de Alfredo Velázquez Tagle, 79. Veracruz: Universidad Veracruzana, 2001.
- Schuler, Kurt. *El futuro de la dolarización en el Ecuador*. Guayaquil: Instituto Ecuatoriano de Economía Política, 2002.
- Sotela Montagne, Rogelio. «La teoría de la imprevisión.» *Revista de Ciencias Jurídicas*, nº 7 (1966): 159-192.
- Soto Coaguila, Carlos Alberto. «La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato.» *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 52 (2003): 519-562.
- Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho civil*. Decimoséptima. Bogotá: Temis, 2011.