

**“Teoría de la Imprevisión” a la luz del ordenamiento jurídico nicaragüense:
necesidad de regulación y aprovechamiento de experiencias extranjeras**
**"Theory of the Unforeseen" in the light of the Nicaraguan legal system: the need
for regulation and benefits of foreign experiences.**

Avil Ramírez Mayorga
aaramirez2@uc.cl
Pontificia Universidad Católica de Chile

<https://doi.org/10.5377/derecho.v0i27.9249>

Fecha de recibido: julio de 2019 / Fecha de aprobación: diciembre de 2019

Resumen

El presente trabajo de investigación gira en torno al fenómeno mediante el cual ciertas situaciones imprevisibles pueden alterar gravemente las condiciones originales de contratación que llevaron inicialmente a las partes a entrar a una relación contractual de largo plazo, haciendo de su cumplimiento excesivamente oneroso para uno de los contratantes. Ante tal premisa, abordaremos como la doctrina y legislación han identificado en la figura de la “Teoría de la Imprevisión” una solución que permite ajustar la relación contractual ante la nueva realidad devenida, enfatizando que esta figura es de uso a manera de prudente excepción ante la regla *Pacta Sunt Servanda*. Abordaremos esta figura en torno a su situación jurídica en Nicaragua y el aprovechamiento de las experiencias extranjeras de Italia y Alemania para poder hacer un diagnóstico y las recomendaciones que se tengan a bien.

Palabras Clave

Rebus Sic Stantibus / Hecho sobreviniente / Imprevisible /
Condiciones de contratación / *Pacta Sunt Servanda* / Revisión contractual

Abstract

The present research work revolves around the phenomenon whereby certain unforeseeable situations can seriously alter the original contracting conditions that initially led the parties to enter into a long-term contractual relationship, making their compliance excessively burdensome for one of the parties. Given this premise, we will address how the doctrine and legislation have identified in the figure of the "Theory of the Unforeseen" a solution that allows to adjust the contractual relationship to the new reality, emphasizing that this figure is of use as a prudent exception to the *Pacta Sunt Servanda* rule. We will address this figure around its legal situation in Nicaragua and the use of foreign experiences from Italy and Germany to be able to make a diagnosis and the relevant recommendations.

Key words

Rebus Sic Stantibus / Supervening fact / Unforeseeable /
Contract conditions / *Pacta Sunt Servanda* / Contract review



Tabla de contenido

I. Introducción. 2. Revisión contractual ante hechos sobrevinientes. 2.1 Teoría de la cláusula *Rebus Sic Stantibus* o “Teoría de la Imprevisión”. 2.2 Teoría de la excesiva onerosidad de la prestación. 2.3 Teoría de la base del negocio jurídico. **3. Diferencia entre imprevisión y otras figuras jurídicas.** 3.1 Imprevisión y Fuerza Mayor o Caso Fortuito. 3.2 Imprevisión y Enriquecimiento sin causa. 3.3. Imprevisión y Lesión. 3.4 Imprevisión y Error. **4. Criterios de aplicación de la Teoría de la Imprevisión. 5. Efectos de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión. 6. Ordenamiento Jurídico de Nicaragua.** 6.1. Reconocimiento legal del Código Civil. 6.2. Reconocimiento vía leyes especiales. 6.3. Jurisprudencia nacional. 6.4. Evaluación doctrinal nicaragüense. **7. Experiencias extranjeras.** 7.1. Italia. 7.2. Alemania. **8. Resultados. 9. Conclusiones. 10. Lista de Referencias.**

I. Introducción

A raíz de la crisis sociopolítica desatada en Nicaragua desde el 18 de abril del 2018, la tan necesaria seguridad jurídica para sostener relaciones contractuales se ha ido desvaneciendo como consecuencia de la imprevisibilidad que a la fecha impera en el país. Siendo así, el presente trabajo girará en torno a cómo la herramienta jurídica denominada “Teoría de la Imprevisión” se presenta como una opción ante el desbalance que la crisis ha ocasionado en la ecuación económica de las relaciones contractuales de tracto sucesivo, cambiando completamente las condiciones originales de contratación; valiéndonos de las ventajas que esta teoría puede ofrecer como solución, a fin de garantizarle a las partes la oportunidad de reajustar contractualmente ese desbalance de posiciones y operar bajo unas condiciones contractuales adaptadas a la equidad y al nuevo contexto.

Ahora bien, ante el cambio de las condiciones de contratación, destacamos que el ordenamiento nicaragüense décadas atrás abrazó el fenómeno de la codificación y la integración de su sistema dentro de la familia jurídica denominada como sistema “continental” o “romano”, el cual tiene como uno de sus pilares al principio de la autonomía de la voluntad, recogido en el aforismo jurídico *Pacta Sunt Servanda*, el cual se pretende presentar como antítesis a la Teoría de la Imprevisión, tomando en consideración su rigidez en la aplicación de las obligaciones emanadas de un contrato sin mirar cómo el cambio de circunstancias puede afectar el balance económico injustamente entre las partes y por ende la justicia social.

En tal sentido, se partirá por hacer un repaso histórico de la definición y características de la llamada Teoría de la Imprevisión, pasando por algunas de las principales teorías que la doctrina ha identificado, para concentrarnos en la regulación que el ordenamiento jurídico de Nicaragua ha hecho al respecto, así como la referencia jurisprudencial que ha abordado dicha teoría. Posteriormente, nos concentraremos en la configuración jurídica de otros países que han tenido relevante influencia respecto al tema, particularmente en las experiencias de Italia y Alemania, con el objeto de analizar en primer lugar el estado jurídico del ordenamiento nicaragüense al momento de este estudio ante la teoría de la imprevisión y, posteriormente, reflexionar sobre las alternativas o soluciones que podrían aprenderse de dichos países, para determinar cuál sería el mecanismo que más le convenga a Nicaragua aplicar ante las condiciones actuales.

Al concluir el presente trabajo estaremos en condición de dar respuesta a la hipótesis sobre la que gira esta investigación: ¿Reconoce el ordenamiento jurídico nicaragüense a la Teoría de la Imprevisión? Y con esto poder plantear las recomendaciones que estimemos a bien luego de comparar la legislación en cuestión con los ordenamientos jurídicos de Estados cuya influencia moldeadora en la Teoría de la Imprevisión ha sido notable.

2. Revisión contractual ante hechos sobrevinientes

Si bien ha sido notable que la práctica jurídica de tradición occidental ha abrazado el principio *Pacta Sunt Servanda*, en el sentido de que la frase “el contrato es una ley para las partes” expresa que toda obligación contraída es de tal rigidez que no tiene en consideración como los factores externos pueden influir en generar severas afectaciones para una de las partes de cumplirse con la prestación originalmente pactada, sin detenerse en como un hecho sobreviniente ha hecho que de darse tal prestación ésta se torne o bien excesivamente onerosa o reduzca considerablemente las contraprestaciones originalmente estimadas, lo que a simple vista podría denotar que tal rigidez vendría a constituir una severa injusticia o desproporcionalidad para la parte afectada.

A la fecha, han surgido varias teorías que abordan la necesidad de enmendar las obligaciones contractuales, en razón de un hecho que cambia drásticamente las condiciones originales de contratación, así como su necesidad de reajustarla o modificarlas, a fin de dar lugar a un adecuado balance económico o prestacional entre las partes del negocio, considerando lo que Alcalde Rodríguez (2018) nos dice: “la obligación tiene una trascendencia económica apreciable, toda vez que sirve para estructurar relaciones de costos y beneficios entre las partes.” (p.108).

Lo anterior ha sido un constituyente para que, a lo largo de los años, la doctrina se haya esforzado en desarrollar-bajo diversos nombres y concepciones-a la “Teoría de la Imprevisión”, la cual ha pretendido fundamentar en torno a este fenómeno a los elementos que moldean la imprevisibilidad del hecho acaecido que como consecuencia ha alterado la balanza económica de las partes en la relación contractual, haciendo excesivamente oneroso su cumplimiento o, contrario sensu, dejando de percibir considerablemente lo pactado inicialmente por las partes.

En términos claros, concisos y precisos, Alcalde Rodríguez (2018) aporta la definición elaborada por René Abeliuk, quien señala que esta teoría envuelve la: “facultad del deudor de solicitar la resolución o revisión del contrato de ejecución postergada cuando un imprevisto ajeno a la voluntad de las partes han transformado su obligación en exageradamente onerosa.”(p.113)

De tal forma que a continuación abordaremos someramente algunas de estas connotaciones que la doctrina ha identificado como posibles soluciones a la necesidad de ajustar el balance económico *inter partes* ante el cambio de las circunstancias originales de contratación. Para efectos del presente estudio llamaremos “Teoría de la Imprevisión” al fenómeno en cuestión, pese a los diversos nombres que

doctrinariamente se le ha atribuido, en atención a la óptica con la que se aborde tal teoría.

2.1. Teoría de la cláusula *Rebus Sic Stantibus* o “Teoría de la Imprevisión”

El origen de esta teoría se ubica en la edad media. Al respecto José Riviera Restrepo (2015) trae a colación lo manifestado por Larenz respecto a que fue en esta época cuando se redescubre el *Corpus Iuris* por la Escuela de Bolonia, dando lugar al renacimiento de sus estudios y al florecimiento de la escuela de los glosadores, doctores y posglosadores. Es en este contexto que gracias a Bartolo aparece el antecedente más directo de lo que conocemos como la teoría de la imprevisión, con la formulación de la cláusula *Rebus Sic Stantibus*, la cual se considera implícita y exige el mantenimiento del contrato mientras las cosas siguieran siendo lo que eran al contratar.

Escobar Fornos (2000) adicionalmente dice que los tribunales canónicos utilizaban frecuentemente esta cláusula y la misma fue aparece en los códigos Bávaro de Maximiliano de 1756¹ (*Codex Maximilaneus Bavaricus Civilis*), Prusiano de 1794² (*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*) y Austríaco de 1812³.

No obstante, no podemos dejar de mencionar que pese a que el origen directo lo encontramos en los posglosadores, éstos ya se habían inspirado en el Derecho Romano para la aplicación de tal teoría, a como manifiesta el autor José Riviera Restrepo (2015), quien acertadamente afirmó que si bien el Derecho Romano como tal no concibió la cláusula *Rebus Sic Stantibus*, en gran parte debido al rigor de su concepción del derecho de obligaciones por medio de *Pacta Sunt Servanda*. Siendo así, Riviera Restrepo cita a Badenes, quien señala lo siguiente: “Los filósofos romanos también se preocuparon por esta cuestión, llegando a afirmar que no se puede obligar a nadie al cumplimiento de lo pactado si las condiciones son distintas de las condiciones que existían al momento de contratar” (p.33), personaje que para apoyar su tesis a la vez cita a Cicerón y Séneca “en

¹ El Código Maximiliano (*Codex Maximilaneus Bavaricus Civilis*) su artículo 12 del título IV, cap. 15, estatuye: “Cuando...3º todos los vínculos incluyan tácitamente en sí la cláusula *rebus sic stantibus*, estos resultarán inválidos por el cambio de la cosa acordada en la obligación, siempre y cuando se realicen los siguientes requisitos: 1º que el cambio no sea originado por mora o culpa aut facto debitoris; 2º que no sea fácil de prever; 3º que sea de tal naturaleza que si el deudor lo hubiese sabido antes según la opinión desinteresada y honesta de las personas inteligentes no se habría obligado, procediendo en estas circunstancias a considerar según la apreciación jurídica, si la obligación debe ser disuelta o solamente reducida en proporción del advenimiento”.

² El código Prusiano de 1794 (*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*) estatuye: “Fuera del caso de una verdadera imposibilidad, no se podrá dejar incumplido un contrato por una alteración cualquiera de las circunstancias. Sin embargo, cuando se trate de una alteración imprevista que imposibilite la consecución del fin fundamental expresamente perseguido por ambas partes o que resulte de la naturaleza del contrato, podrá cada una de las partes prescindir de las prestaciones aún no cumplidas. Si la alteración de las circunstancias sólo afecta a la finalidad perseguida por una de las partes... esta parte podrá rescindir el contrato, pero indemnizando totalmente a la otra parte cuando la alteración se hubiese producido en su persona. Si por haberse alterado las circunstancias lo que se ha de entregar resulta ya inútil para los fines perseguidos por el acreedor, según lo pactado éste podrá revocar el contrato, pero siempre indemnizando al deudor de todos los gastos y desembolsos hechos para su ejecución”.

³ El Código Austríaco de 1812 en su artículo 901 estatuye: “Si las partes han elevado a condición expresamente el motivo o fin de su acuerdo, éste será considerado al igual que cualquier otra condición. Fuera de esta hipótesis, las expresiones de esta naturaleza no ejercitan ninguna influencia sobre la validez de los contratos onerosos”.

cuanto consideran ambos que para tener que cumplir lo prometido debe permanecer en el mismo estado de cosas que existía cuando se formuló la promesa”. Y a manera de precedente, Riviera Restrepo cita el caso en donde el pretor⁴ comenzó a otorgar una excepción al deudor, cuando el acreedor exigía el cumplimiento de una obligación que fuese injusta para aquél. Para reforzar lo anterior Enrique Alcalde Rodríguez (2018) respecto a los post glosadores trae a colación la fórmula en la que estos desarrollaban la cláusula *Rebus Sic Stantibus*: “Los contratos de tracto sucesivo y que dependen de futuro se entienden celebrados por las personas en inteligencia que permanezcan las cosas en el mismo estado.” (p.109)⁵

Pese al auge que esta teoría adquirió en la edad media, el siglo XIX significó un fuerte golpe a las intenciones de la referida teoría. Ubicándonos en la Francia revolucionaria, Riviera Restrepo nos comenta que fueron dos los factores que contribuyeron al descontento con la aplicación de la imprevisión: 1) Excesivo uso por parte de los tribunales de justicia, devengando en una gran inestabilidad e inseguridad contractual; y 2) Desconfianza arraigada por parte de los revolucionarios a todo lo que oliera al antiguo régimen, siendo el aparato judicial la referencia por excelencia del mismo. Estos factores influyeron a que en esa época prevaleciera de sobremanera el principio de autonomía de la voluntad, recogido en el principio de *Pacta Sunt Servanda*. Lo anterior sumado a la harta influencia que Francia tuvo sobre el resto de Europa y Latinoamérica explica la bienvenida que-dentro del fenómeno napoleónico de la codificación- se le diera a esta tendencia dentro de sus códigos civiles.

La teoría de la imprevisión tuvo que esperar hasta la Primera Guerra Mundial para encontrar su punto de retorno y reconocimiento a su importante labor. Es así que , Jesús Herrera y Jairo Guzmán nos ilustran con que nuevamente fueron los franceses quienes influenciaron al respecto, mediante la jurisprudencia administrativa que el 30 de marzo de 1916 el Consejo de Estado Francés dictó un fallo reconociendo la aplicación de la cláusula *Rebus Sic Stantibus* a fin de enmendar el balance económico del contrato suscrito entre la Compañía de Gas de Burdeos y la municipalidad de la ciudad del mismo nombre, la cual quedó trastornada cuando el precio del carbón fue tal que sobrepasó los límites extremos de los aumentos que han podido ser contemplado por las partes en el momento de la suscripción del contrato. Para contextualizar, se debe mencionar la ocupación germana de la cuenca carbonífera del norte de Francia en tiempos de la Gran Guerra, razón que llevó a los galos a recurrir al carbón de la región de Gales en el Reino Unido, el cual se adquiriría por supuesto a un mayor precio. Naturalmente nadie pudo haber predicho la ocurrencia de un conflicto bélico de tales proporciones y mucho menos los efectos devastadores que acarrearía para la relación contractual en cuestión. Siendo así, Riviera Restrepo nos comenta que el tribunal se enfrentó ante la disyuntiva de que el mayor coste debía ser asumido por la compañía o si se debía proceder con la revisión del establecimiento de las tarifas pactadas, a lo que el órgano colegiado resolvió haciendo prevalecer el interés público y procediendo con la revisión de la tarifa fijada en el contrato.

⁴ El pretor fue una suerte de magistrado en el imperio romano, encargado de la administración de justicia y jerárquicamente solo por debajo de la figura del cónsul.

⁵ Su expresión latina es: *Contractus qui habent tractus sucessivus vel dependencia de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*.

Escobar Fornos (2000) asimismo afirma al respecto que en virtud de la cláusula *Rebus Sic Stantibus* el contrato subsiste mientras no varíen las circunstancias originales, o sea, las existentes al momento de su celebración.

Teniendo estos elementos, vemos que Barajas Villareal cita a Palacio Hincapie quien define la teoría de la imprevisión de la siguiente manera:

“La presencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles que, siendo sobrevinientes al momento del nacimiento de la relación contractual, afectan gravemente la economía del contrato sin que impidan su ejecución, pero que obliga al cocontratante que las sufre a ejecutarlo con grave pérdida patrimonial para él, obligando a su contraparte a restablecer el equilibrio económico, con la finalidad de conservar la conmutatividad de las prestaciones pactadas.”(p.23)

Igualmente, Rodrigo Momberg Uribe (2013) al respecto cita a Daniel Peñailillo, quien define a la imprevisión bajo los siguientes términos: “una causal de modificación y aún de extinción de las obligaciones que se produce cuando, pendiente de la prestación, su valor es notablemente alterado por un hecho normalmente imprevisible al tiempo de contraerse.” (p.48)

Por otro lado, Herrera Espinoza y Guzmán García (2014) definen a la misma en las siguientes palabras:

“esta teoría parte de la innegable de la fidelidad al contrato y de la fuerza obligatoria del mismo, lo cual se puede alterar a través de la liberación de la vinculación contractual en los casos en que sobrevienen circunstancias extraordinarias que han sido para los contratantes “imprevisibles”” (p.136).

2.2. Teoría de la excesiva onerosidad de la prestación

La escuela italiana es a la cual se le atribuye el surgimiento de esta teoría, la cual según la obra de Contratos Civiles y Mercantiles de los juristas nicaragüenses Herrera Espinoza y Guzmán García (2014), se da como un esfuerzo en resucitar las ideas aludidas por la teoría de *Rebus Sic Santibus*. Al tenor de esta teoría y de la obra de los citados juristas, no era cualquier mutación de las circunstancias lo que influye o modifica la vida de la relación contractual, siendo en palabra de los juristas referidos “aquellos eventos o sucesos que provocan una excesiva onerosidad sobrevenida de las prestaciones contractuales” (p.137)

La teoría en cuestión es recogida por los artículos 1467, 1468 y 1469 del código civil italiano de 1942⁶. Los autores referidos previamente resumen lo dispuesto en los citados

⁶ El artículo 1467 de *Il Codice Civile Italiano* estatuye: *Art. 1467 Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168). La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923).* El artículo 1468 estatuye: *Contratto con obbligazioni di una sola parte Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della*

artículos del código italiano de la siguiente manera: en un contrato de ejecución continuada o periódica y en los de ejecución simplemente diferida, cuando la prestación de una de las partes se hace excesivamente onerosa como consecuencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe tal prestación puede demandar la resolución del contrato. La resolución del contrato, sin embargo, no puede ser exigida si la onerosidad sobreviene dentro del riesgo o aleas normal del contrato. La parte contra la cual la resolución es demandada puede evitarla forzando una modificación equitativa de las condiciones de contrato. Cuando se trata de un contrato en el cual sólo una de las partes ha asumido obligaciones, esta parte puede exigir una reducción de la prestación a su cargo o una modificación de las modalidades de ejecución de la misma, que sean suficientes para reconducirlo a la equidad.

También es de destacar que el código polaco de las obligaciones de 1935 consagra esta teoría en su artículo 269, el cual dice lo siguiente:

“Cuando por consecuencia de sucesos excepcionales tales como guerra, epidemias, pérdida total de cosechas y otros cataclismos naturales, la ejecución de la prestación chocará con dificultades excesivas o amenazare a una de las partes con una pérdida exorbitante que no ha podido preverse desde la conclusión del contrato, el tribunal puede, si lo juzga necesario, según los principios de la buena fe y después de haber tomado en consideración los intereses de las dos partes, fijar el modo de ejecución, el monto de la prestación y aun pronunciar la resolución de la convención.”⁷

En relación con la teoría anterior, Alcalde Rodríguez (2018) cita al español Luis Manuel Díez-Picazo, quien es de la opinión que la teoría de la excesiva onerosidad posee notables ventajas respecto al *rebus sic stantibus* ya que con ésta (excesiva onerosidad) se produce una objetivación del tema, siendo que la premisa gira en torno a los efectos que se generan sobre el suceso imprevisto.

Igualmente, sigue manifestando Momberg Uribe que debido a la evolución del alcance de la imprevisión, ahora el desbalance no solo es en relación a la excesiva onerosidad del deudor sino que también alcanza al acreedor en el caso de que el valor o utilidad de la prestación haya disminuido significativamente. Es así que Momberg Uribe nos recuerda que los principios del UNIDROIT⁸ en su artículo 6.2.2 brindan la siguiente definición: “Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido.”

sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità. Finalmente el artículo 1469 estatuye: *Contratto aleatorio Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura (1879) o per volontà delle parti (1448, 1472).*

⁷ Chirino (2012) p. 8.

⁸ UNIDROIT: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

2.3. Teoría de la base del negocio jurídico

Teoría emanada por la doctrina civilista alemana, la cual encuentra en Windscheid a su gran precursor, la cual gracias a los aportes y críticas de Lenel y Oertmann fue evolucionando hasta encontrar en los postulados propuestos por Karl Lorenz como la construcción más aceptada de esta teoría.

En un principio, fue Bernard Windscheid quien en 1850 elaboró los cimientos mediante la denominada “teoría de la presuposición”, la cual se apartaba de los postulados de la cláusula *rebus sic stantibus* para fundarse en la interpretación de la voluntad tácita de los contratantes. Posteriormente, conforme lo recogido por López Díaz (2008), los juristas Paul Oertmann y Eric Kaufmann a inicios del siglo XX dieron un paso adelante con la teoría de Windscheid para evolucionar a la teoría de la “base del negocio jurídico”, la cual consiste conforme a los postulados del primero en la “representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias en las que se basa la voluntad negocial”, siendo este postulado aceptado por los tribunales alemanes. Pero fue finalmente Karl Lorenz quien hizo que el alcance de esta teoría sea la que conocemos actualmente, precisando que la base del negocio gira en torno a una serie de circunstancias tanto objetivas como subjetivas, siendo las objetivas la finalidad perseguida por el contrato y las subjetivas las determinadas por las partes.

Ahora bien, el maestro Escobar Fornos (2000) nos recoge lo dispuesto por el ya referido Lorenz, quien afirma que lo fundamental que se debe realizar es la distinción entre la base subjetiva y objetiva de la relación contractual. Desaparecida éstas por el cambio de circunstancias, desaparece la base en que descansa la subsistencia del negocio. Es así que tanto Herrera y Guzmán como Escobar Fornos abordan como escenarios de desaparición de las bases objetivas y subjetivas los siguientes supuestos planteados por Lorenz:

- i) Cuando las partes han celebrado el acto en atención a circunstancias consideradas como existentes o esperadas en el futuro (la base del negocio subjetiva).
- ii) Cuando la subsistencia de las circunstancias que acompañaron a la celebración del contrato, es objetivamente necesaria para que el contrato subsista como una regulación dotada de sentido (base del negocio objetiva).

Al respecto Escobar Fornos (2000) trae la definición que Lorenz aporta sobre la base del negocio subjetiva:

“Entendemos por base del negocio subjetiva aquella común representación mental de los contratantes por la que ambos se han dejado guiar al fijar el contenido del contrato. La representación tiene que haber inducido a concluir el contrato no a uno sino a ambas partes” (p.550)

Por otro lado, Escobar Fornos (2000) conceptualiza la base del negocio objetiva de la siguiente forma: Entendemos por base del negocio objetiva las circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato subsista, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, como

regulación dotada de sentido. Asimismo, Lorenz sostiene que un contrato no puede subsistir como regulación dotada de sentido cuando: a) la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación que en él se presupone, se haya destruido en tal medida que no pueda ya hablarse racionalmente de una contraprestación (destrucción de la relación de equivalencia); y b) la finalidad objetiva del contrato, expresada en su contenido, haya resultado inalcanzable, aun cuando la prestación del deudor sea todavía posible (frustración de la realidad).

3. Diferencia entre imprevisión y otras figuras jurídicas

Tomando en consideración que los efectos del cumplimiento de hechos sobrevenidos en una relación contractual ocasionan daños para la parte afectada, su lectura se podría prestar a una serie de interpretaciones que den por asociar la figura de la teoría de la imprevisión con otras instituciones jurídicas, razón que nos lleva a realizar unos breves comentarios sobre la semejanza y diferencia que existen entre la figura en cuestión con otras similares, a fin de que se esté en capacidad de distinguir los efectos de una y otra institución.

3.1. *Imprevisión y Fuerza Mayor o Caso Fortuito*

Resulta necesario diferenciar la imprevisión del caso fortuito o fuerza mayor, así como los efectos que estos tienen respecto a la obligación contractual, habida cuenta que en palabras de Momberg Uribe (2015), en la primera “el cumplimiento de la obligación se torna excesivamente oneroso o dificultoso, mientras que en el segundo el cumplimiento se vuelve imposible.” (p.49-50) Siendo la gran diferencia la posibilidad de cumplimiento de la obligación: en una aún es posible, aunque la onerosidad o beneficio ha variado considerablemente, mientras que en la otra materialmente resulta imposible dar cumplimiento.

Por otro lado, Escobar Fornos (2000) manifiesta que la diferencia entre una y otra figura jurídica se haya en las siguientes razones:

- i. “El caso fortuito toma en consideración una situación objetiva, mientras que la imprevisión es una noción más bien subjetiva.
- ii. El caso fortuito exime de responsabilidad al deudor y extingue la obligación desvinculándolo de la relación concluida; en cambio la imprevisión no conduce inevitablemente a la extinción del vínculo obligacional, pues también puede dar pie a una modificación.
- iii. El caso fortuito produce una imposibilidad absoluta para el cumplimiento de la obligación; por el contrario en la imprevisión la imposibilidad es relativa, pero el deudor tiene que hacer un esfuerzo desproporcionado.” (p.549)

De tal forma que se encuentran dos diferencias claves entre una y otra institución: 1) en la fuerza mayor/caso fortuito el cumplimiento se torna imposible, mientras que en la imprevisión se torna sumamente gravoso para una de las partes, más allá de lo esperado con la suscripción del contrato; y 2) la fuerza mayor o caso fortuito se puede prever el acontecimiento de algún suceso que torne imposible el cumplimiento, tal como un desastre natural, en tanto que en la imprevisión tal predicción resulta imprevista, como por ejemplo el caso de la Primera Guerra Mundial y la Compañía de Gas de Burdeos.

3.2. Imprevisión y Enriquecimiento sin causa

Considerando que el efecto principal que ambas figuras generan consiste en el enriquecimiento de una de las partes a costas del empobrecimiento de la otra, se puede afirmar a primera vista que existe una notoria similitud y hasta confusión entre las instituciones en cuestión. No obstante, es cuando nos detenemos a analizar las causas que originan este enriquecimiento en que sale a relucir lo que distingue a una de otra figura.

Es así que Suffiotti Cisternas y Ubilla Pareja (2010) citan a Jorge López al manifestar que los requisitos de la acción fundada en el enriquecimiento sin causa son los siguientes: 1) que exista un enriquecimiento del demandado y empobrecimiento correlativo del demandante; 2) que el enriquecimiento carezca de justa causa que lo justifique; 3) que el actor no tenga a mano otro medio para subsanar el enriquecimiento; y 4) que la acción no sea ejercida con el fin de burlar derecho positivo.

Al respecto, Joel Chirino Castillo (2012) comenta que en la teoría de la imprevisión no existe un enriquecimiento sin causa habida cuenta que el beneficio obtenido por uno de los contratantes, pese a que por un hecho sobrevenido sea exorbitante y fuera de lo previsto, es obtenido sobre la base de un acto jurídico que le sirve de antecedente a manera de justificante.

De tal forma que si bien ambas instituciones comparten la semejanza del enriquecimiento de una de las partes en detrimento de la otra, en el enriquecimiento sin causa ésta se da de una manera injustificada, mientras que en la imprevisión, un hecho sobrevenido hace que se acentúe el desbalance económico entre las partes que dé como resultado un enriquecimiento a costas del empobrecimiento de la otra.

3.3. Imprevisión y Lesión

Siendo definida la lesión por el diccionario de la Real Academia Española tanto como “daño que se causa en las ventas por no hacerlas en su justo precio así como perjuicio sufrido con ocasión de un contrato”⁹, encontramos que el autor Joel Chirino Castillo (2012) en su obra de teoría de la imprevisión comenta que si bien hay una gran semejanza entre la teoría de la imprevisión y la teoría de lesión, en el sentido de que en ambos casos el deudor como producto de un acto jurídico sufre una pérdida exorbitante. No obstante, dice el referido autor que las figuras difieren en que en la lesión la pérdida se produce en el momento mismo de celebrar el acto jurídico, mientras que en la imprevisión la pérdida se produce en el momento del cumplimiento. Por tanto, la gran diferencia radica en el momento en el que se ocasiona el daño a la parte afectada, sucediendo *ipso facto* el daño en la figura de la lesión, en contraposición a la imprevisión, que para que se consuma el daño se debe dar cumplimiento a la obligación contractual luego de un hecho imprevisto que generó un desbalance económico entre las partes.

3.4. Imprevisión y Error

Siendo definido el error por el diccionario de la Real Academia Española como “vicio del consentimiento causado por equivocación de buena fe, que anula el acto jurídico si

⁹ Extraído de <https://dle.rae.es/?id=NA5QOrA> a las 03:10 pm del 22 de junio del 2019.

afecta a lo esencial de él o de su objeto”¹⁰ podemos observar que el artículo 2455 del Código Civil de Nicaragua encuentra en el error de consentimiento una causante para anular un contrato, cuando éste recae en la especie del acto o contrato que se celebra o quien sobre la identidad de la cosa especificada, su sustancia o calidad especial.

Continuando con el contraste ofrecido por el autor mexicano Joel Chirino Castillo (2012), éste señala que en el error lo que hay es un vicio de la voluntad, lo que ocurren en el momento de la contratación. Por otro lado, con la imprevisión lo que se da es una situación sobrevenida, en donde si bien hubo una buena fe y voluntad de celebrar la relación contractual, un hecho imprevisible cambió las circunstancias que llevaron a las partes a celebrar el contrato, mientras que la fundación del contrato en el error está basada en información incorrecta o desconocida.

Siendo así, se puede afirmar que si bien existen similitudes entre las figuras en cuestión en el sentido de que en ambas suceden eventos no deseados por las partes, la principal diferencia radica en que en el error debido a una formación errónea del contrato se da el evento no deseado, mientras que en la imprevisión sucede a raíz de un hecho sobrevenido, convirtiendo la prestación en algo exponencialmente distinto a lo deseado por las partes durante la formación del contrato.

4. Criterios de aplicación de la Teoría de la Imprevisión

Escobar Fornos (2000) afirma que se deben reunir una serie de requisitos para que la teoría de la imprevisión-con independencia de la denominación que se le otorgue- pueda prosperar, los cuales compartimos, siendo éstos los siguientes:

- i) “Debe tratarse de contratos de tracto sucesivo o de prestaciones diferidas.
- ii) Cambio extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato con relación a la época del pago.
- iii) Que la aparición de las circunstancias sea radicalmente imprevisible.
- iv) Que el cambio de circunstancias imponga una gravosa y desproporcionada prestación con relación a lo pactado.
- v) Que el acontecimiento no se deba a culpa o dolo del deudor, pues en tales casos debe cargar con los resultados onerosos.
- vi) El contrato no debe ser aleatorio, pues en éste el deudor asume los riesgos voluntariamente y el acreedor se obliga en atención a los mismos.” (p.547-548)

5. Efectos de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión

Ha habido cierto consenso doctrinario y legislativo (en aquellas jurisdicciones que abrazan la teoría en cuestión) respecto a los efectos que la aplicación de la Teoría de la Imprevisión apunta ante el evento de un hecho imprevisible que altere las bases sobre las que se celebró un contrato. Razón que me lleva a compartir con Alcalde Rodríguez (2018) los efectos que puede tener la invocación de esta teoría ante un hecho sobreveniente, los cuales son los siguientes:

¹⁰ Siendo extraído de <https://dle.rae.es/?id=G47B9qL> a las 03:30 p.m. del 22 de junio del 2019.

- i. Revisión: se reajustan algunas de las prestaciones del contrato que permitan equilibrar el desbalance originado por las circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles que afectan el contrato.
- ii. Suspensión: se puede acceder a la suspensión de las prestaciones si el hecho sobreviniente resulta que es temporal, perdurando el suspenso en tanto en cuanto no se restituyan las condiciones que reajusten la balanza económica entre las partes.
- iii. Terminación: de no ser posible el reajuste económico, la opción de la terminación del contrato debe estar sobre la mesa en favor de la parte afectada.

Compartiendo la opinión de Herrera Espinoza y Guzmán García, la aplicación de la teoría de la imprevisión debe realizarse prudentemente, en atención a las peculiaridades de cada caso, a fin de que tanto el *Pacta Sunt Servanda* como el *Rebis Sic Stantibus* puedan convivir en armonía, siendo el segundo una delicada excepción a la regla que representa el primero. Asimismo, esta aplicación debería en primera instancia procurar el acuerdo voluntario de las partes y-caso fallido- recurrir al judicial para que aplique la teoría de considerarlo meritorio.

6. Ordenamiento Jurídico de Nicaragua

6.1. Reconocimiento legal del Código Civil

El Código Civil nicaragüense, vigente desde 1904, de tradición individualista y con harta influencia de las experiencias de legislaciones provenientes de Francia, Italia, Chile o España, por mencionar a algunos países, a como afirman Guzmán García y Herrera Espinoza (2014) “no acoge literalmente una tal revisibilidad de los contratos” (p.141) al tenor del principio de la teoría de la imprevisión. Al igual que numerosos países de tradición continental, el ordenamiento o configuración jurídica del sistema de seguridad de obligaciones que nacen de los contratos tienen en el principio *Pacta Sunt Servanda* como su gran farol o inspiración.

Lo anterior no significa que dicha norma descarte la aplicación de la teoría de la imprevisión, ya que en lo dispuesto por el artículo 2480, casi una copia del código napoleónico, se abre una ventana para implementar tal teoría. El artículo dice lo siguiente: “Artículo 2480: Los contratos obligan tanto a lo que se exprese en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta.”

Siendo que en las consecuencias que emanan de la equidad la ventana que abre la posibilidad a la implementación de la teoría de la imprevisión, ya que este factor al tenor del artículo mencionado también genera obligación. Es así a como ejemplifica Escobar Fornos (2000): “Una obligación de equidad es, por ejemplo, la de no oponerse a la modificación o resolución del contrato sumamente gravoso por el cambio de las circunstancias originales.” (p.551).

Concluyendo la revisión del Código Civil, Guzmán García y Herrera Espinoza ofrecen una anotación de lo que a nuestro criterio engloba de una manera pertinente la postura que el instrumento referido adopta respecto a la teoría de la imprevisión:

“En nuestro Código, el artículo 2480 podría tenerse como fundamento legislativo para la aplicación de esta cláusula implícita, toda vez que en él se dispone como principio elemental de los contratos la adecuación de su contenido a las circunstancias que aunque no hayan sido expresamente determinadas en el mismo, nacen como consecuencias de la observancia de la equidad, del uso o de la ley de acuerdo a la naturaleza de la obligación que nace del dicho contrato.” (p.142).

6.2. Reconocimiento vía leyes especiales

Además del Código Civil, en Nicaragua podemos encontrar recogida la esencia de la teoría de la imprevisión ante hechos sobrevinientes en otros cuerpos normativos. Un caso claro sucede en la legislación en materia de contratación pública, la cual ha procedido a reconocer la posibilidad de la modificación contractual y el reajuste tarifario ante el cambio de circunstancias, práctica propia de la escuela francesa. Entonces, encontramos en la Ley N° 737 “Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público”, la cual contempla en su artículo 71, numeral segundo, una facultad administrativa exorbitante de la entidad contratante que le permite la modificación unilateral de los contratos cuando obedezca a situaciones de naturaleza imprevisible al momento de la suscripción del mismo y que sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público. El referido artículo dice lo siguiente: **“Art. 71 Derechos Contractuales y Potestades Administrativas Exorbitantes de la Entidad Contratante.** La entidad contratante tendrá los derechos contractuales que resulten del contrato administrativo celebrado, así como la potestad para dirigir, controlar y supervisar el contrato. Adicionalmente, tendrá las siguientes prerrogativas exorbitantes, taxativas e irrenunciables con el exclusivo objeto de proteger el interés público, en los contratos de obra pública, arrendamiento, suministro, consultoría y servicios generales:...2. Potestad para ampliar unilateralmente los contratos sin exceder en un veinte por ciento (20%) del valor del contrato original, siempre que éstas obedezcan a situaciones de naturaleza imprevisible al momento de la suscripción del mismo y que sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público, sin perjuicio de las modificaciones que deban efectuarse para preservar la ecuación financiera o equilibrio original del contrato. Los contratos de consultoría solamente podrán ser ampliados en lo relativo a plazo.”

Por otro lado, el artículo 72 de la referida norma también protege al contratista, al reconocerle el derecho al reajuste de precios ante la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes que alteren el equilibrio económico del contrato.

Adicionalmente, el artículo 262 del Decreto N° 75-2010 “Reglamento General a la Ley N° 737 Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público”, establece la fórmula para realizar el reajuste de precios ante los hechos sobrevinientes e imprevisibles a los que hacen referencia los artículos previamente mencionados.

Asimismo, en idénticos términos encontramos que los artículos 90 y 91 de la Ley N° 801 “Ley de Contrataciones Administrativas Municipales” recogen la misma facultad administrativa exorbitante de la administración pública de modificar unilateralmente el contrato así como del derecho del contratista de solicitar la modificación tarifaria, ambos

ante el suceso de un hecho sobreviniente imprevisible y poniendo en primer lugar el interés público.

6.3. Jurisprudencia nacional

Ahora bien, la experiencia jurisprudencial en Nicaragua ha emitido una serie de pronunciamientos que permiten dilucidar el abrazo que el judicial le ha dado a la teoría de la imprevisión, particularmente en asuntos relacionados al interés público.

Es así que encontramos en la Sentencia 85 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del veintidós de agosto del año dos mil dos, la cual resuelve denegando el Recurso de Amparo que la empresa Telefonía Celular de Nicaragua, S.A. introdujo en contra del estatal Instituto Nicaragüense de Telecomunicaciones y Correos (TELCOR); recurso mediante el cual el recurrente infructuosamente pretendió hacer valer su postura en el sentido de que el contrato administrativo era una ley entre las partes a fin de evitar que el recurrido procediera con la modificación del pliego tarifario. Ante estos alegatos, en sus Considerandos los magistrados integrantes de la Sala Constitucional dispusieron lo siguiente: “finalmente, uno de los principios que hacen que el contrato administrativo no sea ley entre partes, es el principio de imprevisión” para lo que se valen en Fernández Ruiz para resumir el referido principio en las siguientes palabras: “Así, la teoría de la imprevisión, entre otros efectos, puede dar lugar a una modificación tarifaria o a una ampliación del plazo de vigencia; a una prórroga al plazo de ejecución de un contrato de obra pública, o a una indemnización al contratista de la misma; a la actualización o reajuste de precios en el contrato de suministro; y al reajuste del monto del equilibrio en el contrato de locación”. Es importante destacar que dentro del Considerando que hace la Sala Constitucional manifiesta que no se puede ni se debe permitir que una concesión, la cual es regida por el derecho público, sea configurada por el derecho privado cuando el fin que se persigue es distinto al de un contrato privado, trascendiendo su ámbito de aplicación del interés privado al interés público, razón por la cual se rigen con principios como la mutabilidad e imprevisión. Esta noción posteriormente es recogida en la Sentencia 86 del veintidós de agosto del año dos mil dos del mismo tribunal.

Encontramos otra manifestación jurisprudencial del reconocimiento a la “Teoría de la Imprevisión” en la Sentencia 37 del veintiocho de febrero del año dos mil dos del Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Managua, Sala de lo Laboral, en donde se pretendió usar a la teoría en cuestión como una excepción para liberar de una obligación de pago al empleador demandado, a lo que la Sala en su Tercer Considerando adoptó el siguiente criterio: “Con lo cual tenemos que si tal y como dijo la Juez A quo, las partes contemplaron o previeron esta posibilidad y el empleador decidió asumir el riesgo y garantizar así al trabajador, automáticamente por el mismo hecho, ante “la previsión” de las partes, no es aplicable la teoría de “la imprevisión”. Como vimos anteriormente, el apelante en su escrito de expresión de agravios transcribe un fragmento de la opinión de García Martínez al respecto de la teoría de la imprevisión, en el que este autor pone como uno de los requisitos para que opere esta teoría, que el cambio debe de ser “imprevisible” y más adelante pone que no está obligada ninguna de las partes a soportarlo. Por lo contrario en el caso de autos, el cambio sí se previó, y si una de las partes en el contrato se obligó a soportarlo. En virtud de esta previsión y acuerdo de asumir el cambio, fue precisamente que las condiciones en que se obligaron las partes fueron distintas a las usuales en los contratos de trabajo de esta naturaleza. No cabe

pues en el caso de autos la aplicación de la excepción de la regla general para los incumplimientos de los contratos de trabajo, consistente en la citada teoría de la imprevisión.”

Por otro lado, encontramos en la Sentencia 308 del año dos mil dieciséis de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia los presupuestos para la aplicación de la referida teoría, al disponer en su Cuarto Considerando lo siguiente: “Se puede ver desde un enfoque jurídico que la teoría de la imprevisión se aplica ante acontecimientos temporales, extraños a las partes, imprevisibles, inimputables y extraordinarios que afectan obligaciones de ejecución sucesiva y que alteran la economía del contrato, haciendo más onerosa a una de las partes el cumplimiento de la prestación, esto es, que si bien es cierto con la nueva situación es posible cumplir el contrato, resultara más gravoso para una de las parte.” Este criterio constituye a nuestro criterio otra aceptación tácita del sistema jurídico nicaragüense a la referida teoría.

Como última referencia, encontramos la Resolución Ministerial N°058-2013 del Ministerio de Transporte e Infraestructura, publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 84 del nueve de mayo del dos mil trece. La resolución referida aborda en su Tercer Considerando la teoría de la imprevisión desde la óptica de la excesiva onerosidad bajo los siguientes términos: “En relación a este “argumento” es necesario precisar que la excesiva onerosidad es un efecto del desequilibrio económico y financiero del Contrato; lo tradicional es que el Contrato nace para ser cumplido, sin embargo existen situaciones excepcionales que permiten que el mismo pueda ser revisado, para evitar la ruina económica o el enriquecimiento desproporcionado de una parte, y se conserva, en suma aquello que se conoce como el equilibrio del Contrato. Los elementos condicionantes para la excesiva onerosidad son: 1) Que sean Contratos de ejecución continuada, periódica y diferida y 2) Que sean acontecimientos posteriores a la celebración del Contrato de carácter extraordinario e imprevisible; de lo que se deduce que para que exista excesiva onerosidad el acontecimiento debe ser extraordinario (hecho alejado de lo que frecuentemente sucede) e imprevisible (hecho no contemplado en el Contrato).” Ante las referencias, se puede afirmar que la jurisprudencia nicaragüense ha abrazado la teoría ante hechos sobrevinientes que generen un desbalance económico contractual, al punto de referirse a ciertos criterios para su debida aplicación, a forma de excepción a la regla.

6.4. Evaluación doctrinal nicaragüense

Tanto Guzmán García & Herrera Espinoza así como Escobar Fornos, acaso los civilistas nicaragüenses más repuntados de la academia, concuerdan al afirmar que si bien en Nicaragua impera el principio *Pacta Sunt Servanda*, en el sentido de que lo expresado en un contrato tiene fuerza de ley *inter partes*, también concuerdan en reconocer en el principio *Rebus Sic Stantibus* o “Teoría de la Imprevisión” una excepción a la regla, la que a criterio de Guzmán García y Herrera Espinoza (2014) debe ser aplicada con cuidado y prudencia, que sin lesionar el carácter vinculante del contrato, dote a las partes de una herramienta útil para no sufrir afectaciones patrimoniales por alteración de las condiciones materiales sobre las que se erigió dicho negocio. Por otro lado, Escobar Fornos (2000) manifiesta que resultaría difícil que algún juez vaya a rechazar la aplicación de la referida teoría ante la injusticia de un caso concreto.

7. Experiencias extranjeras

A efectos de aprovechar las experiencias que tanto Italia como Alemania han atravesado de una manera exitosa en la implementación de la Teoría de la Imprevisión, se repasará respecto a cómo las condiciones sociales y práctica jurídica influyeron en el reconocimiento legal expreso de la figura en cuestión, destacando que si bien ambos países incorporaron la teoría referida, cada uno lo hizo desde la óptica que la práctica y doctrina venían moldeando, siendo los italianos partidarios de la doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente, contrario a los alemanes que se inclinaron por la doctrina de la base del negocio jurídico para sostener la revisión contractual.

7.1. Italia

Para abordar la experiencia italiana nos valdremos en gran parte de lo reseñado por Bárbara Urrejola (2003), quien contextualizando una serie de eventos sociales supo enfatizar la razón por la que el sistema italiano ha abrazado abiertamente la Teoría de la Imprevisión. Siendo así, enfatizamos que Italia adopta esta teoría desde la óptica de la excesiva onerosidad sobreviniente.

En tal sentido, la referida autora reconoce en la Primera Guerra Mundial el suceso que hace resurgir a la Teoría de la Imprevisión, que llevó a impulsar en mayo de 1915 el *Decreto Hortenenziale* el cual considera “a la Guerra como motivo de exoneración del cumplimiento de las obligaciones contractuales, no sólo en el caso que hiciera imposible el referido cumplimiento, sino también, y en esto consiste la innovación para las situaciones en que la ejecución de la prestación resultare demasiado onerosa”. Igualmente, y quizá más importante para la aceptación de la teoría en cuestión, se promulgó el *Decreto Luogotenenziale* que disponía “que la guerra debe considerarse fuerza mayor no solo cuando hace imposible el cumplimiento de la obligación, sino también cuando la vuelve demasiado onerosa”.

Así como esos decretos, hubo tantas otras referencias normativas tales como leyes de emergencia de 1916, *Carta del Lavoro* del Consejo Fascista Italiano, o la invocación de la teoría en las Cortes de Apelaciones de Catania y Venecia así como las Cortes de Casación de Turín y Livorno.

A como lo abordamos previamente, fue el Código Civil de 1942 el cual incorporó expresamente la Teoría de la Imprevisión, desde la óptica de la excesiva onerosidad, estableciendo una serie de criterios para su debida aplicación, los que en su esencia concuerdan con los que mencionamos anteriormente en el apartado de “criterios de aplicación”.

En cuanto a los efectos de la aplicación de la teoría, la escuela italiana parte por la resolución por la vía judicial del contrato, “estableciendo la posibilidad de enervarla, ofreciendo el demandado modificar equitativamente las condiciones del contrato”.

7.2. Alemania

En cuanto a la experiencia teutona, Alcalde Rodríguez (2018) se basó en lo relatado por Banfi, quien afirma que el factor u orientación social, propio de la cultura alemana, ha servido de influencia en la configuración y reconocimiento legislativo para con la

posibilidad de la intervención de los contratos ante hechos imprevisibles, con el objeto de garantizar la protección de la parte más débil en la relación contractual, quien-ante los hechos imprevisibles-es quien deba asumir con la carga desproporcionada como resultado de lo sucedido. Es así que el referido Banfi trae tres hitos jurídicos importantes del siglo XX y XXI:

- a) Jurisprudencia elaborada por el *Reichsgericht* (máximo tribunal civil hasta 1945): protege al deudor basado en la equidad y en la buena fe. Se extendió el concepto de imposibilidad hacia el concepto de imposibilidad económica. Luego se utilizó como argumento la doctrina de la base del negocio jurídico de Oertmann, que hace posible la finalización del contrato a raíz de las alteraciones de las circunstancias cuando las expectativas originarias al momento de contratar son frustradas por hechos posteriores.
- b) Jurisprudencia de *Bundesgerichtshof* (máximo tribunal civil tras la Segunda Guerra Mundial): poniendo énfasis en la doctrina del colapso del fundamento del contrato, y hace aplicación del estándar de la buena fe. Señaló dicho tribunal que morigerar la intangibilidad del contrato solo era justificable en aquellos casos en que fuera indispensable para evitar un resultado intolerable e incompatible con el derecho y la justicia.
- c) Desde el 1 de enero de 2002, cuando entra en vigencia el párrafo 313 del BGB, que consagra el problema del colapso del fundamento del contrato, en donde sus incisos 1 y 3 disponen:

“(1): Si las circunstancias que constituyen la base del contrato han cambiado considerablemente con posterioridad a la celebración del mismo, y si las partes no lo hubiesen celebrado o lo hubiesen celebrado bajo condiciones diferentes en caso de haber previsto el cambio, podrá reclamarse la revisión del contrato si no es posible exigir a una de las partes el contrato sin modificarlo, teniendo en consideración todas las circunstancias del caso particular, especialmente la distribución contractual o legal-del riesgo...”

“(3): Si la revisión del contrato no es posible o no puede ser exigida a la otra parte, el contratante en desventaja podrá pedir la resolución del contrato. En los contratos de obligaciones de tracto sucesivo el derecho a la terminación sustituirá el derecho a la resolución”

Esta reforma a la legislación civil alemana permitió la introducción de la doctrina del *Störung der Geschäftsgrundlage* (alteración de la base del contrato) como forma de incorporación de la harta jurisprudencia local al respecto de la doctrina en cuestión, conforme lo reseñado por Momberg Uribe (2015).

Asimismo, Alcalde Rodríguez (2018), siempre inspirado en Banfi, sostiene que se “privilegia la fórmula de la colaboración, por la cual son las partes las encargadas primariamente de renegociar los términos de sus negocios, cuando estos se tornan excesivamente onerosos.” (p.131), lo que denota los motivos que llevan al BGB-con la incorporación de la Teoría de la Imprevisión-a aspirar al reajuste o revisión contractual por la vía *interpartes* antes que la resolución o recurrir a la vía judicial.

8. Resultados

Hemos encontrado en la Teoría de la Imprevisión a una institución jurídica que surge para dar respuesta al desbalance económico surgido entre las partes como resultado de la alteración de las circunstancias o bases de contratación de las partes, ante el suceso de un hecho sobreviniente e imprevisible, el cual hace excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación para una de las partes, razón que lleva a emplear la teoría referida para ajustar el contrato a las nuevas realidades, en aras de la justicia social y la buena fe. Igualmente, la experiencia y doctrina han señalado que esta teoría no es ni puede ser vista como un sustituto u destinada a opacar los cimientos del principio *Pacta Sunt Servanda*, siendo que en la práctica se ha demostrado que la Teoría de la Imprevisión debe activarse como excepción a la regla del principio previamente mencionado, bajo el encuentro de una serie de criterios o elementos que hacen que su uso sea de una manera prudente y cautelosa. Motivos anteriores que han llevado a muchas legislaciones a abrazar abierta y expresamente la incorporación de la teoría en cuestión a sus ordenamientos jurídicos, con las naturales matices y nociones propias de las discusiones doctrinarias y prácticas configuraciones jurídicas de cada sistema.

Ante esas nociones, pudimos apreciar que en Nicaragua la Teoría de la Imprevisión, si bien no es reconocida de forma expresa por la legislación civil (ante el imperio del *Pacta Sunt Servanda*), encontramos una ventana para su aplicación en el artículo 2480 del Código Civil en las manos de las consecuencias que la equidad genere como forma de obligación, lo que sumado a que legislaciones especiales-como las de contrataciones ante la Administración Pública- y los antecedentes jurisprudenciales esbozados, han llevado a juristas a afirmar que en Nicaragua la teoría en cuestión, en atención a los particularidades de cada caso, podría prosperar, debiéndose invocar y reconocer de una manera prudente. Inclusive, pese a que no existe reconocimiento expreso o directo, la jurisprudencia ha recogido una serie de criterios para su aplicación, a como vimos en la Sentencia 308 del dos mil dieciséis de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia o en la Resolución Ministerial N°058-2013 del Ministerio de Transporte e Infraestructura, por mencionar unos ejemplos. No obstante, los posibles resultados judiciales ciertamente resultan impredecibles habida cuenta que no hay unos criterios rectores que guíen al juez a la hora de resolver, lo que permite que el funcionario se valga de su discreción y de los principios generales del derecho, lo que a la larga-debido a la falta de positivización-puede concluir en un estado de incertidumbre e inseguridad jurídica.

Por otro lado, al revisar los sistemas jurídicos de Italia y Alemania, escuelas que han moldeado la Teoría de la Imprevisión, podemos aprender como las condiciones sociales o culturales han incorporado exitosamente la teoría en cuestión en los mencionados países.

En el caso italiano, fue la Primera Guerra Mundial el hecho social que hizo necesario que el sistema jurídico se planteará el reconocimiento a una fórmula que permitiera garantizar la justicia social ante el radical cambio de circunstancias, pasando de decretos en decretos así como diversa jurisprudencia, sin por eso dejar de mencionar los sucesos inter guerras tales como la asunción del régimen fascista de Mussolini, que terminaron con la formal y directa incorporación de la Teoría de la Imprevisión-desde la óptica de la excesiva onerosidad sobreviniente- en el Código Civil italiano de 1942, la cual debería ejecutarse por la vía judicial, siendo la opción de la resolución del contrato la primera,

pudiendo el demandado ofrecer la modificación o reajuste del contrato como opción para balancear la relación entre las partes ante las nuevas realidades.

En el caso alemán-como reseñó Momberg Uribe- podemos apreciar que la propia cultura alemana y entendimiento de la justicia o solidaridad fueron los factores que moldearon la reconfiguración jurídica para permitir la incorporación de la Teoría de la Imprevisión (desde la noción de la Base del Negocio Jurídico) a fin de proteger a la parte más débil de la relación. La incorporación o positivización de la Teoría de la Imprevisión en el BGB del 2002 no fue más que un reconocimiento a los criterios jurisprudenciales que por décadas habían moldeado al sistema alemán. Ahora bien, la teoría, a diferencia del espíritu italiano, procura en primer lugar que las partes puedan ponerse de acuerdo en cuanto a la revisión del contrato, dejando de un lado el modelo italiano que procura en primer lugar la terminación o resolución del contrato por la vía judicial, siendo la modificación una opción o derecho que puede invocar la parte demandada.

Atendiendo que los factores sociales y culturales tanto en Italia como en Alemania fueron los detonantes para el reconocimiento expreso de la Teoría de la Imprevisión, se puede aprender de la exitosa experiencia de estos sistemas a fin de plantear su incorporación expresa en la legislación civil nicaragüense, la cual se antoja necesaria habida cuenta de que tradicionalmente Nicaragua es un país vulnerable a cambios sociales, en atención a fenómenos naturales o sociopolíticos, por mencionar algunos, lo que devienen en afectaciones económicas a las relaciones contractuales; además, reconocer la referida teoría en el derecho positivo sentaría las pautas para que los órganos judiciales puedan resolver concorde, en lugar de permitir que sean fuentes tan abstractas y discrecionales como los principios generales del derecho o la doctrina los que guíen al actuar judicial, eliminando el grado de incertidumbre que actualmente impera ante la invocación de la teoría en estudio.

Por los elementos analizados y descritos, podemos concluir que el ordenamiento jurídico nicaragüense se beneficiaría de incorporar expresamente la Teoría de la Imprevisión siguiendo el modelo de la escuela alemana, la cual fomenta el colaboracionismo entre las partes así como la justicia social. La incorporación puede darse a través de una reforma legislativa al Código Civil, procurando impulsar la Teoría de la Imprevisión como una cautelosa excepción a la regla del *Pacta Sunt Servanda*, sentando las pautas o criterios que deben reunirse para poder invocar y aplicar la teoría, abogando siempre por el cumplimiento de las obligaciones contractuales mediante un reajuste contextualizado a las misma, recurriendo a la resolución del contrato como última medida cuando se demuestre que el hecho sobreviniente en efecto ha tornado imposible el cumplimiento de la prestación. En este sentido, se debe también seguir la filosofía colaboracionista de la escuela alemana, a fin de alentar en primer lugar las negociaciones entre las partes, en detrimento de la revisión (o suspensión o resolución) contractual por la vía judicial, la cual consideramos que por economía procesal solo debería recurrirse cuando las partes no puedan llegar a un acuerdo.

9. Conclusiones

Ante los elementos planteados, los planteamientos generales sobre la Teoría de la Imprevisión, el análisis del ordenamiento jurídico nicaragüense así como a las escuelas

alemanas e italianas en cuanto a la figura en estudio y los resultados del ejercicio comparado realizado, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1. La Teoría de la Imprevisión surge como una necesidad ante aquellos sucesos imprevisibles y sobrevinientes que cambian radicalmente las circunstancias de contratación así como la excesiva onerosidad generada a una de las partes como consecuencia de ese suceso. La teoría se plantea como una cautelosa y necesaria excepción al principio *Pacta Sunt Servanda*.
2. Numerosas legislaciones occidentales han abrazado abierta y exitosamente la Teoría de la Imprevisión en sus configuraciones legales, tales como Italia y Alemania, las cuales son consideradas escuelas doctrinarias en la materia y se han encontrado en factores sociales y culturales a los detonantes de la configuración de la práctica jurídica de tales sistemas, tanto por sus normas como por jurisprudencia.
3. Nicaragua si bien no reconoce expresamente en su Código Civil la Teoría de la Imprevisión, deja las pautas para invocar la misma en atención a la equidad que debe primar entre las partes, lo que ha sido recogido jurisprudencial y doctrinariamente.
4. El sistema nicaragüense debería por asuntos de confianza y seguridad jurídica, así como por afinidad en cuanto a constantes cambios sociales, inspirarse en la escuela alemana, a fin de incorporar a la Teoría de la Imprevisión (desde una óptica de la “Teoría de la Base del Negocio Jurídico”) para contar con un instrumento legal reconocido expresamente por la legislación civil a fin de ofrecer soluciones ante hechos sobrevinientes e imprevisibles que alteren radicalmente las bases sobre las que se configura un contrato.

10. Lista de Referencia

Autores citados

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2018): *La Responsabilidad Contractual: causa y efectos de los contratos y sus obligaciones*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- BARAJAS VILLARREAL, Viviana Beatriz (2015). *La Teoría de la Imprevisión como garantía del equilibrio económico contractual (Proyecto de investigación para optar al grado de especialista en derecho administrativo)*. Universidad Santo Tomás. Bogotá, Colombia.
- CHIRINO CASTILLO, Joel (2012). *Teoría de la Imprevisión en DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo y SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio (2012) Conmemoración de los 80 años de vigencia del Código Civil*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3833/21.pdf>
- CUADRA ZAVALA, Joaquín (2004). *Anotaciones al Código Civil de Nicaragua, Tomo 2*. Managua, Nicaragua: Editorial Hispamer.
- ESCOBAR FORNOS, Iván (2000). *Derecho de Obligaciones*. Managua, Nicaragua: Editorial Hispamer, segunda edición.

- HERRERA ESPINOZA, Jesús Juseth y GUZMÁN GARCÍA, Jairo José (2014). Contratos Civiles y Mercantiles. Managua, Nicaragua: Editorial UCA Publicaciones, tercera edición.
- LÓPEZ DÍAZ, Carlos (2008). Revisión de los contratos por circunstancias sobrevinientes. Santiago, Chile: Editorial Librotecnia.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2010). Teoría de la Imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 15, pp-29-64.
- RIVIERA RESTREPO, José (2015). Historia y fundamentos de la cláusula rebus sic stantibus (teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina Española. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5853809>
- SUFFIOTTI CISTERNAS, Gonzalo Javier y UBILLA PAREJA, Marco Nicolás (2010). La excesiva onerosidad sobreviniente en materia contractual (Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Universidad de Chile. Santiago, Chile.
- URREJOLA SCOLARI, Bárbara (2003). Teoría de la Imprevisión (Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Universidad de Chile. Santiago, Chile.

Normativa citada

- Código Civil de la República de Nicaragua Publicado en la Gaceta Diario Oficial 2148 de 5 de febrero de 1904.
- DECRETO NÚMERO 75-2010 “Reglamento General a la Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público” publicado en La Gaceta, Diario Oficial Número 239 y 240 del 15 y 16 de diciembre del 2010.
- LEY NÚMERO 737 “Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público”, publicada en La Gaceta, Diario Oficial Número 213 y 214 del 8 y 9 de noviembre del 2010.
- LEY NÚMERO 801 “Ley de Contrataciones Administrativas Municipales”, publicada en La Gaceta, Diario Oficial Número 192 del 9 de octubre del 2012.

Jurisprudencia citada

- Resolución Ministerial Número 058-2013 del Ministerio de Transporte e Infraestructura, publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 84 del nueve de mayo del año dos mil trece.
- Sentencia 37 del Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Managua, Sala de lo Laboral del veintiocho de febrero del año dos mil dos.
- Sentencia 85 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua del veintidós de agosto del año dos mil dos.
- Sentencia 86 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua del veintidós de agosto del año dos mil dos.
- Sentencia 308 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua del treinta de agosto del año dos mil dieciséis.