

# La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil: una aproximación desde la perspectiva de la jurisdicción civil en Colombia

JAVIER ANDRÉS FRANCO ZÁRATE\*

Sumario: Introducción. I. Antecedentes históricos de la consagración de la teoría de la imprevisión. II. El contrato como instrumento económico y como fenómeno social: ampliación del concepto de orden público. III. El ajuste del contrato según la buena fe y la equidad: justicia contractual. IV. El contrato mercantil contemporáneo y la alteración imprevista de las circunstancias en Colombia. Aplicación de la teoría de la imprevisión a nivel local en la jurisprudencia colombiana. A. La jurisprudencia sobre imprevisión antes de la consagración legal del artículo 868 C.Co. B. El desarrollo jurisprudencial de la teoría de la imprevisión a partir de la consagración positiva de la misma en el ordenamiento jurídico. V. El papel actual del juez local en torno al reajuste del contrato; posibles fórmulas.

Resumen: La vigencia del principio *pacta sunt servanda* implica para las partes la obligatoriedad de respetar lo acordado inicialmente en los negocios jurídicos que celebran en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, con ocasión de los importantes y en veces repentinos cambios económicos, se abre paso la discusión de si las partes

\* Abogado de la Universidad Externado de Colombia (2003), especialista en Derecho Marítimo de la misma Universidad (2006), máster (distinción) en Derecho Comercial Internacional y Derecho Marítimo de la Universidad de Gales - Swansea (Reino Unido, 2009). Docente investigador del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Asociado senior de la firma Guzmán Escobar & Asociados. Contacto: javier.franco@uexternado.edu.co jfranco@gealegal.com Proyecto desarrollado al interior del grupo de investigación "Derecho Comercial Colombiano y Comparado" del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Fecha de recepción: 28 de julio de 2012. Fecha de aceptación: 27 de agosto de 2012.

deben estar en todo caso atadas al cumplimiento de contratos en los que la prestación a cargo se ha tornado sin su culpa y luego de su celebración excesivamente onerosa. Así, se ha abierto paso la posibilidad de revisión del contrato en aplicación de la llamada "teoría de la imprevisión" bajo ciertas circunstancias. El artículo desarrolla un examen de la evolución y requisitos de la figura en la jurisprudencia civil y comercial colombiana, a la vez que analiza los poderes del juez civil en el marco del artículo 868 C.Co. colombiano para revisar y modificar el contrato.

Palabras clave: teoría de la imprevisión, revisión del contrato, excesiva onerosidad, reajuste del contrato.

*Hardship in Commercial Contracts: An Approach from Colombian Civil and Commercial Case Law*

Abstract: The validity of the *pacta sunt servanda* principle makes compulsory for the parties to a contract to fulfil their obligations according to what was originally agreed by them. However, given the significant - and sometimes sudden and unforeseeable - changes that could occur in the economy, the discussion of whether the parties should be absolutely tied by what they have initially agreed in a contract has increased in recent years. Accordingly, it has been said that a judge could do revision of the contract in case of "hardship". The author purports to study the evolution and requirements of said institution in Colombian civil and commercial case law, and also to analyse the powers the local judge has to modify the contract in application of Art. 868 of the Colombian Commercial Code.

Keywords: Hardship, impossibility of performance, contract readjustment, contract modification, frustration of contract.

## INTRODUCCIÓN

La obligación, ante todo, constituye un vínculo jurídico creado por los sujetos de derecho en búsqueda de la satisfacción de intereses y necesidades que no están en capacidad de satisfacer por sí mismos. La "autonomía privada"<sup>1</sup>, materializada a través del negocio jurídico, se erige en la actualidad como el motor del desarrollo y constituye el pilar central sobre el que se funda la construcción de las relaciones jurídicas y económicas.

El ordenamiento jurídico es entonces el encargado de dotar de seguridad y coerción a los compromisos que las personas adquieren en uso de esa autonomía<sup>2</sup>. El

<sup>1</sup> "La autonomía privada, entendida como el poder que tiene cada quien de disponer de sus propios intereses, constituye la base de todo sistema político que se funde en una economía de mercado, artículo 333 de la Constitución Política": FERNANDO HINESTROSA. "El principio del *pacta sunt servanda* y la estipulación de intereses", en *Contexto*, n.º 12, noviembre de 2001, p. 34.

<sup>2</sup> "La condición de esa firmeza y obligatoriedad no es otra que la 'legalidad' de la actuación. No es cualquier convención la que vincula tan firmemente, sino aquella 'legalmente celebrada',

contrato como instrumento, si bien no agota la categoría de los negocios jurídicos, sí constituye sin duda su ejemplo<sup>3</sup> y recibe de la ley un respaldo que lo asimila a ella misma, que impide que quienes en dicho acto intervinieron puedan pretender de manera unilateral desconocer el compromiso asumido. A este respecto cabe señalar que el artículo 1602 C.Co. colombiano dispone: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"<sup>4</sup>.

En estos términos, el contrato debe ser cumplido de conformidad con el tenor de la obligación que esté a cargo de cada una de las partes, y, de acuerdo con este postulado, si una de las partes no cumpliera con su débito generaría consecuentemente una reacción del ordenamiento, bien para exigir el cumplimiento forzado de la obligación incumplida, bien para permitir que las cosas se retrotraigan al estado anterior a la celebración del contrato, esto con la consecuente indemnización de los perjuicios sufridos por el contratante cumplido derivados del incumplimiento de su contraparte contractual<sup>5</sup>.

No obstante lo anterior, no en todos los casos es posible reprochar o sancionar jurídicamente al deudor por el incumplimiento de la prestación debida<sup>6</sup>. De manera general, en aquellos eventos en que el deudor, no estando en mora<sup>7</sup>,

con lo cual se pone de presente la carga de legalidad que pesa sobre quienes celebran el contrato, cuya convención es válida, o así se obligan, a condición del cumplimiento cabal de los requisitos establecidos a propósito por el ordenamiento": *ibíd.*, p. 34.

<sup>3</sup> "Entre los tantos modos de constitución, regulación o extinción de las relaciones patrimoniales (en especial, entre los modos de adquisición del derecho o de asunción de la obligación) el contrato se destaca por el papel que por su medio desempeña la voluntad: las partes contratantes se ponen de acuerdo para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial. El efecto jurídico constitutivo o regulador o extintivo de la relación es aquí producto de la voluntad de las partes": JACQUES GHESTIN. *Les obligations, Le contrat*, Paris, 1980, pp. 182 y 183.

<sup>4</sup> Este artículo, que consagra el principio del derecho conocido como *pacta sunt servanda*, dentro del cual se enmarca el postulado del derecho necesario para el desarrollo de la seguridad jurídica que requiere el tráfico de bienes y servicios, y por contera, el desarrollo de los pueblos, se encuentra igualmente contemplado en los artículos 1134 del *Code civil* francés y 1372 del *codice civile* italiano, entre otros.

<sup>5</sup> El artículo 1546 C.Co. colombiano dice: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento con indemnización de perjuicios".

<sup>6</sup> Pertinente es traer a colación lo que señala HINESTROSA al decir: "En un principio, la regla general fue la de que el deudor responde y, por lo mismo, la obligación no se extingue sino se perpetúa, si la imposibilidad le es imputable, es decir, si fue causante de ella, primero sólo por un *factum* suyo (*debitoris*) y luego también por omisión (cfr. D. 45,1,91 pr. y 3). De manera que si la imposibilidad deriva de un factor ajeno al deudor, la obligación se extingue": FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 760.

<sup>7</sup> El inciso segundo del artículo 1604 C.C. colombiano dice: "El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa".

incumple debido a un caso fortuito, a una fuerza mayor o a un acto de un tercero que no sobrevienen por su culpa, se entiende que no está llamado a responder.

Sin embargo, estos son casos en los que por razones de índole eminentemente objetiva se entiende que el deudor queda liberado de su prestación. Empero, hay otro tipo de eventos que se pueden presentar con posterioridad a la celebración del acuerdo y en donde, en tratándose de contratos que no se consideran como de *ejecución instantánea*, si bien no se hace imposible objetivamente el cumplimiento de la prestación, esta se torna tan excesivamente gravosa para uno de los contratantes que puede llegar a ser considerada como de suma dificultad o de *imposible* cumplimiento.

Surge entonces la pregunta de si el deudor debe estar atado en todo caso al tenor original del contrato, o si por el contrario, bajo ciertos supuestos, puede solicitar la revisión judicial de los términos contractuales a efectos de lograr una atenuación o exoneración de su débito<sup>8</sup>, según corresponda.

En efecto, en los contratos conmutativos, esto es, aquellos en que las prestaciones de las partes se pueden mirar como equivalentes<sup>9</sup>, se ha entendido que existe un equilibrio económico implícito en el contrato<sup>10</sup> que mantiene la reciprocidad de las prestaciones de las partes que intervinieron en el negocio, con el fin de verse mutuamente beneficiadas con la realización de la correlativa prestación de la contraparte.

Es justamente en esta categoría contractual en donde, al prevalecer una atmósfera de reciprocidad de las prestaciones, se discute si se podría llegar a solicitar la revisión judicial del contrato o en su defecto la resolución del mismo en el evento en que, en virtud de un cambio imprevisible de las circunstancias de hecho existentes al momento de la celebración del contrato, la prestación se haga excesivamente onerosa para una de las partes de la relación negocial. En efecto, de acuerdo con la cláusula *rebus sic stantibus* las partes entienden que deben cumplir las prestaciones

<sup>8</sup> Es interesante observar cómo en el derecho comparado diversas fórmulas han sido ideadas para examinar cuándo un cambio en las circunstancias puede llegar a eximir al deudor de su obligación. Por ejemplo, en el derecho italiano existe la figura de la "*presupposizione*" o de la presuposición, en virtud de la cual el juez puede liberar al deudor de su prestación si considera que ha desaparecido el presupuesto mismo del contrato, como en el caso de quien compra un terreno para edificar y posteriormente el terreno deja de ser edificable. Esta figura viene del derecho alemán que la creó basándose en una "voluntad implícita de las partes", en virtud de la cual se consideró que el contrato mismo había sido condicionado por ellas a unos determinados presupuestos.

<sup>9</sup> Al hablar de los contratos conmutativos se señala: "Se llaman también *Synallagmaticos* (palabra griega), lo que quiere decir que las obligaciones de las partes son recíprocas": VÍCTOR LOWENWARTER. *Derecho civil alemán comparado*, Santiago, Nascimento, 1943, p. 172.

<sup>10</sup> Cabe señalar que "en realidad, un contrato es *conmutativo* cuando reúne tres condiciones, a saber: a) que sea *oneroso* o *útil* para todas las partes que en él intervienen; b) que no sea aleatorio, es decir, que dicha utilidad pueda ser apreciada desde el momento mismo de la celebración del acto, y c) que produzca prestaciones que 'se miran como equivalentes' entre sí, o sea, que determinen un cierto equilibrio en la economía del contrato": GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 5.ª ed., Bogotá, Temis, 1998, p. 63.

en su totalidad, de acuerdo con el contenido literal del contrato, siempre que se mantengan las condiciones que existían al momento de su celebración.

Así las cosas, de acuerdo con la teoría de la imprevisión, "en algunos casos dados se hace indispensable atribuir una cierta importancia, tanto a la finalidad del negocio como a las particularidades decisivas para su logro. Sea en la hipótesis del error en las representaciones de las circunstancias básicas del pacto al tiempo de su perfeccionamiento, o en la de su alteración esencial acaecida posteriormente"<sup>11</sup>.

La aplicación de esta solución, bien bajo el nombre de cláusula *rebus sic stantibus*, bien bajo el nombre de teoría de la imprevisión, no ha sido un tema pacífico en la evolución del derecho, en particular, al interior del derecho privado en los sistemas de derecho romano germánico. No obstante, lo cierto es que actualmente las circunstancias de hecho que gobiernan el tráfico económico son en exceso volátiles, y que la rapidez con que se realiza el intercambio de bienes y servicios hace necesario reconocer que puede haber escenarios en los cuales durante la ejecución del contrato se altere gravemente la situación de hecho existente al momento de su celebración, ello como fruto de circunstancias imprevisibles que rompan totalmente la finalidad y las expectativas de las partes en relación con el negocio originalmente celebrado. ¿Debe el ordenamiento tutelar esta situación en el entorno del derecho comercial contemporáneo? ¿Podría eventualmente el juez desempeñar un papel para la corrección de dicha situación? ¿Cuál sería el fundamento y el alcance de dicha intervención? Siendo que en nuestro ordenamiento mercantil se encuentra expresamente consagrada la teoría de la imprevisión en el artículo 868 C.Co., el presente documento estudia los aspectos centrales de la teoría, y en particular analiza el tratamiento y el alcance que dicha institución ha recibido por parte de la jurisdicción civil en Colombia, todo con el ánimo de revisar los presupuestos de aplicabilidad de la misma a nivel local, así como la extensión del eventual poder corrector del juez o árbitro para equilibrar el contrato excesivamente alterado por las circunstancias sobrevenidas.

#### I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CONSAGRACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN<sup>12</sup>

No es el propósito del presente escrito hacer un recuento histórico detallado de la evolución de la teoría de la imprevisión. Sin embargo, es necesario comentar que la posibilidad de modificar o deshacer el vínculo jurídico obligacional fundándose en razones que atiendan al cambio de las circunstancias de hecho presentes al momento de la declaración de la voluntad no encuentra de manera explícita su

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia del 25 de febrero de 1937, cit. en HINESTROSA. "El principio del pacta sunt servanda", cit., p. 37.

<sup>12</sup> Para una muy buena revisión de los antecedentes históricos de la institución cfr. JOSÉ FÉLIX CHAMIE. "Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 14, 2008, pp. 113 y ss.

origen en el derecho romano. En efecto, en el derecho romano existía un sagrado respeto por la palabra dada para obligarse, más aún en los casos en que era necesario acudir a una forma para dotar de fuerza obligacional a los acuerdos celebrados, como sucedía en la *stipulatio*<sup>13</sup>. Siendo así las cosas, puede decirse que en el derecho romano rigió el mismo principio que impera actualmente en el artículo 1602 C.C. colombiano<sup>14</sup>, esto es, el *pacta sunt servanda*.

A pesar del expreso respaldo que se dio al principio del *pacta sunt servanda* en el derecho romano, para algunos juristas que estudiaron el punto, como Lenel<sup>15</sup>, era posible llegar a establecer en qué casos una de las partes podía eximirse de cumplir con su prestación en el evento en que las obligaciones emanadas del contrato resultaran demasiado gravosas, producto de la alteración imprevisible de las circunstancias<sup>16</sup>. Ello era posible, en particular, en los negocios que en Roma se conocieron como de *buena fe*<sup>17</sup>.

Al margen de lo anterior, podría decirse que el verdadero origen de la teoría de la imprevisión suele identificarse en la edad media con la aplicación que de la misma empezaron a realizar los canonistas en los tribunales eclesiásticos, toda vez que, bajo el supuesto de condenar cualquier enriquecimiento *immerecido* de uno de los contratantes a costa del otro, defendieron que tal circunstancia debía ser tomada en cuenta no solo al momento de la celebración del contrato, sino aun en los casos en los que dicho enriquecimiento, a todas luces contrario a la moral cristiana, se produjera con posterioridad, fruto de las variaciones de las circunstancias de hecho<sup>18</sup>, por cuanto en ambos casos ello podía ser considerado como *usura*<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> "La *stipulatio*, nervio y puntal de la doctrina clásica de la *obligatio*, se celebra *verbis*, es decir mediante una pregunta del acreedor y una respuesta congruente del deudor": JUAN IGLESIAS-REDONDO. *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11.ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 1993, p. 391.

<sup>14</sup> En este sentido cfr. LORENZO DE LA MAZA RIVADENEIRA. "De la teoría de la imprevisión", en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Santiago de Chile, publicado en *Gaceta Judicial*, XLVII, n.º 1940, Bogotá, septiembre de 1938, p. 1.

<sup>15</sup> Cfr. LENEL, cit. *ibíd.*, p. 1.

<sup>16</sup> En este sentido, puede decirse que algunos pasajes del Digesto consagraron fórmulas que arrojan algunas luces en torno a lo que pudo ser la configuración, al menos parcial, de la teoría en el derecho romano, pero que de ninguna manera sirven para sostener que efectivamente existió una cláusula implícita en los contratos o una teoría general de la imprevisión en el derecho romano. A este respecto cfr. Digesto 46.3.38 pr. AFRICANO.

<sup>17</sup> "En los *iudicia stricta* –o *stricti iuris*– la misión del juez se reduce a decidir con un sencillo [sí] o [no] sobre la existencia o inexistencia, desde el punto de vista jurídico, de la pretensión del actor, concretada en la *intentio* de la fórmula. En los *iudicia bonae fidei*, por el contrario, el juez puede valorar las particulares circunstancias del caso, teniendo en cuenta todo aquello que es dable exigir entre personas justas y leales [...] Son contratos de buena fe la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, el mandato, el depósito, la fiducia, la prenda, el comodato y los contratos innominados": IGLESIAS-REDONDO. *Ob. cit.*, p. 359.

<sup>18</sup> PLANIOL y RIPERT, buscando dar solución a esta situación, consideraron subentendida en los contratos la cláusula *rebus sic stantibus*, de manera que las partes quedaban obligadas a cumplir con su prestación en tanto se mantuvieran constantes las circunstancias de hecho presentes al momento de la celebración del contrato.

<sup>19</sup> Cfr. MARCEL PLANIOL GEORGES RIPERT. *Tratado práctico de derecho civil francés*, VI, *Las obligaciones, Primera parte*, La Habana, Ediciones Cultural, 1936, pp. 551 y 552.

Ya en los siglos XVII y XVIII grandes internacionalistas hicieron importantes aportes en esta materia que sirvieron para avanzar hacia la precisión conceptual de las características de la teoría<sup>20</sup>. Fruto de la gran acogida que entre los autores de la época tuvo la teoría de la imprevisión, se empezó a gestar un rechazo de la misma fundado en los abusos que con una errónea o exagerada interpretación de sus términos y alcances se podrían llegar a cometer<sup>21</sup>. No obstante ello, algunos códigos a partir del siglo XVIII consagraron cláusulas que hacían un reconocimiento del fenómeno que ahora se estudia, como es el caso del Código Civil bávaro<sup>22</sup> de 1750 o el Código Civil prusiano de 1794.

Posteriormente, en el siglo XIX la teoría de la imprevisión comienza a ser dejada a un lado, como consecuencia del auge de la teoría de la autonomía de la voluntad, principalmente en Francia. Por lo general y de antaño, la Corte de Casación francesa ha rechazado la posibilidad de la aplicación de la teoría, a diferencia de lo que ha sucedido con el Consejo de Estado francés<sup>23</sup>. En efecto, el 6 de marzo

<sup>20</sup> COCCIO afirmó que "todo aquello que puede tratarse en el derecho, se dice pues que una cosa permanece misma cuando está en el mismo estado en que se encontraba al principio y en las mismas circunstancias"; y consideró que la cláusula era operante en toda suerte de actos jurídicos; no obstante, ello no significaba que la cláusula estuviera sobreentendida en los contratos, sino que, por el contrario, se aplicaba sólo si así estaba expresamente previsto en la ley: cfr. TERRAZA MATOREL. Ob. cit., p. 81. De otro lado, HUGO GROCIO señala que "no es menester atenerse a la letra de los negocios, si el seguirla fuera según el concepto preferible, demasiado gravoso e insoportable, y afirma que el prestamista puede solicitar antes de tiempo la restitución de la cosa prestada si le sobreviene una urgente e imprevista necesidad, y el que promete la ejecución de una obra es librado de su promesa si queda imposibilitado de cumplirla por grave enfermedad del padre o de su hijo": ibíd., p. 80. Igualmente, DE LEYSER pone de presente la necesidad de examinar que no se trata de cualquier tipo de modificación en las circunstancias vigentes al momento de la celebración del negocio la que conlleva a la aplicación de la teoría, sino que para que la misma proceda debe tratarse de una alteración de la causa misma del consentimiento, y adicionalmente este autor precisa la importancia de que el hecho posterior haya sido imprevisto y que no haya debido preverlo. A este respecto cfr. DE LA MAZA RIVADENEIRA. Ob. cit., p. 3, y TERRAZA MATOREL. Ob. cit., p. 81.

<sup>21</sup> WEBER resalta esta posibilidad, destacando que con su aplicación se podría llegar a afectar la seguridad del tráfico jurídico, y señala como imperativo para que resulte extraordinariamente procedente su aplicación que "es necesario que el cambio sobrevenido modifique una circunstancia tan esencialmente requerida por la naturaleza del contrato, o por la expresa convención de las partes, que sin ella el contrato venga a menos; las otras circunstancias que requieran uno u otro de los contratantes son irrelevantes": ibíd., p. 83.

<sup>22</sup> El Codex Maximilianeus de 1756, en su artículo XII del título VI, capítulo 15, señala en su parte 3 que cuando "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 1. que el cambio no sea originado por mora o culpa *aut facto debitoris*; 2. que no sea fácil de prever; 3. 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": cit. ibíd., p. 84.

<sup>23</sup> De esta forma se explica por qué el 9 de enero de 1856 la Corte de Casación en su Sala Civil rechazó "la pretensión de los agentes de sustitución, que exigían la rescisión de contratos de seguro contra los riesgos del sorteo militar que habían celebrado, so pretexto de que en vista de la campaña de Crimea, la Ley de 113 de abril de 1854 había elevado

de 1876 se dictó la reconocida sentencia del Canal de Crapone<sup>24</sup> en la cual la referida Corte no reconoció la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión<sup>25</sup>.

Vale entonces la pena resaltar un pronunciamiento que sin duda constituyó un gran hito dentro de lo que ha sido la aplicación de la teoría en comento en Francia<sup>26</sup>, esto es, el pronunciamiento del Consejo de Estado de marzo de 1916 conocido como el caso Gas de Burdeos<sup>27</sup>. En aquella oportunidad el Consejo de Estado precisó, dándole cabida a la aplicación de la teoría de la imprevisión en el derecho administrativo:

... cuando ocurren acontecimientos que perturban profundamente la economía del contrato, que ponen a los concesionarios en la imposibilidad de ejecutar su obligación en las condiciones previamente estipuladas, es preciso hacer frente a esa situación nueva, que las partes no pudieron prever; es preciso enfrentársele mientras ella subsista; las necesidades del servicio público lo exigen [...] [L]a autoridad exigiría del concesionario que continuara prestando el servicio conforme al contrato, pero lo ayudaría sea indemnizándolo o reduciéndole la carga de sus obligaciones, a soportar el excedente de

la cifra de los sorteados fijada el año anterior, haciendo al mismo tiempo más onerosa la obligación de encontrar sustitutos": JULLIEN BONNECASE. *Tratado elemental de derecho civil*, Editorial Harla, p. 839.

<sup>24</sup> Sobre este asunto cfr. JEANET BARBOSA VERANO y AIEL IGNACIO NEYVA MORALES. *La teoría de la imprevisión en el derecho civil colombiano*, Bogotá, Jurídica Radar, 1992, pp. 17 y 18.

<sup>25</sup> En esta oportunidad se solicitó el aumento de una renta fija que había sido establecida el 22 de junio de 1867, en virtud de la cual el dueño del canal recibía una contraprestación económica por concepto del uso del agua de dicho canal que los demás vecinos hacían. En aquella ocasión, el Tribunal de Aix denegó la pretensión del que demandó el aumento del canon establecido en el contrato. La Corte, fundándose en el artículo 1134 del *Code civil*, señaló que la petición no era procedente "considerando que la regla general que consagra es general y absoluta, y que rige los contratos cuya ejecución se extiende a épocas sucesivas, como a los de cualquiera otra especie; que en ningún caso corresponde a los tribunales, por equitativa que parezca su resolución, tomar en consideración el tiempo y las circunstancias, para modificar lo convenido por las partes y sustituir, por nuevas cláusulas, las que han sido libremente pactadas por los contratantes": BONNECASE. *Ob. cit.*, p. 840.

<sup>26</sup> Con ocasión de los trastornos económicos generados a partir del advenimiento de la Primera Guerra Mundial, se expidió en Francia la Ley Falliot del 21 de febrero de 1918, mediante la cual se autorizaba a los tribunales para decretar en ciertos casos la resolución del contrato, o en otros la suspensión o revisión del mismo, reconociendo una indemnización de perjuicios para el perjudicado, en aras de favorecer la equidad y de extinguir situaciones insostenibles. Cfr. en este sentido PLANIOL y RIPERT. *Ob. cit.*, p. 555. Otra oportunidad en que los ordenamientos hicieron un claro reconocimiento de la variación extrema de los hechos tenidos en cuenta al momento de celebrar el contrato, con ocasión del advenimiento de la guerra, la constituyó el decreto del 27 de mayo de 1915 expedido en Italia, con el cual se "vino a declarar como fuerza mayor la guerra, no sólo en los casos en que hiciera imposible el cumplimiento de la obligación, sino aun en los casos en que lo hiciera más oneroso": LOWENWARTER. *Ob. cit.*

<sup>27</sup> En dicha oportunidad la Compañía de Gas de esa región de Francia, que había celebrado un contrato con el municipio para la prestación del servicio de alumbrado, cuyo precio fue establecido con base en el valor del carbón al momento de la celebración del acuerdo, solicitó la revisión del mismo con fundamento en el aumento intempestivo y exagerado del precio del carbón debido principalmente a la ocupación de la rivera carbonífera francesa por parte de los alemanes.

esas cargas en cuanto ellas sobrepasen el máximo de las dificultades o el máximo de la amplitud de las variaciones económicas que pudieron preverse cuando se contrató [...]. [Siendo] que por la acumulación de las circunstancias indicadas la economía del contrato se encuentra totalmente trastornada; que la compañía tiene, pues, fundamento para sostener que no debe ser obligada, en las mismas condiciones previstas en su origen, al funcionamiento del servicio, mientras dure la situación anormal antes anotada<sup>28</sup>.

Cabe hacer énfasis en que esta posición no fue de recibo por parte de la Corte de Casación del mismo país<sup>29</sup>. En efecto, ya desde la sentencia del 6 de junio de 1921 por la que se decidió el problema surgido por el cambio de valor del ganado con ocasión de la guerra, se desconoció la aplicación de la teoría estudiada, al considerar que al celebrar el contrato las partes habían establecido para sí mismas una ley, norma a cuyo cumplimiento no era posible faltar con el argumento de que sus previsiones no habían sido exactas o suficientes<sup>30</sup>.

Así las cosas, si bien los primeros reconocimientos jurisprudenciales de la teoría de la imprevisión se dieron en el marco del derecho administrativo, cada vez con más frecuencia los códigos de derecho privado<sup>31</sup> han venido consagrando una fórmula que permita la revisión o la resolución del contrato cuando circunstancias imprevisibles modifiquen de manera grave las circunstancias haciendo excesivamente gravoso el cumplimiento de la prestación a cargo de una de las partes, sucediendo lo propio en el Código de Comercio colombiano. Tal circunstancia pone de presente la necesidad de estudiar su fundamento y las implicaciones de su consagración e implementación en el derecho privado, y en particular en el derecho comercial colombiano, a partir de la consagración normativa de la teoría en el artículo 868 C.Co.

## II. EL CONTRATO COMO INSTRUMENTO ECONÓMICO Y COMO FENÓMENO SOCIAL: AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO

El contrato, en tanto acuerdo de voluntades, ha sido una expresión de cooperación entre los seres humanos en ejecución de la potestad de autorregular sus propios intereses en armonía con los ajenos. Es decir, el contrato, más que un fin en sí

<sup>28</sup> Consejo de Estado francés, cit. por CARLOS PAREJA. *Curso de derecho administrativo*, 1, Bogotá, El Escolar, 1939, p. 470, cit. por BARBOSA VERANO y NEYVA MORALES. Ob. cit., p. 29.

<sup>29</sup> "En Francia, mientras que la justicia administrativa admite la revisión de los precios en las concesiones de larga duración, los jueces civiles, en cambio, se han negado sistemáticamente a permitir la revisión o resolución del contrato con motivo de la alteración de las circunstancias. La Corte de Casación ha dicho en varios fallos que 'no es permitido a los jueces modificar, so pretexto de equidad o por algún otro motivo, una convención lícita y libremente concluida por las partes'. No obstante la doctrina en forma casi unánime sostiene la necesidad de permitir la revisión o resolución del contrato": ARTURO VALENCIA ZEA. *Derecho civil de las obligaciones*, Bogotá, Temis, 1998, p. 389.

<sup>30</sup> Para ampliar sobre este caso cfr. BONNECASE. Ob. cit., p. 840.

<sup>31</sup> En este sentido cfr. también los artículos 1198 C.C. argentino reformado por la Ley 17.771, 80 C.C. cubano, 437 C.C. portugués y 477 C.C. brasileño.

mismo, es un medio, un instrumento, o si se quiere un camino para alcanzar el fin perseguido con su celebración, pues siempre que libre y conscientemente se lleva a cabo una convención, se busca la satisfacción de una necesidad mediante la cooperación ajena. Así, se ha dicho que el contrato, en atención a su papel al interior de la sociedad, debe ser un instrumento justo si se quiere una sociedad justa<sup>32</sup>. Pero, ¿qué es lo justo en este contexto particular? ¿Acaso no es lo más justo el cumplimiento de lo celebrado por las partes con uso de su plena autonomía y conciencia de conformidad con el tenor literal del título obligacional?<sup>33</sup>.

De antaño se ha considerado que la autonomía de la voluntad encuentra uno de sus límites en el orden público y las buenas costumbres. El concepto de orden público está directamente ligado con aquello que los particulares no pueden modificar mediante acuerdo de voluntades por expresa disposición legal, fórmula esta que vela por la protección del interés general. Ya en el plano que nos ocupa, podría entenderse que ese mismo concepto de orden público se entrelaza con el *pacta sunt servanda* haciendo que el ordenamiento dote de seguridad jurídica, pleno respaldo y coacción al acuerdo convenido. Es decir, si bien, en tanto límite, el orden público impide a los particulares la realización de ciertas conductas, en virtud de la protección de la seguridad jurídica, dicho orden público, quizá en una acepción mucho más genérica, impide a las partes desligarse —así sea parcialmente— de su obligación contractual. Sin embargo, ese orden público, ¿qué tanto puede extender sus efectos en el espectro dispositivo de las partes una vez el contrato está en curso para amparar situaciones que en ocasiones puedan implicar una grave inequidad?

Si bien con fundamento en el orden público y, más aún, en la seguridad jurídica, puede avalarse la necesaria confianza que debe existir en la certeza, precisión y coacción de las relaciones jurídicas, lo cierto es que dicha pretensión encuentra su fundamento mismo en la protección del interés general o, si se quiere, del bien común, el mismo que se ve gravemente afectado cuando, con el provecho de los intereses de unos pocos, en contra de los dictámenes generales de la equidad, de la buena fe y sobre todo del provecho equitativo que está llamado a obtener con ocasión de las relaciones contractuales conmutativas, se da prioridad al tenor literal de lo contraído inicialmente por las partes, por sobre la realidad bien distinta del contrato en ejecución cuando este ha cambiado por circunstancias imprevisibles para los contratantes.

Es bien sabido que el contrato juega un papel como instrumento económico, pero también como fenómeno social. Al respecto, vale recordar “[d]ictados políti-

<sup>32</sup> JORGE MOSSET. *Interpretación económica de los contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 14.

<sup>33</sup> Gran parte de la doctrina sostiene la tesis de LARROUMET en torno a los peligros de la aplicación de la teoría, tesis según la cual “el contrato ya no sería un producto de las voluntades de las partes, si lo pudiera modificar el juez en cada crisis económica. Habría inestabilidad de las relaciones contractuales, mientras que hacer prevalecer la voluntad evidentemente es hacer prevalecer la estabilidad”: CHRISTIAN LARROUMET. *Teoría general del contrato*, I, Bogotá, Temis, 1999, p. 333.

cos que señalan terminantemente la primacía del interés social sobre el individual y procuran enrumbar la actividad privada del modo que sea más conveniente para la comunidad entera, como se la considere en el momento y según las circunstancias más útil socialmente"<sup>34</sup>. Es decir, no puede entenderse la noción de orden público como totalmente estática, menos si se atiende al orden público económico; todo lo contrario, es dinámica y está directamente vinculada con el interés general, razón por la cual cambia con el paso del tiempo y la variación de los criterios o valores de los pueblos.

Ya en su espectro social, resulta indispensable que las prestaciones se cumplan de acuerdo a lo pactado, pero aparece extraño respecto de la figura misma pensar que ello deba ser así cuando la prestación que ha sido diferida en el tiempo ha sufrido una variación imprevisible que la hace excesivamente onerosa para una de las partes. En este sentido vale precisar que no parece existir un claro enfrentamiento entre los principios *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*. De tal forma, se ha dicho:

... la regla que manda obedecer a la palabra dada —*pacta sunt servanda*— no entra en conflicto con la que dispone el cumplimiento de lo acordado siempre que las circunstancias se mantengan inalteradas —*rebus sic stantibus*—. Muy por el contrario, uno y otro principio se armonizan si se concluye sosteniendo que la palabra empeñada debe ser cumplida en tanto y en cuanto no haya una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta y, como consecuencia de ello, de los efectos previstos<sup>35</sup>.

Y en relación expresa con la teoría de la imprevisión y la excesiva onerosidad sobrevenida se ha indicado que "la naturaleza de la autonomía de la voluntad no se extingue, sino que [a través de la imprevisión y de la revisión por excesiva onerosidad sobrevenida] se le asigna una función interpretativa constructiva al contenido de dicha voluntad"<sup>36</sup>.

La justicia contractual, sin duda, tiene un papel fundamental en este punto, es decir, es ella la llamada a fundamentar la acción que permita corregir las inequidades sobre las que se pretenda exigir el cumplimiento ciego y casi abusivo del derecho. Así,

La justicia contractual requiere que el respeto del principio *pacta sunt servanda* sea compatibilizado con el mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones —como presuposición o base del negocio jurídico—, en los casos en los que el curso natural y

<sup>34</sup> FERNANDO HINESTROSA. "Función, límites y cargas de la autonomía privada", en *Estudios de derecho privado*, Homenaje al Externado en su Centenario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 23.

<sup>35</sup> MOSSET. Ob. cit., p. 287.

<sup>36</sup> "Teoria da imprevisão", *Revista Jurídica*, vol. XVII/167, FND-UB, Rio de Janeiro, Brasil, cit. por MÁRCIO KLANG. "A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos", Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, cita transcrita de GUILLERMO FEDERICO CAMPBELL GARGIULO. "La imprevisión y la excesiva onerosidad sobrevenida en el Brasil", disponible en: [<http://hechosdelajusticia.org/>], consultado en enero de 2006.

ordinario de las cosas sale de su cauce, a veces en un tipo contractual, a veces en todos los contratos; en oportunidades como sostenida constante de una época –lo imprevisible de ayer llega a ser hasta lo previsible de hoy–; otras como explosión de un momento, como efecto de una causa temporal<sup>37</sup>.

Siendo así las cosas, esa función social del contrato, lo mismo que esa noción dinámica de los conceptos de *pacta sunt servanda* y orden público, deben servir de fundamento para permitir la aplicación de la revisión del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida en desarrollo de la justicia contractual en los eventos en que circunstancias imprevisibles han alterado excesivamente el equilibrio contractual.

### III. EL AJUSTE DEL CONTRATO SEGÚN LA BUENA FE Y LA EQUIDAD: JUSTICIA CONTRACTUAL

La justicia, la equidad, la buena fe, la igualdad y la solidaridad son, entre otros, postulados que inspiran y orientan el ordenamiento jurídico y que están llamados a tener un mayor papel al interior de un Estado social de derecho. De esta forma, todos estos principios o pautas generales del ordenamiento están llamados a converger en cada una de las normas que regulan las diferentes relaciones jurídicas y la interpretación que de ellas se realiza, lo que sirve para dotar de legitimidad real a su consagración y, aún más, a su aplicación<sup>38</sup>.

La justicia es quizá el más importante de los principios y el que con mayor sigilo ha de guiar el derecho de los pueblos. Sin pretender definirla<sup>39</sup>, podemos decir que se ha entendido por justicia el dar a cada quien lo suyo, a cada quien según corresponda, a cada quien según la ley, a cada quien según lo dictamine la igualdad, entre otras. De esta forma, la mayoría de veces la equidad ha sido vista como un sinónimo de justicia<sup>40</sup> o como un corolario del desarrollo de la misma, señalando que si bien de manera general tiende a ser identificada con ella, en una acepción más precisa implicaría "la solución justa de un caso determinado. Una

<sup>37</sup> ATILIO ANÍBAL ALTERINI. *Teoría de la imprevisión y cláusula de hardship*, disponible en: [www.alterini.org/tonline/to\_aaa10.htm], consultado en enero de 2006.

<sup>38</sup> La Corte Suprema de Justicia señaló en sentencia del 23 de julio de 1958: "El ordenamiento jurídico no está constituido por una suma mecánica de textos legales. No es, como muchos pudieran creerlo, una masa amorfa de leyes. Todo orden jurídico está integrado por ciertos principios generales, muchos de ellos no enunciados concretamente por el Código Civil, pero de los cuales sin duda, se han hecho aplicaciones concretas a casos singulares".

<sup>39</sup> "Aquello que es la justicia, aún menos que lo que es la idea de derecho, es imposible expresarlo en una definición exacta y concluyente. La justicia es un concepto fundamental completamente irreductible de la ética, de la filosofía social y del derecho, así como de la vida política, social, religiosa y jurídica. Según la concepción teológica filosófica, la justicia se determina como la segunda de las cuatro virtudes cardinales: prudencia, justicia, entereza, mesura": ARTHUR KAUFMANN. *Filosofía del derecho*, Luis Villar Borda (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 291.

<sup>40</sup> Entre otros autores que ven a la equidad como sinónimo de la justicia cfr. VALENCIA ZEA. Ob. cit., p. 132.

solución equitativa es la que parece adecuada o correcta en unas circunstancias determinadas, como algo que corresponde a la justicia natural<sup>41</sup>.

La equidad ha recibido una consagración normativa en Colombia. De esta forma, el artículo 230 de la Constitución Política de 1991 la ubicó como uno de los criterios auxiliares de interpretación del poder judicial en Colombia al señalar: "Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, son criterios auxiliares de interpretación de la actividad judicial". Adicionalmente, de antaño, la equidad ha recibido un trato semejante dentro del ordenamiento civil, dándole relevancia como criterio de interpretación en la solución de casos para los que no haya norma que resulte aplicable directamente<sup>42</sup>. Desarrollos notorios de tal consagración pueden verse en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 que prevé: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho"; o bien, a través del artículo 32 C.C., dentro del capítulo cuarto que se ocupa de las reglas de interpretación de la ley, que consagra: "En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

Tales consagraciones demuestran que el ordenamiento ha tenido presente la concepción de la equidad como postulado que vela por la guarda de la justicia en los casos en que la ley sea oscura o, de algún modo, no pueda ser directamente aplicada al caso concreto. Sin embargo, es de anotar que la función de la equidad no se limita a llenar los vacíos de la ley. Ello no puede ser así, toda vez que como principio de estirpe general y abstracto, en los términos antes esbozados, debe verse plasmada en el trasfondo de cada una de las consagraciones normativas del ordenamiento, imponiendo, con mayor dureza en algunos casos, su lógica de proporcionalidad para que la solución de los conflictos en derecho permanezca siempre en el sendero de la legitimidad de la fórmula del bien común, a cuyo tenor debe estar dispuesta la providencia judicial en consonancia con las exigencias propias de un Estado social de derecho<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> JORGE MOSSET. *Interpretación económica de los contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 36.

<sup>42</sup> Esta orientación no discrepa mucho de la contemplada por la Constitución por cuanto con la expresión *criterios auxiliares* se ha buscado "despojarlos de cualquier posibilidad de servir como fuentes directas y principales de las providencias judiciales": Corte Constitucional. Sentencia C-486 del 28 de octubre de 1993.

<sup>43</sup> A modo de ejemplo, es preciso reseñar que esa lógica fue la utilizada por el Consejo de Estado cuando, reconociendo el importante papel que la equidad juega en nuestro ordenamiento, particularmente a través de la disposición constitucional enunciada, señaló: "Se acude a la EQUIDAD, en el caso sub examine, porque ella es parte subjetiva de la justicia legal. [...] Aplicar con todo el rigorismo la jurisprudencia tradicional sobre la prueba del afecto, etc., etc., generaría una injusticia, por ello se enseña que la EQUIDAD permite a quien debe juzgar el caso dejar al lado el texto legal o la jurisprudencia misma, para realizar la solución exigida por la naturaleza de las cosas. Para situaciones como la que se deja analizada vienen bien las palabras de Raffo Magnasco

A pesar de que algunos autores no estén de acuerdo con darle tal alcance a la aplicación de la equidad<sup>44</sup> y menos con su consagración legal, fundados las más de las veces en que dicho concepto se concreta en un parecer individual o una concepción subjetiva del juzgador a la hora de analizar el caso<sup>45</sup>, no es menos cierto que, a nuestro juicio, el juez en la actualidad no es un simple *operador jurídico*, porque no puede entenderse que esté llamado a realizar únicamente procesos subjuntivos para aplicar silogismos con relación a supuestos normativos, sino que debe tener presente *ex ante*, no obstante su sometimiento al orden jurídico positivo, su papel dentro de la sociedad en pro de la materialización de la garantía efectiva de los derechos. El punto entonces es cuál es el alcance de su facultad correctora para anular el desequilibrio con sustento en la equidad.

En efecto, la equidad ha sido considerada por la doctrina como uno de los fundamentos de carácter objetivo que permite dar cabida en el ordenamiento a la teoría de la imprevisión, en tanto que atañe al equilibrio contractual y al mantenimiento de la justicia en el contrato en virtud de la correlatividad prestacional.

Partiendo de dicha consideración, en los contratos en los cuales existe una correlatividad e interdependencia entre las prestaciones de las partes ese equilibrio puede llegar a verse en entredicho como consecuencia de una variedad de factores, uno de los cuales puede ser una excesiva onerosidad de la prestación por razones imprevisibles al momento de la celebración del negocio.

De esta forma, algunos autores han llegado a sostener que "la equivalencia económica de las prestaciones es la base del consentimiento", y por esta vía permite que las partes finalmente decidan contratar. Así, de conformidad con los parámetros antes reseñados, "fundándose en aquel Principio General del Derecho de que sobre el estricto derecho ha de prevalecer la equidad, ya que esta suple las deficiencias de la ley, debiérse volver al espíritu de las partes en el momento de otorgarse la convención, y en consecuencia buscar la proporción"<sup>46</sup>.

Benito, cuando predica: 'Observar estrictamente la ley en algunos casos particulares, es evidentemente contra la igualdad de la justicia y contra el bien común, el cual es el fin propio de la ley. Por lo tanto en estos casos particulares debe considerarse como malo el seguir las palabras de la ley y como bueno que, dejadas de lado estas palabras, se atienda a lo que pide la razón de justicia y la utilidad común' (Nota a la lección decimosexta de los comentarios de Santo Tomás a la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles. Buenos Aires. C. C. C. 1946, pág. 233)": Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 2 de julio de 1992, resaltado fuera de texto.

<sup>44</sup> Una posición en este sentido es la que sostienen autores como ALFREDO COLMO, quien señala: "La equidad no puede ser admitida [...] porque su contenido es demasiado vago. Como todo lo que es subjetivo, resulta de apreciación individual y cambiante. De ahí que dentro de ella pueda haber lo que se quiera": cit. en MOSSET. Ob. cit., p. 43.

<sup>45</sup> Un remedio que se ha formulado frente a esta situación proviene de la aplicación de la llamada "equidad legislativa, de manera que la expresión más auténtica de dicha equidad sea indicada o resulte conocida de la misma ley antes de ser remitida al arbitrio individual del intérprete": TERRAZA MATORELL. Ob. cit., p. 104.

<sup>46</sup> MAURY, cit. por OCTAVIO LOPERA VARGAS. *La teoría de la imprevisión*, Bogotá, Universidad de Antioquia, 1967, pp. 341 y ss.

De otro lado, es importante reconocer que el postulado de buena fe también ha jugado un importante papel para servir de base a una eventual revisión del contrato en virtud de la aplicación de la teoría de la imprevisión. En este sentido puede decirse que no obraría de buena fe el contratante acreedor de una determinada prestación que no obstante ser consciente, o debiendo serlo por su evidencia, de que la economía del contrato se ha roto totalmente (imponiéndole a su contraparte negocial una carga excesivamente onerosa), se empeñe en exigir el cumplimiento a toda costa de la prestación en los términos inicialmente pactados, sin tener para nada en cuenta el desequilibrio producido en la relación como consecuencia de situaciones imprevisibles al momento de la conclusión del negocio. Así, se ha sostenido con relación a este principio que "[e]n el derecho de obligaciones del presente, y no sólo en lo que hace a las derivadas de contrato, o más ampliamente, de negocio jurídico, se resalta el deber de lealtad y corrección, que en ocasiones es deber también de colaboración, que pesa parejamente sobre ambos sujetos de la relación crediticia"<sup>47</sup>.

De esta forma, los principios de buena fe y equidad vienen ahora entrelazados con el espectro propio que le brinda al ordenamiento el *principio de solidaridad*, en virtud del cual las relaciones jurídicas no deben ser ajenas a aquel raciocinio común que indica que el interactuar de los sujetos al interior de la sociedad debe estar guiado no solo por un fin personal, sino también por un reconocimiento de la situación del otro y de los mandatos impuestos por el interés general y el bien común<sup>48</sup>.

Con fundamento en la justicia o la equidad y la función social del derecho, el tema del reequilibrio contractual ha tomado unas nuevas dimensiones. En virtud de ellas, podría llegar a aplicarse la teoría de la imprevisión para corregir una situación *inequitativa*, en virtud de la cual una de las partes sigue atada forzosamente sobre la base del *pacta sunt servanda* a la rigidez de los términos del contrato cuando la correlatividad de la carga prestacional se ha roto por completo.

A nuestro juicio, implica adicionalmente que el contratante "favorecido" con el advenimiento de las consecuencias imprevisibles, en total desmedro de su contraparte contractual, tenga en cuenta que si bien él ostenta en relación con el contrato un derecho subjetivo para la exigencia del cumplimiento de la prestación en los términos pactados, no es menos cierto que ese derecho subjetivo, dentro de la concepción propia del Estado social y en el marco de los dictámenes de la buena fe y la equidad<sup>49</sup>, lleva implícita la necesidad de ejercitarlo conforme a los

<sup>47</sup> HINESTROSA. *Tratado de las Obligaciones*, cit., p. 111.

<sup>48</sup> "Mal pudiera imaginarse, por tanto, la posibilidad de que una figura negocial legalmente disciplinada pudiera juzgarse desprovista de función social relevante o sin correspondencia con el 'principio social' o la utilidad pública, por lo mismo que en tal supuesto la presencia de una función económico-social o práctico-social merecedora de tutela por parte del ordenamiento se encuentra de por sí asegurada por el hecho de su consideración anterior por el ordenamiento": HINESTROSA. "Función, límites y cargas de la autonomía privada", cit., p. 29.

<sup>49</sup> "Por el contrario, se requiere que las normas jurídicas sean interpretadas en una forma dinámica que permita alcanzar los fines por ellas perseguidos. Es entonces cuando los jueces, ante la ausencia de una normatividad legal adecuada, deben apelar a principios

postulados de igualdad material y justicia distributiva que pregona la Constitución, lo que en últimas comportaría aceptar una especie de *función social* de un derecho subjetivo patrimonial<sup>50</sup>.

Diferentes pueden ser las clases de desequilibrios que se pueden presentar. A la luz de los principios que imponen las tendencias del mercado contemporáneo y la globalización, cada vez más se recurre a la celebración de negocios con el fin de obtener un lucro. Así, desde épocas ya bien remotas, el hombre ha buscado a través del acuerdo de voluntades la cooperación de los demás para la satisfacción de las necesidades que por sí mismo no puede atender.

Se pregunta, entonces, si en el caso de desequilibrios sobrevenidos de carácter económico dichos postulados están llamados a servir de fundamento a mecanismos tendientes a lograr la *corrección* o, mejor, *adaptación* del contrato<sup>51</sup>, y en este sentido, ¿quién tendría, además de las partes, el papel de corregir tal desequilibrio?, ¿cuál sería el criterio que este debe utilizar?, ¿qué fórmulas o remedios podría proponer o, eventualmente, imponer?

#### IV. EL CONTRATO MERCANTIL CONTEMPORÁNEO Y LA ALTERACIÓN IMPREVISTA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN COLOMBIA — APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN A NIVEL LOCAL EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Debido a su condición política, social y económica, Colombia es un país en donde las condiciones en que se desarrolla el tráfico jurídico-mercantil pueden cambiar con facilidad. El llamado "riesgo político" en muchos casos determina aumentos en las tasas de interés, variaciones de precios, alteraciones en las tasas de cambio, escasez de ciertos productos o servicios en determinadas zonas del territorio, aumento de tributos y aranceles, que son, entre otras, situaciones que en muchas oportunidades repercuten o influyen de alguna manera en la ejecución de los contratos mercantiles con prestaciones diferidas en el tiempo. Pero, se pregunta, ¿hasta qué punto estas circunstancias pueden ser previsibles?<sup>52</sup>.

generales del derecho, para impedir que se pronuncien fallos que repugnan o chocan contra los conceptos más elementales de justicia": LUIS URIBE RESTREPO. *Las obligaciones pecuniarias frente a la inflación*, Bogotá, Temis, 1984, p. 67.

<sup>50</sup> "Superada esa etapa individualista, hoy el ejercicio de esos derechos se debe armonizar con las necesidades y conveniencias de la comunidad. Así el contrato —y en general el negocio jurídico obligacional—, antes que figura jurídica destinada a la exclusiva búsqueda del lucro personal, es un instrumento legal cuyas finalidades básicas son el intercambio de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades sociales, la circulación de la riqueza y, en una palabra, el progreso económico y el mejoramiento general de la colectividad": LOPERA VARGAS. Ob. cit., p. 344.

<sup>51</sup> Como lo aclara CHAMIE: "El ámbito de la corrección es el de una anomalía genética del contrato [...] el ámbito de la adaptación es el de la modificación del contrato conforme a las nuevas circunstancias de su ejecución, que controla también una situación de ventaja desproporcionada si se pretende el cumplimiento": JOSÉ FÉLIX CHAMIE. "El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 22, 2012, p. 274.

<sup>52</sup> Como ejemplo en relación con dichas circunstancias en nuestro país, la jurisprudencia arbitral ha señalado: "Al respecto el tribunal comienza advirtiendo que ni la inflación ni

Es decir, si ya el sistema económico de libre mercado implica cambio de circunstancias económicas, una realidad como la colombiana pone de presente que este tipo de alteraciones, muchas de ellas imprevisibles según las circunstancias particulares en un determinado momento, se pueden presentar con una mayor frecuencia, y quizá con una mayor intensidad. El derecho en ninguna de sus ramas está llamado a ser ajeno a la realidad<sup>53</sup>; por el contrario, debe tratar siempre de estar lo más cerca de ella posible con el fin de ajustar sus pautas al contexto social en el que le corresponde operar<sup>54</sup>.

Lo cierto es que los redactores del Código de Comercio colombiano de 1971 dieron cabida expresa en los negocios mercantiles a la teoría de la imprevisión. Así, el artículo 868 dispuso: "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 éste pedir su revisión...".

No obstante lo anterior, conviene hacer un recuento de la evolución que ha tenido la teoría en nuestro medio, incluso antes de su consagración legal expresa en el Código de Comercio, para luego analizar las razones de su inclusión en forma expresa en el mismo y, posteriormente, el desarrollo que de dicha previsión normativa se ha hecho por parte de los jueces y árbitros en Colombia.

#### **A. La jurisprudencia sobre imprevisión antes de la consagración legal del artículo 868 c.co.**

Para los fines del estudio conviene hacer algunos comentarios preliminares sobre las posiciones esgrimidas por la Corte Suprema de Justicia respecto de la teoría de la imprevisión antes de la consagración expresa de la misma en el artículo 868 C.Co. actual.

la devaluación del peso, por sí solas, pueden ser consideradas como hechos extraordinarios, imprevistos o imprevisibles. En economías como la colombiana dichos fenómenos son ordinarios y previsibles. Lo que puede tornarlos en extraordinarios e imprevisibles es un comportamiento atípico y sustancialmente diferente del que de ordinario suelen presentar": laudo arbitral del 15 de julio de 2002, partes: Dragados Hidráulicos Limitada y Concesionaria Tibitoc S.A. E.S.P., árbitros: Carlos Darío Barrera Tapias, Sergio Muñoz Laverde y Carlos Alberto Navia Raffo.

<sup>53</sup> Sobre el particular es preciso destacar que la Corte Suprema de Justicia sostuvo en sentencia de la Sala Plena del 25 de febrero de 1937: "La misión del derecho no puede ser concebida sino a base de una libertad y de una actividad continuamente variables, porque actúa plasmado por la vía a la cual informa la cultura económica e histórica en permanente evolución".

<sup>54</sup> "Se discute la razón de ser de la modificación, los presupuestos o requisitos que exige o las consecuencias a que lleva, pero, en términos generales, no se discute que una alteración sobrevenida de las circunstancias debe determinar una modificación del régimen jurídico de la relación contractual y del sistema de organización de intereses estatuidos entre las partes": DÍEZ PICAZO. Ob. cit., p. 872.

A este propósito cabe resaltar que la corporación señaló ya desde los años 1936 y 1937 las características de la teoría y no desconoció su aplicabilidad en el ámbito civil<sup>55</sup>. En efecto, señaló ya entonces: “[s]e basa la teoría de la imprevisión en el hecho de que en algunos casos dados se hace indispensable atribuir una cierta importancia, tanto a la finalidad del negocio como a las particularidades decisivas para su logro”<sup>56</sup>. Sobre ese presupuesto, la Corte en dicha providencia identificó los criterios que a su juicio habían de tenerse en cuenta a efectos de reconocer los requisitos que debe cumplir un determinado hecho o circunstancia para que pueda ser reconocido como presupuesto o *base* del negocio<sup>57</sup>:

1. Que la otra parte contratante haya podido conocer la importancia básica de la circunstancia para la conclusión del contrato. 2. Que fuese únicamente la certidumbre respecto a la existencia, subsistencia o llegada posterior de la circunstancia en cuestión lo que motivase a la parte, que le atribuía valor, a prescindir de pedir a la otra parte su reconocimiento como condición. 3. Y, finalmente, que en el caso de que la seguridad de la circunstancia se hubiese tomado en serio, la otra parte contratante hubiese accedido a esa pretensión, teniendo en cuenta la finalidad del contrato, o hubiese tenido que acceder procediendo de buena fe.

Así las cosas, puede decirse que la Corte buscó elaborar desde aquella época unas pautas que eventualmente sirvieran de guía o marco general de referencia al juez, o en general al intérprete, para establecer cuándo una circunstancia puede tenerse como base del negocio<sup>58</sup>, a efectos de que si la misma se altera por circunstancias externas e imprevisibles, haciendo excesivamente gravosa la prestación a cargo

<sup>55</sup> En efecto, así lo reconoce expresamente la reciente decisión de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, al señalar: “Esta Corte acogió la imprevisión en materia civil, aún ausente de disposición jurídica expresa –aunque suele verse en los artículos 2060 [2] y 1932 *in fine* del Código Civil–, como principio general del derecho”: Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de febrero de 2012, M.P.: William Namén Vargas.

<sup>56</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia del 25 de febrero de 1937.

<sup>57</sup> Jurisprudencia más reciente del Tribunal Superior de Bogotá que se examinará en detalle adelante estableció en relación con este punto que, a su juicio, ya no se debe estar tanto a la base del negocio; en efecto, siguiendo a BETTI, consideró que “[l]a *ratio juris* del remedio a una excesiva onerosidad no se debe buscar ni en una ‘voluntad marginal’, ni en la ‘base del negocio’, ni en el solo elemento causal del negocio, sino más bien en una exigencia de conservar el coste inicial de la prestación, que responde a la exigencia de equidad en la cooperación entre deudor y acreedor en cuanto a la distribución de los riesgos que exceden del alea normal del contrato”: Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Sentencia del 16 de mayo de 2005, M.P.: Rodolfo Arciniegas Cuadros.

<sup>58</sup> “Teoría de la base del negocio: Cuando se celebra un contrato las partes tienen en cuenta aspectos básicos del negocio, por lo que al presentarse un cambio en dichas bases, el acto cae al desaparecer las premisas en que se fundamentaron. Para algunos (OETERMANN), tales bases son subjetivas, entendidas como las circunstancias en las que las partes apoyan la eficacia del contrato. Para otros (LARENZ), son objetivas, dado que se refieren a las circunstancias cuya existencia es objetivamente necesaria para la subsistencia del contrato como estipulación dotada de sentido”: Laudo arbitral del 21 de octubre de 2004, partes: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., árbitros: María Cristina Morales de Barrios, Jorge Suescún Melo y Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

de una de las partes, se pueda solicitar la aplicación de la teoría de la imprevisión para corregir el desequilibrio cuando el contrato aún esté vigente<sup>59</sup>.

Además de lo anterior, dicha corporación, en atención a la función y finalidad del contrato, enfatizó también en que "esta teoría, radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir que se trate de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificulta en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad"<sup>60</sup>. Aclaró igualmente la Corte en dicho pronunciamiento que, "[c]onsistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y desorbitante ante las nuevas circunstancias".

Al margen de las referencias hechas por la Corte a las características de la teoría, dicha corporación precisó que la misma tenía cabida dentro del ordenamiento civil, señalando que "su aplicación en Colombia ya hecha, a lo menos en principio por la Corte, se justifica plenamente a la luz de los artículos 5° y 8° de la Ley 153 de 1887, en los que se proclama la vigencia de la equidad natural y de los principios generales del derecho como fuente actual y permanente del derecho". Es decir, independientemente de su consagración legal expresa, ya se preveía su aplicabilidad en el ordenamiento local con fundamento en la equidad y los principios generales del derecho.

De otro lado, también ya desde los años treinta en nuestro medio se abrió paso la posibilidad de aplicar la teoría en sede arbitral. En este sentido se señaló:

... estas circunstancias [las que hacen procedente la imprevisión] pueden darse no sólo en relación con contratos administrativos, sino también en convenciones pertenecientes al derecho privado. Como hace notar M. Berteley, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de París, citado a este respecto por varios autores: "No hay dos maneras de entender la buena fe: la buena fe civil y la buena fe en derecho administrativo". Ambos derechos reposan en principios idénticos de lealtad y equidad. Siendo así que las consideraciones fundamentales que han dado lugar a la teoría de la imprevisión pueden encontrarse en contratos de derecho público o del derecho privado, no habría razón suficiente para circunscribir la aplicación únicamente al campo del

<sup>59</sup> Como la propia corporación lo sostuvo, "no puede aplicarse sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos, porque entonces el acto jurídico ya no existe, de suerte que por más que pudiera ampliársela no se podría llegar a la revisión del contrato por ministerio de la justicia, puesto que la idea sólo se inspira en la idea del equilibrio contractual": Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia del 22 de julio de 1959, M.P.: Ramiro Araújo Grau.

<sup>60</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de mayo de 1938, M.P.: Arturo Tapias Pilonieta.

derecho administrativo. Sin embargo, el Tribunal ha tomado nota de que la Corte Civil francesa se ha mostrado recia para admitir la teoría de la imprevisión porque teme que podría atentarse así contra la estabilidad contractual y ha optado, más bien, por remitir los casos que se le han presentado a los dominios de las teorías del riesgo o de la fuerza mayor y a los del enriquecimiento sin justa causa o abuso del derecho. Pero, estando ya delimitadas, con bastante precisión, cada una de estas instituciones jurídicas a su campo propio, no habría razones suficientes para no admitir la imprevisión en derecho privado, cuando se cumplieran todos sus requisitos de aplicación<sup>61</sup>.

Así las cosas, puede decirse que la teoría de la imprevisión resultaba aplicable en nuestro medio de acuerdo a los criterios fijados por la jurisprudencia local incluso antes de su consagración legal en el Código de Comercio.

### **B. El desarrollo jurisprudencial de la teoría de la imprevisión a partir de la consagración positiva de la misma en el ordenamiento jurídico**

Si bien la teoría de la imprevisión no puede de ninguna manera entenderse circunscrita a dicho campo, con ocasión del alza excesiva en las tasas de interés ocurrida en Colombia durante último decenio del siglo XX los particulares han venido acudiendo ante la jurisdicción ordinaria<sup>62</sup> con fundamento en la consagración constitucional del derecho a la vivienda digna, la obligación del Estado de establecer sistemas adecuados de financiación y el artículo 868 C.Co., para solicitar la revisión de los contratos de mutuo celebrados con entidades financieras para la financiación de vivienda a largo plazo celebrados durante el mencionado periodo. Conviene analizar entonces algunas decisiones de la jurisdicción civil puesto que, aunque en general no se discute que la teoría tiene cabida en nuestro medio, lo cierto es que con gran dificultad se ha abierto paso el reconocimiento práctico de la misma –en el marco del contrato de mutuo para la financiación de vivienda o fuera de él– por parte de los jueces civiles y árbitros en el caso concreto.

<sup>61</sup> Laudo arbitral del 14 de mayo de 1934, partes: Compañía Colombiana de Seguros *vs.* Toro Hermanos y Cia., árbitros: Rodrigo Mejía, Emilio Ferro y Manuel Casablanca.

<sup>62</sup> Cabe señalar que la Corte Constitucional también ha reconocido la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión en el derecho privado, tal como quedó plasmado en la sentencia C-252 de 1998, M.P.: Carmenza Isaza, al decir: "Es claro que el cambio de la situación económica existente al momento de contratar el mutuo, puede hacer que éste se torne más favorable para una de las partes. Así, un alza general, en las tasas de interés, aparentemente, perjudica al acreedor obligado a respetar el término, porque de no ser así podría colocar su dinero a un interés mayor; y una baja en las tasas de interés, en principio, perjudica al deudor que no puede pagar anticipadamente, consiguiendo otro crédito a un interés menor. Dentro de ciertos límites, estos cambios hacen parte de las contingencias propias de la vida de los negocios. Si el cambio fuere tan grande, y ocasionado, además, por circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, que la obligación a cargo de una de las partes resulte excesivamente onerosa, es claro que ésta podrá invocar la teoría de la imprevisión, a la cual se refiere concretamente el artículo 868 del Código de Comercio. Pero, éste es asunto que debe proponerse ante los jueces competentes y no ante la Corte Constitucional".

Para examinar la evolución de la teoría en la jurisdicción civil luego de la consagración legal en el Código de Comercio, interesantes resultan como punto de partida algunos pronunciamientos del Tribunal Superior de Bogotá sobre las características y alcances de la misma, en particular por cuanto en algún caso el Tribunal ha reconocido la aplicabilidad de la teoría. Un primer pronunciamiento que vale la pena tener presente lo constituye la decisión del 19 de julio de 2004 proferida por el Tribunal con ponencia del magistrado Marco Antonio Álvarez Gómez, providencia esta en la que se analizó una acción entablada con fundamento en el artículo 868 C.Co. mediante la cual se solicitó la revisión de un contrato de mutuo celebrado con una entidad financiera para la adquisición de vivienda a largo plazo. En este caso se indicó que ya no se discute que el principio *pacta sunt servanda* "tiene que ser atemperado cuando circunstancias imprevistas o imprevisibles y, desde luego, sobrevivientes, provocan excesiva onerosidad para una de las partes". En este sentido el Tribunal claramente reconoció también la aplicabilidad de la teoría en relación con los contratos mercantiles, abriéndole paso a la revisión del contrato en virtud de la equidad "para no generar un desequilibrio económico que conduzca a un enriquecimiento injusto de una de las partes".

En relación con las circunstancias que deben modificar las condiciones del contrato, el Tribunal reiteró las señaladas en su oportunidad por la Corte Suprema de Justicia, insistiendo en que no se trata de excusar al contratante que no fue previsible "ni sirve de rodela para quienes se presentan ingenuos a la celebración del mismo". Sin embargo, aclaró que esas circunstancias, valga señalar, las que determinan la imprevisibilidad, son relativas<sup>63</sup>. A este respecto, precisó entonces: "No significa lo anterior que esas circunstancias deban ser imprevisibles o imprevistas en términos absolutos, pues basta que lo sean de manera relativa. De allí que no se exija un evento que califique como fuerza mayor o caso fortuito, de suyo diferente, sino un hecho que para el contratante afectado tenga la virtualidad suficiente de provocar una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la obligación".

Al margen de lo anterior, en aquella oportunidad el Tribunal desestimó la posibilidad efectiva de entrar a revisar el contrato puesto que a su juicio los demandantes "no probaron que, pese a la reliquidación de los créditos que hizo la

<sup>63</sup> "En cuanto a la especificidad y minuciosidad con que deben preverse los eventos generadores de la mayor onerosidad, debe recordarse que cuando el legislador exige anticipar determinados eventos, no requiere que esa representación mental de los mismos sea absolutamente puntual y detallada, sino apenas aproximada o en términos generales. Es así como la doctrina explica –respecto del principio consagrado en el artículo 1616 del Código Civil, según el cual el deudor solo responde de los perjuicios directos previsible derivados del incumplimiento de las obligaciones por él contraídas– que para este efecto no es menester que el obligado haya previsto el daño preciso, pues basta que haya podido prever que iba a producirse un perjuicio por el acto u omisión que le son imputables": PLANIOL y RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*, cit. en el laudo arbitral del 21 de octubre de 2004, partes: Empresa de Energía de Boyacá S.A. ESP vs. Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. ESP, árbitros: María Cristina Morales de Barrios, Jorge Suescún Melo y Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

sociedad demandada en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 546 de 1999, las condiciones económicas del contrato siguieron siendo excesivamente onerosas". Es decir, en tal oportunidad el Tribunal reconoció que el equilibrio del contrato se había roto como consecuencia de las alzas en las tasas de interés, pero consideró que al demandante le asistía la carga de demostrar que dicha circunstancia persistió a pesar del reajuste ordenado por la Ley 546 de 1999 y aplicado al crédito por el banco respectivo, lo cual en el caso particular consideró que no ocurrió. No obstante que el Tribunal no reconoció la procedencia de la teoría por la razón anotada, en dicha oportunidad<sup>64</sup> indicó en todo caso que la variación del crédito antes de la reliquidación era una circunstancia extraordinaria e imprevisible, que además ostentaba el carácter de "hecho notorio"<sup>65</sup>, por lo cual esa alteración de los intereses en la forma en que sucedió en "los años noventa" no requería ser probada dentro del expediente<sup>66</sup>.

De otro lado, el mismo Tribunal de Bogotá también tuvo oportunidad de pronunciarse con posterioridad sobre la teoría de la imprevisión en el escenario mercantil en sentencia del 16 de mayo de 2005. Dicho pronunciamiento resulta de particular interés si se tiene en cuenta que en él se debatieron con mayor profundidad las características de la teoría, y en particular el alcance de la potestad

<sup>64</sup> Adicionalmente, en sentencia del mismo año el Tribunal ordenó a una entidad financiera proceder al pago "del cobro excesivo" de sumas de dinero a un deudor de una entidad financiera que había celebrado contrato de mutuo para la adquisición de vivienda. En este caso, en pronunciamiento cuya claridad resulta cuando menos discutible y en apoyo de jurisprudencia constitucional, se procedió a reconocer y ordenar el resarcimiento de dicho cobro excesivo realizado con ocasión de un pagaré otorgado a una entidad financiera, todo sin que hubiere un estudio de por medio del artículo 868 C.Co.: cfr. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Sentencia del 30 de marzo de 2004, M.P.: Luis Roberto Suárez González.

<sup>65</sup> Señaló el Tribunal a este respecto en la sentencia en comento, citando para el efecto la sentencia de la Corte Constitucional C-955 del 26 de julio de 2000: "Es ahí en donde se advierte una circunstancia extraordinaria e imprevisible para quienes contrajeron obligaciones en esas unidades de cuenta, pues no tenían la posibilidad de anticipar que se presentaría una alteración manifiesta en los intereses que cobraban los intermediarios financieros. Se trata, además, de un hecho notorio, al punto que fue reconocido por la Corte Constitucional en varios de sus fallos, al señalar que 'es un hecho públicamente conocido, que por tanto no necesita prueba especial [...] ni requiere ser sustentado en cifras, el de que las deudas en Upac se hicieron impagables en la generalidad de los casos, en términos tales que se extendió la mora y que la cartera hipotecaria de difícil o imposible cobro creció desmesuradamente, conduciendo a la instauración de incontables procesos ejecutivos, de remates y de daciones de pago, con las naturales consecuencias negativas para la economía y para la estabilidad del crédito. A todo lo cual se agregó la pérdida o disminución del valor de los inmuebles, como una expresión más de la recesión que ha venido afectando al país en los últimos años', lo que obedeció, en parte, a que 'los intereses desbocados, sin control ni medida, rompen el equilibrio mínimo entre las partes y hacen imposible que el deudor cancele la obligación contraída, tal como aconteció con el Upac'".

<sup>66</sup> El carácter de hecho notorio al que se viene haciendo referencia fue señalado por la Corte Constitucional en las sentencias C-383 de 1999 y C-955 de 2000, y reiterado en relación con dichas circunstancias en las sentencias del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, del 30 de marzo de 2004, M.P.: Luis Roberto Suárez González, y del 16 de mayo de 2005, M.P.: Rodolfo Arciniegas Cuadros.

del juez una vez presentes sus requisitos, procediendo finalmente a ordenar la que llamó "modificación del contrato".

En efecto, en dicha oportunidad se estableció en torno a las características de la teoría en nuestro medio:

... la parte que considere que puede prevalecerse de la acción tipificada [...] habrá de probar lo siguiente: 4.1. Un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, del cual se deriven aún prestaciones de futuro cumplimiento. Así mismo, la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores al perfeccionamiento del referido negocio jurídico, que alteren el valor u onerosidad de esa futura o futuras prestaciones, en un grado tal, que resultan excesivamente gravosas o ruinosas para el obligado demandante.

Examinó también el juez de segunda instancia si el artículo 868 C.Co. es aplicable a contratos unilaterales como el comodato y el mutuo. En efecto, el Tribunal consideró que dicha norma "no limita en ese preciso sentido la aplicabilidad de la institución [...] situación que de manera clara puede ser analizada también desde el punto de vista de que la onerosidad de la prestación en la norma referida, no se ha de medir con respecto a ninguna otra, ora existente, ora presunta". Y añadió que, para estos efectos, "[I]a onerosidad en consecuencia ha de ser un *factor objetivo de evaluación* que ha de ser examinado por el fallador".

Quizá el aporte más significativo de la sentencia en examen lo constituye el estudio que presentó sobre el concepto de "excesiva onerosidad" de la prestación a efectos de posibilitar la revisión del contrato. Debe recordarse que de acuerdo con el tenor del artículo 868 C.Co. solo mediando dicho factor procedería la eventual revisión del contrato si se ha alterado gravemente la prestación a cargo de una de las partes. No obstante la claridad de lo anterior, ¿qué debería entenderse exactamente por "excesiva onerosidad" en la práctica? ¿Puede haber un criterio específico y, más aún, objetivo para establecerlo? Pues bien, en dicha oportunidad el Tribunal encontró que el contrato celebrado entre las partes significó, "para el obligado, su ruina contractual, entendida esta última como pérdida total de la capacidad de recuperación de su patrimonio, representada en el mínimo valor que con posterioridad recaudaría con la contraprestación que 'deberá cumplir' la otra parte del contrato"<sup>67</sup>, y en tal medida entendió configurada la excesiva onerosidad sobrevenida que daba lugar a la aplicación de la teoría. Resulta cuando menos cuestionable que el Tribunal haya requerido la presencia de la "ruina contractual del deudor" o la "pérdida total de su patrimonio" para que pueda entenderse aplicable la teoría en el caso concreto. Sin embargo, constituye un pronunciamiento expreso sobre el contenido del concepto de "excesiva onerosidad"<sup>68</sup> respecto del cual la propia norma no fijó un parámetro

<sup>67</sup> Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Sentencia del 16 de mayo de 2005, M.P.: Rodolfo Arciniegas Cuadros.

<sup>68</sup> No resulta claro el límite para establecer cuándo puede entenderse que la situación es "excesivamente" gravosa. No obstante lo anterior, autores como CANDIL han señalado que

para establecerlo, situación que al parecer los propios redactores del Código quisieron dejar a consideración del juez del caso concreto; y ello no obstante que en algún momento se consideró la posibilidad de optar por algún criterio objetivo al indicar, en versiones anteriores de lo que hoy es el artículo 868, que solo procedería la aplicación del reajuste si el "cambio de circunstancias altera de tal modo la relación de valor inicial entre las recíprocas prestaciones que una de ellas *sobrepasa en una mitad más del valor de la otra*"<sup>69</sup>. En todo caso, no debe perderse de vista que al hablar de "ruina contractual de la contraparte" no podría pensarse en situaciones ajenas al contrato mismo pues, como fue aclarado por los propios redactores del Código de Comercio, "[s]i la parte ha sufrido pérdidas o se halla en dificultades económicas, ajenas al contrato mismo, este hecho queda fuera del círculo contractual concreto"<sup>70</sup>.

Subsiguientes pronunciamientos ya en sede de casación de la Corte Suprema de Justicia en Sala Civil han contribuido a aclarar los alcances prácticos de la figura en nuestro medio. En efecto, en una primera sentencia del 7 de octubre de 2009 la corporación se refirió a la aplicabilidad de la teoría a nivel local incluso con anterioridad a la consagración expresa de la misma en el artículo 868. En tal oportunidad expresó:

En sentencia de 20 de mayo de 1936, la Corte señaló como doctrina que las reglas generales del derecho son verdaderos principios y que estos hacen parte del ordenamiento jurídico. [...] De la misma manera y en lo que atañe al principio que recoge la teoría de la imprevisión, se recuerda cómo antes de que ella fuera recogida en el Art. 868 del Código de Comercio, recibió abrigo en la sentencia de 29 de octubre de 1936, donde se evocó el aforismo del Derecho Romano, "*rebus sic stantibus*", o sea que hay que suponer que las partes han entendido mantener el contrato si las circunstancias en que se celebró no cambian [...]. [L]a imprevisión [...] se encamina a darle al juez el poder de modificar la ejecución de un contrato cuando han variado de tal manera las circunstancias que se hace imposible para una de las partes, cumplir lo pactado, sin que sufran una grave lesión en sus intereses<sup>71</sup>.

Posteriormente la Corte Suprema, en reciente sentencia del 21 de febrero de 2012<sup>72</sup>, delinearía, quizá en forma mucho más completa, los rasgos, requisitos y

esa excesiva onerosidad o dificultad extrema se presenta si se produce un desequilibrio en el valor de la prestación superior al 30% para los contratos civiles y al 50% para los mercantiles. Concepto cit. por RAMÓN BADENES GASSET. "La excesiva onerosidad en el cumplimiento de la obligación", en *Estudios de derecho civil, Obligaciones y contratos*, Homenaje a Fernando Hinestrosa, 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 8.

<sup>69</sup> Comité Asesor para la Revisión del Código de Comercio, Acta n.º 39, 12 de marzo de 1969, p. 15, resaltado fuera de texto.

<sup>70</sup> Comité Asesor para la Revisión del Código de Comercio, Acta n.º 40, 14 de marzo de 1969, p. 7.

<sup>71</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de octubre de 2009, M.P.: Edgardo Villamil Portilla. Cfr. también Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de junio de 2006, M.P.: Silvio Fernando Trejos.

<sup>72</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de febrero de 2012, M.P.: William Namén Vargas.

efectos de la teoría en nuestro medio. Al margen del ilustrativo recuento histórico y de la consagración de la institución en otras latitudes<sup>73</sup>, la Corte una vez más reconoce la vigencia de la misma a nivel local "como principio general del derecho"<sup>74</sup>, señalando que la misma "tiende a revisar el contrato para mantener el equilibrio económico de las prestaciones" con el fin de permitir al juez el "reajuste, adecuación, adaptación o reforma equitativa [de la prestación excesivamente onerosa], y de no ser posible con su terminación [del contrato]"<sup>75</sup>. Además de los comentarios realizados en la sentencia sobre los ya conocidos requisitos generales de la imprevisión, llama la atención, de un lado, el análisis hecho de la que llama "asimetría prestacional", y de otro, el del concepto de "riegos" que de presentarse permitirían la revisión del mismo por imprevisión. En efecto, en lo que hace a la primera cuestión, señala la Corte que esta "asimetría" debe tener lugar "después de la celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato", indicando además que,

... para establecer la onerosidad de la prestación de futuro cumplimiento, deba valorarse por completo, pleno e íntegro el contrato y en su conjunto prestacional, tanto más que lo excesivo o el desequilibrio prestacional no deriva de una prestación aislada, sino del complejo tejido contractual, según la prudente, juiciosa o razonable ponderación por el juzgador del marco fáctico de circunstancias concreto y los elementos de convicción, atendiendo [a] la equidad y la justicia<sup>76</sup>.

Así, la Corte ayuda a entender un poco más lo que debe considerarse "excesivo" a este respecto, al decir:

Es indispensable un desequilibrio prestacional cierto, grave, esencial, fundamental, mayúsculo, enorme o significativo, y no cualquiera, a punto de generar excesiva onerosidad transitoria o permanente de la prestación futura, una desproporción grande con su incremento desmesurado o sensible disminución de la contraprestación, ya una pérdida patrimonial, por reducción del activo, ora de la utilidad esperada, bien por aumento del pasivo, suscitada por los acontecimientos sobrevenidos, imprevistos e imprevisibles, con los cuales debe tener una relación indisoluble de causa a efecto<sup>77</sup>.

Es de resaltar que si bien la Corte destaca que debe tratarse entonces de un desequilibrio serio, enorme o mayúsculo, en sí, omite la referencia a la "ruina contractual" del deudor –hecha en ocasión anterior por el Tribunal– como presupuesto que quizá resultaba aparentemente más exigente para la aplicación de la teoría. Además, deja

<sup>73</sup> Para una visión muy completa de la recepción de la teoría en otras jurisdicciones, cfr. CHAMIE. "El principio general de *reductio ad aequitatem*", cit., pp. 219 y ss.

<sup>74</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de febrero de 2012, M.P.: William Namén Vargas, p. 26.

<sup>75</sup> *Ibíd.*, p. 33.

<sup>76</sup> *Ibíd.*, p. 35.

<sup>77</sup> *Ibíd.*, p. 42.

claro la Corte que procedería la excesiva onerosidad tanto en casos de disminución de la prestación –en forma excesiva– como en casos en que la desproporción se presente con el mismo ímpetu en relación con la utilidad esperada.

De otro lado, en punto a complementar lo anterior a efectos de establecer en qué casos procede la revisión del contrato por imprevisión, la Corte ahonda en relación con los llamados “riesgos integrantes” del contrato. En efecto, indica que “la economía del contrato y los riesgos integrantes, son susceptibles de previsión, asunción, distribución, dosificación y negociación por las partes”, señalando que “[c]iertos riesgos están atribuidos por la ley conforme al tipo de contrato, a su estructura y disciplina normativa”, mientras que otros “son negociados en particular por las partes”, por lo cual concluye que “el suceso determinante de la alteración ha de ser ajeno a la esfera o círculo de la parte afectada, y del riesgo asumido por la ley o el contrato”<sup>78</sup>. Es entonces en presencia de aquellos riesgos que las partes no estén llamadas a soportar, por no estar contemplados en sus “aleas normales”, esto es, las que le corresponden por ley, costumbre, equidad o estipulación, que se podría llegar a solicitar la revisión del contrato por haberse tornado excesivamente oneroso para una de las partes del mismo<sup>79</sup>. Por último, aclara la Corte, una vez verificado el desequilibrio, las partes estarán llamadas en primera instancia a “corregir” o “renegociar” el contrato, pues el celebrado “ya no es el mismo”<sup>80</sup>.

Al margen de los avances comentados, de relevancia también resultan los aportes de la jurisprudencia arbitral para delimitar el contenido del concepto de “excesiva onerosidad”<sup>81</sup>. Se ha dicho entonces, por ejemplo, en sede arbitral que se presentará tal situación “cuando se altere gravemente la relación de equivalencia entre las partes”, sin perjuicio de aclarar que dicha situación puede darse incluso cuando, no obstante que no se genera una pérdida como tal para una de las partes, el desequilibrio generado por el hecho sobreviniente se proyecta sobre la ganancia esperada de las partes. En efecto, se dijo en el laudo en comentario que “tal noción [la de excesiva onerosidad] no puede equipararse a pérdida, en el sentido estricto de disminución patrimonial”, no obstante lo cual “es perfectamente sostenible que la excesiva onerosidad se refleje en menores utilidades de las esperadas, atendidas las circunstancias especiales de cada evento, examinadas a la luz de las bases del

<sup>78</sup> *Ibíd.*, pp. 40 y 41.

<sup>79</sup> *Ibíd.*, p. 42.

<sup>80</sup> *Ibíd.*, p. 47.

<sup>81</sup> “[E]xistiría excesiva onerosidad en el evento de que las circunstancias imprevistas, posteriores a la celebración del contrato, generen una drástica perturbación de carácter económico en relación con las estipulaciones acordadas en el momento de dicha celebración, con lo cual el cumplimiento de tales estipulaciones resultaría totalmente injusto para una de las partes contratantes. Con todo, esa injusticia debe revestir tal gravedad que las partes, de haber conocido la existencia del hecho sobreviniente, no habrían contratado o lo habrían hecho en forma diferente”: laudo arbitral del 21 de octubre de 2004, partes: Empresa de Energía de Boyacá S.A. *ESP vs.* Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. *ESP*, árbitros: María Cristina Morales de Barrios, Jorge Suescún Melo y Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

negocio respectivo<sup>82</sup>. Así las cosas, antes del reconocimiento de tal situación por la Corte, ya la jurisprudencia arbitral se había pronunciado favorablemente sobre el particular.

Otro punto respecto del que ya había contribuido también la jurisprudencia arbitral es el de la teoría de los "riesgos del contrato". En efecto, en sede arbitral, con anterioridad ya se había planteado que no cualquier cambio de circunstancias permite la revisión del contrato, pues aquellas que están dentro del alea normal del mismo no permitirán su revisión. Pero, ¿qué se entendió entonces por alea "normal" del contrato? Vale la pena destacar que este punto –comentado atrás– quiso ser destacado también durante las discusiones que tuvieron lugar en el seno de la Comité Asesor para la Revisión del Código de Comercio, y de manera específica se consagró como un asunto respecto del cual se solicitó se fijara en acta la posición del Comité precisamente buscando evitar que cualquier situación sobrevenida pudiera ser alegada para solicitar la revisión del contrato<sup>83</sup>. En ese sentido, se consideró en sede arbitral, de acuerdo con el planteamiento de los "riesgos del contrato", que no procedería la revisión por imprevisión si la alteración que se presenta se proyecta sobre un fenómeno cuya eventual materialización las partes tuvieron en cuenta al celebrar el contrato y, precisamente en atención a ello, pactan en el acuerdo quién tendrá a cargo dicha situación. En efecto, se ha denegado la revisión en dicha sede al sostener:

... la teoría de la imprevisión solo cabe frente a ocurrencias extraordinarias respecto de las cuales las partes no hayan hecho estipulaciones, al momento de contratar, respecto de quién habría de asumir las consecuencias de su acaecimiento. En caso contrario, esto es, si los contratantes pactaron, dentro de la distribución de riesgos acordada, que por tal ocurrencia y por sus secuelas habría de responder una de ellas, en este supuesto la parte afectada por el advenimiento del evento riesgosos en cuestión, no puede invocar la teoría de la imprevisión para así dejar de asumir las consecuencias de la contingencia por la que se comprometió a responder [...]. A este respecto se puntualiza que la norma que consagra la teoría de la imprevisión no es imperativa, de manera que es válida la renuncia anticipada a ejercer la acción de revisión por onerosidad sobrevenida, dado que "se trata de un derecho supletorio y que la ley autoriza la asunción por caso fortuito". Por ende, "en los casos de renuncia de situaciones futuras

<sup>82</sup> Laudo arbitral del 15 de julio de 2002, partes: Dragados Hidráulicos Limitada vs. Concesionaria Tibitoc S.A. ESP, árbitros: Carlos Darío Barrera Tapias, Sergio Muñoz Laverde y Carlos Alberto Navia Raffo.

<sup>83</sup> Comité Asesor para la Revisión del Código de Comercio, Acta n.º 40, 14 de marzo de 1969, p. VII: "para que esta se presente [imprevisión], es necesario que la excesiva onerosidad surja del círculo contractual concreto. Por otra parte, tampoco han de legitimar para pedir la revisión del contrato, aquellos cambios que entran dentro del área [sic] normal de cada contrato, pues ellos deben ser asumidos por el deudor irremediamente. En ellos no cabe la revisión. El Dr. Escobar pide que esa interpretación del Dr. Pérez quede claramente establecida en las actas como posición oficial del Comité para efecto de evitar posteriormente las interpretaciones torcidas y creer que cualquier cambio de circunstancias va a poderse alegar para la revisión del contrato".

no previsible, las partes administran el riesgo y lo distribuyen, de manera que es por lo general una cláusula lícita<sup>84</sup>.

Así las cosas, se consideró en sede arbitral que la producción sobrevenida de un riesgo que las partes radicarón previamente en cabeza de una de ellas, por más oneroso que ello resulte, no permite la aplicación de la teoría, máxime si se tiene presente que dicha situación implicaría que no se configure verdaderamente el requisito de imprevisibilidad necesario para tal efecto.

Por último, reciente jurisprudencia arbitral ha destacado también que si las partes previeron cláusulas de reajustes frente a situaciones sobrevenidas, ello no impediría la revisión del contrato vía teoría de la imprevisión si la situación fáctica va más allá de lo previsto por las partes, puesto que "las circunstancias imprevisibles y extraordinarias también pueden ocurrir en relación con las cláusulas de ajustes contractuales, sin que pueda sostenerse que por haberse pactado la fórmula de variación de precios, las partes ya previeron todas las posibilidades y, por tanto, ninguna circunstancia futura podrá considerarse como imprevisible"<sup>85</sup>.

#### V. EL PAPEL ACTUAL DEL JUEZ LOCAL EN TORNO AL REAJUSTE DEL CONTRAT; POSIBLES FÓRMULAS

Como ha quedado examinado, la equidad, la buena fe y, aún más, la justicia contractual son fundamentos de la intervención del juez para reestablecer el equilibrio del contrato cuando este se ha perdido por circunstancias imprevisibles que hacen excesivamente onerosa la prestación a cargo de una de las partes. Empero, si estuvieran presentes los presupuestos de aplicación de la teoría, surgen las preguntas: ¿qué debe entenderse por justo o equitativo en torno a la refacción del contrato?, ¿caso debe o puede entrar el juez en cada caso a dictaminar la proporción que emana de la justicia en torno a su eventual adaptación o modificación?, si es así, ¿cómo establecer en cada oportunidad la medida de la desproporción?, ¿cuáles serían las medidas que debe adoptar el juez ante tal situación?

Si el equilibrio de un contrato se ha roto gravemente, imponiendo a una de las partes una prestación que resulta excesivamente más gravosa de la que previsiblemente podía llegar a tener, la justicia demanda que, como última medida, el juez intervenga para buscar reequilibrar la balanza del contrato.

<sup>84</sup> Laudo arbitral del 21 de octubre de 2004, partes: Empresa de Energía de Boyacá S.A. ESP vs. Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. ESP, árbitros: María Cristina Morales de Barrios, Jorge Suescún Melo y Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Cita en comentario de RICARDO LORENZETTI. *La emergencia económica y los contratos*, Rubinzal-Culzoni, p. 243.

<sup>85</sup> Laudo arbitral del 23 de agosto de 2007, partes: Yamil Sabagh, David Vega Luna, Construcciones Samus Ltda. D&S Ltda. y Sohincó Constructora Ltda. vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado ESP, árbitros: Jorge Hernán Gil Luna, Hernando Cardozo Luna y Camilo González Chaparro.

De acuerdo con lo previsto por el artículo 868, el juez debería ordenar, de ser posible y mediando petición de parte, los reajustes que la equidad indique. Si bien con esta adscripción se puede afirmar que en nuestro ordenamiento la equidad, como ha quedado visto atrás, funge como el fundamento principal que ampara la revisión del contrato, lo cierto es que adicionalmente cumple un papel para determinar el límite del poder corrector del juez<sup>86</sup>. Así lo reitera algún sector de la doctrina, para el cual "la equidad no es el fundamento del instituto *sino más bien el criterio y la medida del remedio* (que se quiere sea flexible) *para eliminar la excesiva onerosidad [...]*. La equidad puede considerarse como *razón de política legislativa* que ha inspirado esos remedios, pero no es su razón técnico jurídica"<sup>87</sup>. Así, el juez<sup>88</sup> o árbitro en Colombia estaría llamado a desempeñar un rol activo para el logro de la remoción de los efectos excesivos, y su misión, entonces, no se agotaría en la proposición a las partes de posibles fórmulas de arreglo o de acercamiento, ni en el ofrecimiento de un escenario para invitar a las partes a renegociar el contrato, sin perjuicio de lo cual, valga resaltar, esta tarea a nuestro juicio naturalmente le compete<sup>89</sup>.

En todo caso, bien como fundamento, bien como criterio, resulta pertinente resaltar nuevamente que en todo caso el *remedio* perseguido con la revisión o la terminación del contrato está llamado a operar solo excepcionalmente, toda vez

<sup>86</sup> "A estas alturas, cabe precisar que al juzgador le compete –en tratándose de la institución en estudio– procurar, de la manera más equitativa posible, recomponer el negocio, como si las imprevisibles y extraordinarias circunstancias no se hubieran presentado. A este preciso punto se contrae el principio de equidad, a que se hace relación en las tipificaciones de la figura, que ahora ocupa la atención de la Sala": Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Sentencia del 16 de mayo de 2005, M.P.: Rodolfo Arciniegas.

<sup>87</sup> MESSINEO. Ob. cit., p. 395, resaltado fuera de texto.

<sup>88</sup> Este rol del juez tal como fue planteado en el ordenamiento mercantil colombiano, implicaría una distinción en relación con lo previsto para el efecto en el ordenamiento italiano puesto que respecto de este último se ha precisado: "En estos casos la parte que debe la prestación que ha resultado excesivamente onerosa puede solicitar la resolución judicial del contrato (art. 1467, apartado 1.º); la otra parte, si quiere evitar la resolución, puede ofrecer la modificación equitativa de las condiciones del contrato (art. 1467, apartado 3º): bien reducir el monto de la prestación que se ha convertido en excesivamente onerosa o bien aumentar la entidad de la propia prestación [...]. Se discute respecto de los poderes del Juez en esta materia: evidentemente la reducción en equidad no puede ser sentenciada por el Juez de oficio [...]. Ni tampoco es suficiente la demanda genérica de la parte dirigida a la determinación de su prestación según la equidad [...]. El Juez en este caso debe decidir si la prestación ofrecida es equitativa, es decir si es suficiente para reprimir el equilibrio al que se refiere el art. 1467, apartado 3º (así como el artículo 1450), constituyendo un criterio de valoración de una declaración de una parte, no un criterio para adecuar judicialmente el contenido del contrato al evento sobrevenido": FRANCESCO GALGANO. *El negocio jurídico*, Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa (trads.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, p. 489.

<sup>89</sup> Téngase adicionalmente presente que en Colombia los procesos de revisión de contratos mercantiles con fundamento en el artículo 868 deben ser adelantados conforme a las reglas del proceso ordinario, situación que pone de presente que en la gran mayoría de los casos se lleve a cabo una audiencia de conciliación extraprocésal en derecho con fundamento en lo dispuesto en la Ley 640 de 2001, escenario en que las partes tendrán una primera oportunidad para autocomponer su diferencia con la ayuda de las fórmulas de arreglo propuestas por ellas mismas y por el tercero conciliador.

que una inadecuada aplicación de la teoría, no obstante el fin altruista, justo y equitativo de evitar un lucro excesivo de un contratante con el perjuicio sumamente gravoso correlativo de su contraparte negocial, podría poner en tela de juicio uno de los vehículos principales del desarrollo del tráfico jurídico comercial de hoy: la seguridad jurídica<sup>90</sup>.

Surge entonces la necesidad de indicar que precisamente ese límite estará señalado por la remoción de la *excesiva onerosidad* buscando mantener la "relación de equivalencia" prevista en el contrato original<sup>91</sup>. Al respecto cabe anotar que compartimos la opinión de López de Zavalía para quien el remedio debe llegar hasta el grado de corrección que destruya la "excesiva" onerosidad, sin poder ir más lejos<sup>92</sup>, con la salvedad de los casos en los cuales el juez, en consideración a la gravedad del desequilibrio, estime que la única solución posible es la terminación del contrato. En este sentido, el tratadista en comento señala:

... cuando la facultad de fijación es dejada al juez, por haberlo así propuesto genéricamente el beneficiado, se ha pretendido que el magistrado debe restablecer el equilibrio contractual. *A nosotros nos parece que lo único que le cabe es suprimir la "excesiva" onerosidad*. Se advierte la diferencia que existe entre estos dos criterios, pues hay diversos grados de onerosidad a partir del ideal de equivalencia, pero sólo cuando el apartamiento alcanza cierta intensidad cabe hablar de "excesiva" onerosidad. De allí que un juez al que sólo se le conceda la facultad de suprimir la "excesiva" onerosidad, únicamente tocará los

<sup>90</sup> "La experiencia con los sistemas injustos de nuestro tiempo nos ha mostrado que tampoco la seguridad jurídica es un valor absoluto. No obstante, el rechazo de la seguridad jurídica tiene que restringirse a casos extremos de injusticia legal, pues con frecuencia las corrupciones legislativas no son fáciles de reconocer, sin que se presenten dudas, y esto puede traer consigo incertidumbres": KAUFMANN. Ob. cit., p. 352.

<sup>91</sup> Sobre este concepto, diametral para la aplicación de la teoría y ya comentado atrás a propósito del desarrollo jurisprudencia que el mismo ha tenido en Colombia, cabe igualmente resaltar lo dicho por algún sector de la doctrina nacional, al sostener: "Para disminuir el riesgo de perturbar la seguridad jurídica, a la noción de 'onerosidad' se dio el calificativo de 'excesiva'. Atrás señalamos que la excesiva onerosidad se refiere, en rigor, a una 'dificultad relevante para el cumplimiento', pero no a la mera dificultad económica o insuficiencia patrimonial del deudor, así como tampoco a la simple mengua de la utilidad que se podía esperar del contrato; la onerosidad excesiva, mayúscula o desproporcionada debe acarrear una pérdida patrimonial que está fuera de los límites razonables considerada su causa externa, sobrevenida y extraordinaria": CHAMIE. "El principio general de reductio ad aequitatem", cit., pp. 273 y 274.

<sup>92</sup> "Siendo el negocio jurídico la fuente más común de las relaciones obligatorias, el ordenamiento conforme a su especie presupone equilibrio económico y prestacional (negocios conmutativos), cuyo desbarajuste inicial (lesión enorme) o sobrevenido (imprevisión) origina su rescisión total o la reductibilidad del exceso. En estos casos la imposibilidad atañe al exceso y actúa conservando la obligación vuelta a su normalidad o destruyéndola de ser improcedente su restablecimiento. [...] La determinación de los efectos de la imposibilidad resulta de su causa, carácter, participación del deudor, utilidad de la relación, términos del negocio jurídico y naturaleza de la prestación, no pudiéndose generar un principio general cuando la solución no es ni puede ser idéntica": WILLIAM NAMÉN VARGAS. "Imposibilidad de la relación obligatoria", en *Estudios de derecho comercial*, III, Homenaje a Fernando Hinestroza, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, p. 173.

grados más intensos, mientras que un juez que pudiera restablecer el equilibrio contractual, podría suprimir todos los grados<sup>93</sup>.

En el derecho privado colombiano ese límite del poder corrector del juez, al estar ligado directa y únicamente a lo que indique la equidad conforme al tenor del artículo 868, no parece del todo claro como para establecer una pauta de orden general. Así, en cada caso el juez debe entrar a determinar, según las circunstancias particulares del caso, lo que corresponde ajustar o, mejor, adaptar, para restablecer el equilibrio contractual perdido. En todo caso deberá tener presente el juez que dicha tarea se enmarca en la remoción de los efectos "excesivos" con el objeto de restablecer la proporcionalidad inicial prevista en el contrato, cualquiera que haya sido ella. Es en esta forma como parece que lo han entendido los jueces en Colombia. En efecto, el Tribunal Superior de Bogotá señaló que "el fallador deberá tratar de devolver la prestación exorbitantemente modificada a la que subjetivamente fue planeada y pactada por las partes al inicio del negocio jurídico de tracto sucesivo"<sup>94</sup>. Igualmente la Corte Suprema de Justicia precisó que "[e]l juzgador en equidad podrá reducir la prestación excesivamente onerosa (*reductio ad aequitatem*) o aumentar la contraprestación correlativa para reajustar el desequilibrio y evitar la terminación"<sup>95</sup>.

Pero, ¿qué sucede si el juez estima que no es posible remover los efectos excesivos? De acuerdo con lo previsto por el artículo 868, el juez ante todo, en desarrollo del principio de conservación del contrato, debe tratar de equilibrarlo, buscando su supervivencia, antes que proceder a terminarlo por considerar que ha devenido en excesivamente gravoso para una de las partes. Así lo reiteró la Corte Suprema en la providencia atrás comentada<sup>96</sup>. Es decir, no está al arbitrio de la parte ni del juez decidir si se opta en primera instancia por el reajuste o por la terminación, sino que solo si es imposible aquel podrá resultar procedente esta<sup>97</sup>. A este respecto se considera importante destacar que, a juicio del autor, el juez, haciendo uso de su facultad de modificación, podría incluso llegar a ordenar la suspensión de ciertas o todas las obligaciones que emanan del contrato, siguiendo la regla de lo que indique la equidad en atención a las circunstancias de cada caso concreto, si lo hace con el fin único de evitar declarar la terminación del mismo, como un desarrollo del principio de la conservación del contrato ya mencionado.

Adicionalmente, cabe interrogarse acerca de si las medidas que tome el juez para corregir la situación de desequilibrio solo están llamadas a tener efectos

<sup>93</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA. Ob. cit., p. 743, resaltado fuera de texto.

<sup>94</sup> Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Sentencia del 16 de mayo de 2005, M.P.: Rodolfo Arciniegas Cuadros.

<sup>95</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de febrero de 2012, M.P.: William Namén Vargas, p. 48.

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> Comité Asesor para la Revisión del Código de Comercio, Acta n.º 40, 14 de marzo de 1969, p. vi.

hacia el futuro, o si, por el contrario, dichas medidas pueden desplegar algunos o todos sus efectos también hacia el pasado de la relación contractual. No parece que la segunda posibilidad pueda tener cabida, pues el propio artículo 868 se refiere a las "prestaciones de futuro cumplimiento" y, por tanto, las medidas que buscan restablecer el equilibrio únicamente podrían desplegar sus efectos *ex nunc*, toda vez que lo que ya se ha cumplido por las partes debe mantenerse sin modificación, posición que ha sido igualmente sostenida por la jurisprudencia<sup>98</sup> acudiendo al principio que obliga a respetar el cumplimiento que se materialice de las obligaciones adquiridas.

De otro lado, resulta importante destacar que la jurisprudencia arbitral ha planteado que es el juez, y por tanto no la parte, quien está llamado a establecer "cuál" es el reajuste que corresponde según la equidad. En este sentido vale la pena resaltar lo señalado por el Chamie, al decir que "[a]cá la cuestión es la de confiar en el buen arbitrio del juez y que este se esmere por aplicar la equidad entendida como valoración del caso particular, en relación con los elementos singulares de la relación obligatoria, es decir las prestaciones y su equilibrada correlatividad"<sup>99</sup>. Lo anterior toma gran importancia incluso si se piensa que es posible que medie una solicitud de revisión del contrato que prevea la aplicación de una fórmula o remedio específico de modificación; tal situación podría entonces determinar el fenecimiento de dicha pretensión si el juez del caso encuentra que no es la que corresponde aplicar conforme a la equidad<sup>100</sup>. Así, es el juez del caso concreto el que deberá establecer lo que "equitativo" dadas las circunstancias, teniendo una libertad que no debe en ningún caso entenderse ilimitada. En efecto, ilustrativo resulta lo que se ha dicho a propósito del marco del juez para la adaptación del contrato en los *Principles of European Contract Law*, en el sentido de sostener que "el poder que se otorga al tribunal para que proceda a la adaptación del contrato no es ni mucho menos ilimitado. Por el contrario, la actuación del tribunal va dirigida principalmente a distribuir equitativamente entre las partes contratantes el coste extra que se deriva del cambio de circunstancias con el objetivo de restablecer el equilibrio contractual. Este objetivo marca claramente hasta dónde puede llegar en su actuación"<sup>101</sup>.

Sin duda, la discusión sigue abierta y la institución continúa evolucionando. Así, forzoso es concluir que el papel corrector del juez local en virtud de la apli-

<sup>98</sup> Así en los fallos del 30 de marzo de 2004, M.P.: Luis Roberto Suárez González, y del 16 de mayo de 2005, M.P.: Rodolfo Arciniegas Cuadros.

<sup>99</sup> CHAMIE. "Equilibrio contractual y cooperación entre las partes", cit., p. 136.

<sup>100</sup> Laudo arbitral del 23 de agosto de 2007, partes: Yamil Sabagh, David Vega Luna, Construcciones Samus Ltda. D&S Ltda. y Sohincó Constructora Ltda. vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado ESP, árbitros: Jorge Hernán Gil Luna, Hernando Cardozo Luna y Camilo González Chaparro: "[L]a aplicación de la teoría de la imprevisión trae como consecuencia el correctivo en equidad que libremente disponga el juez y no la aplicación de una fórmula precisa y exacta que establezca el demandate en su *petitum*".

<sup>101</sup> LIS-PAULA SAN MIGUEL PRADERA. "La excesiva onerosidad: una propuesta de regulación europea", en *Bases de un derecho contractual europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 383.

cación de la teoría de la imprevisión en los negocios mercantiles todavía no está completamente claro. Atrás quedó en todo caso la discusión de si la teoría tiene o no cabida en los negocios mercantiles, lo que debería favorecer la posibilidad de alcanzar un orden jurídico que si bien permanezca vigilante de la seguridad jurídica, no dude en reconocer y corregir situaciones en donde el fin mismo del derecho haga necesaria la bienhechora y siempre bien delimitada intervención del juez para corregir la desproporción sobrevenida.