
Teoría de la imprevisión*

» FERNANDO HINESTROSA**

Concepto de ‘revisión’

Lo primero que se ocurre a este propósito es identificar el sentido propio del término ‘revisión’. Volver a ver, verificar, es su acepción genérica, que se contrae y especifica cuando se refiere al derecho, para indicar una vuelta a fin de reformar, modificar, ante todo una norma, una sentencia, un tratado, un contrato, y más concretamente, “la modificación de un acto jurídico, especialmente de su contenido monetario, con miras a su adaptación convencional o judicial: revalorización, actualización, imprevisión, *rebus sic stantibus*, puesta al día de un acto”¹. Así, el derecho de tradición romano-germánica entiende la ‘revisión’ como “la adaptación de un contrato a las circunstancias sobrevenidas”².

* Por considerarlo de interés en el contexto de la pandemia por Covid-19 y de las medidas de aislamiento preventivo obligatorio, se publica este extracto de HINESTROSA, F. *Tratado de las Obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. II, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, 509-534.

Para citar el artículo: HINESTROSA, F., “Teoría de la imprevisión”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 39, julio-diciembre 2020, 9-29, DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n39.02>.

** Rector de la Universidad Externado de Colombia y profesor en ella de Derecho Civil (1963-2012) (Bogotá). La *Revista de Derecho Privado* presenta, a partir del número 24, los trabajos referidos al derecho civil y romano de quien fue su fundador y constante y decidido animador. La mayoría de los trabajos ya ha sido publicada, pero el afán de facilitar su divulgación, en especial entre los estudiantes, nos lleva a presentarlos de nuevo, seguros no solo de su utilidad, sino también de su permanente actualidad.

1 CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 8^e éd., Puf, Paris, 2000, 780.

2 Así, GRYNBAUM, *Le contrat contingent. L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, LGDI, Paris, 2004. En la Alemania del siglo XVIII se desarrolló la teoría, que fue codificada por el ALR de Prusia. Con posterioridad, la jurisprudencia la estimó excluida por el BGB, y vino a

Intangibilidad y perennidad del contrato y su revisabilidad

El efecto vinculante del contrato, así como la obligatoriedad a ultranza de sus efectos, tanto los correspondientes a la disposición de las partes como los que se le integran por la extensión legal o jurisprudencial de su contenido, han sido resumidos en el bien conocido principio de *pacta sunt servanda*, que de plano tiende a excluir cualquier injerencia externa: solo las partes están legitimadas, de consuno, y excepcionalmente de manera unilateral, para modificarlo o disolverlo. Empero, paralelamente se pone de presente el principio, también universalmente reconocido, del sometimiento de las partes, en todo momento, a las reglas de la buena fe: lealtad, corrección, equidad, solidaridad, cuyo calado se acompasa con la sensibilidad social de los tiempos. Uno y otros principios están reconocidos en los códigos y, siendo al parecer excluyentes, han de acomodarse mutuamente³.

Clases de revisión

Delante de un desequilibrio grave de la ecuación contractual, sobrevenido inopinadamente, son varias las alternativas que surgen para alcanzar su restablecimiento.

Posibilidad de revisión judicial de los negocios

Celebrado el negocio, si no se acomoda a los mandatos legales fundamentales, cualquiera de las partes puede reclamar contra su eficacia, impetrando la acción de nulidad (absoluta), cuando la irregularidad consiste en un defecto de requisito fundamental o en violación de norma imperativa, y la parte directamente afectada puede demandar la nulidad relativa cuando media un vicio de la voluntad. Así mismo cuando el negocio nació económicamente desequilibrado, la parte lesionada puede pedir su rescisión. Pero si el negocio es legítimo y correcto, ni aquellas unilateralmente ni el juez pueden alterar su contenido y sus efectos.

Mas comoquiera que en el curso de su ejecución, en especial si se ha pactado para tiempo largo, pueden variar las condiciones imperantes a la época en que se celebró, y quebrantarse por ello el equilibrio inicial, la buena fe ordenada por la ley para todo momento aconseja reajustar sus términos para acomodarlos a las nuevas condiciones⁴.

convertirse en un “verdadero sistema” (“imposibilidad económica”, “destrucción de la relación de equivalencia”), debido a las crisis económicas de la primera posguerra.

- 3 La expresión de que el contrato es ley o tiene fuerza de ley para las partes es un lugar común a partir de la norma del [anterior] artículo 1134 del *Code civil*. Curiosamente, los códigos civiles de Brasil no la incorporaron a su seno, como tampoco el código civil de los Países Bajos (1992). Análogamente ocurre con el dictado de que los contratos deben ejecutarse de buena fe, sentado por el [anterior] artículo 1135 del *Code civil*.
- 4 “La fuerza vinculante de la promesa ha suscitado reservas [...] por razones políticas, cuando circunstancias turbulentas o acontecimientos excepcionales arruinan las previsiones de las partes”: F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 8^e éd., Dalloz, Paris, 2002, n.º 5, 5. “El contrato es un

La intervención del juez en el contrato por razón de desequilibrio sobrevenido

Durante la Edad Media, y a instancia de principios éticos, se sorteó la dificultad acudiendo al expediente de estimar incluida en todos los contratos conmutativos la cláusula *rebus sic stantibus*, conforme a la cual las cosas deben volver a su estado primitivo cuando el cambio de la base económica sea de tal magnitud que la conservación del negocio y el sometimiento pleno a sus términos llevarían prácticamente a la ruina del deudor o romperían por completo la paridad contractual⁵.

Más tarde se redujo el ámbito de estos principios al derecho internacional para los tratados públicos y, luego, en nuestro tiempo, reapareció, primero en el derecho administrativo y después en el privado, donde, posteriormente, encontró apoyo en la teoría de la presuposición⁶.

Los serios desajustes de la economía producidos por la primera conflagración mundial, repetidos y aumentados en el segundo conflicto, con el hecho fatal de la Gran Crisis en el interregno, obligaron a la doctrina a encarar la tremenda injusticia a que puede llevar una sujeción absoluta a la ley contractual, y por esa vía, ante la renuencia judicial a ajustar a la situación nueva los términos de pactos equitativos en su día, los países del occidente europeo promulgaron para finales de la segunda década del siglo xx leyes que autorizaron la intervención judicial a petición de las víctimas del desequilibrio.

Entre nosotros esa orientación fue acogida sin esperar texto expreso, mediante interpretación general, por la Sala de Casación Civil, al contrario de lo ocurrido en Chile con el mismo código⁷.

acto de previsión” es una célebre expresión de M. HAURIUO (*Principes du droit public* [1910], Dalloz, Paris, 2010, 206), que se encuentra repetida en la doctrina. Pero “la convención no engendra una norma intangible; moldeada por las partes, sin embargo, no podría entorpecer la intervención del juez cuidadoso de que no sea un instrumento de abuso y de desequilibrio injusto”: CHAZAL, *Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin?* Colloque “La nouvelle crise du contrat”, May 2001, Lille, France, 2003, 127. “La injerencia del juez conduce inevitablemente a la judicialización del contrato y más allá, a su procesalización. El contrato es en sí mismo un procedimiento; es en sí mismo un proceso. La obligación de motivación que comienza a alumbrar en todos los estadios del contrato es su refiguración”. FAGES, *Le contrat est-il la ‘chose’ des parties?*, Dalloz, Paris, 2003, 154.

- 5 “El origen de esta cláusula se remonta al derecho canónico. Santo Tomás de Aquino declaraba que no mantener la promesa es mentir, pero solo si las circunstancias que se pudieron prever al momento del contrato se mantienen; si, por el contrario, las circunstancias cambian profundamente, quien prometió algo no comete falta alguna al rehusarse a ejecutarlo. Santo Tomás no se pronunciaba sino desde el punto de vista de la moral; su doctrina fue ‘juridicizada’ en el siglo xiv por Bartolo y Baldo. Sin embargo, no ejerció ninguna influencia en los grandes juristas del siglo xvi al siglo xviii. Apenas se encuentran algunas decisiones judiciales que contienen unas cuantas aplicaciones dispersas”: TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Les obligations*, cit., n.º 470, 465, nota 3.
- 6 B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850. Cfr. MEDICUS, *Il ruolo delle disposizioni relative al negozio giuridico*, en *I cento anni del codice civile tedesco*, G. CIAN, Cedam, Padova, 2002, 160.
- 7 LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos. Parte general*, Jurídica de Chile, 1986, t. i, n.º 48, 293 s., anota que “la jurisprudencia chilena reiteradamente ha establecido la intangibilidad de los contratos en

El problema radica en la tensión entre dos principios básicos del derecho de los contratos: el de la firmeza del compromiso y su intangibilidad, y el de la equidad de las operaciones o justicia contractual. ¿Cómo compaginarlos? La respuesta ha oscilado a lo largo de los tiempos, al compás de la fuerza de los intereses en conflicto y la sensibilidad social⁸⁻⁹.

Diversas explicaciones del problema

Como razones remotas en que se asienta la teoría se esgrimen: la antigua concepción de la cláusula *rebus sic stantibus* en todo negocio de larga duración, sin otro valor actual que el de recordación de épocas pretéritas; el influjo de la imposibilidad fortuita o por caso de fuerza en condiciones atenuadas; el apremio de impedir que con invocación de la firmeza de los derechos se abuse de la situación precaria sobrevenida y se obtengan de ella ventajas indebidas o exorbitantes.

Así como el derecho no presta su concurso sino a las actividades que lo merecen, y rechaza cualquier esfuerzo de transgresión de las normas cogentes y de los mínimos éticos establecidos, vigilando de este modo la regularidad de los negocios al momento de su celebración, extiende su celo para controlar el cumplimiento de sus dictados a todo lo largo de la ejecución de los compromisos y reacciona análogamente frente a la falla posterior. Con lo cual se explica que, en esta materia, el juez pueda revisar el contenido del pacto únicamente a instancia de parte, la que, obviamente, no es supponible sino cuando la contraparte no acceda a morigerar sus ventajas, esto es, cuando el peligro de un abuso se hace patente y demanda injerencia de autoridad.

.....

curso, desconociendo la posibilidad de que los revisen o modifiquen”, y agrega: “No conocemos un solo fallo de los tribunales ordinarios que haya admitido en nuestro país la revisión de un contrato en virtud del advenimiento de nuevas circunstancias”.

- 8 “Para resolver el conflicto entre la necesidad de seguridad y la necesaria flexibilidad de las relaciones contractuales, I. R. Macneil [*Contract Adjustment of Long-term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, en *Northwestern University Law Review*, 1978, 890] propone adoptar la noción de ‘contrato relacional’. Se trata de un contrato a largo término, que no tratará de planificar el conjunto de prestaciones ni de prever todos los acontecimientos por venir. En caso de dificultad vinculada a un cambio de circunstancias, en una verdadera aproximación relacional, el punto de referencia será la relación en su globalidad [...]. Se observará la manera como se ha desarrollado la relación contractual hasta el cambio y luego”: GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, cit., n.º 147, 117 s. “El sistema moderno del derecho de los contratos no ha logrado aún sustraerse del todo a la fuerza de atracción ejercida por la voluntad contractual y reordenarse conforme a equilibrios nuevos y autónomos. No obstante el progresivo debilitamiento del principio consensualista y del concepto pandectista de la autonomía privada, elaborado en su seno, continúa ejerciendo toda su fascinación una idea ‘normativa’ de contrato, todavía ampliamente dependiente de dicho contexto teórico”: G. MARINI, *Rescissione, diritto vigente*, en *EdD*, xxxix, 1988, 966. Cfr. P. LOUIS-LUCAS, *L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit international privé*, en *Études Capitant*, Paris, 1938, 478 s.
- 9 Cfr., para el caso francés, cas. com. 3 de noviembre de 1992, que advirtió que la buena fe contractual impone la obligación de revisar el contrato, pues estimó que una sociedad petrolera no ejecutó de buena fe el contrato que la vinculaba a sus distribuidores, al rehusarse a negociar con ellos un acuerdo que les permitiera hacerle frente a la competencia. Sin embargo, todo se circunscribió al marco de la responsabilidad y la indemnización de perjuicios.

Sin embargo de parecer que esta última explicación sea la más acertada, la reacción de los distintos ordenamientos frente al desequilibrio prestacional sobrevenido se orienta a dar respuesta al siniestro, como hecho objetivo, es decir, a la excesiva onerosidad sobrevenida, o, en su caso, a la imposibilidad de pago por falta de liquidez o insuficiencia de medios¹⁰, sin otro requisito adicional que la buena fe del deudor, que tiende a entenderse, más que como el haber hecho lo posible por evitar el percance, como el no haberlo propiciado o, mejor aún, el no pretender sacar ventaja de él.

Alternativas de solución

No pudiendo, ni debiendo, el derecho ignorar el problema de la ruptura del equilibrio contractual por el advenimiento de hechos y circunstancias que transforman la base económica de la relación, su respuesta oscila entre las posiciones extremas de intangibilidad de la convención e intervención judicial discrecional. Los países que han conocido y padecido el flagelo de la inflación galopante, y valga el ejemplo dramático y oprobioso de la Alemania de la primera posguerra, que acabó con la república de Weimar y entronizó al nazismo, o el de los países del Cono Sur latinoamericano entre los años cincuenta y setenta del mismo siglo xx, se muestran de suyo propicios a la revisión de los contratos, no solo por decisión circunstanciada del legislador, sino como principio general, acogido primero por la jurisprudencia y posteriormente entronizado en la ley¹¹. La depreciación monetaria endémica se da la mano con la teoría de la imprevisión. A la inversa, los países con una economía más sólida y mayor estabilidad monetaria propugnan el principio nominalista “un franco es un franco, un peso es un peso”, que asegura el poder liberatorio absoluto de la moneda oficial, cualquiera que sea su valor real, y, por consiguiente, son reacios a la intervención judicial. Cuando más, y tal es el caso de Francia, aceptan o, mejor, auspician la expedición de normas específicas, a la vez que se resisten a la formulación de una regla general.

La insatisfacción del acreedor.

Clases de no cumplimiento del deudor. Inejecución

Los contratos se celebran para cumplirse y obligan al pago de las obligaciones de ellos derivadas. Obligaciones que significan deberes de colaboración intersubjetiva.

10 “No se trata únicamente del advenimiento de un suceso fortuito que desequilibre la economía contractual inicial. Igualmente se aprecia la degradación de la situación de uno de los contratantes, que entraña la perturbación del conjunto de compromisos que él contrajo. Que el deudor haya sido infortunado en razón de una crisis económica, o de su falta de habilidad para prever las evoluciones o manejar sus negocios, no importa casi nada, basta el que no pueda atender a las obligaciones que contrajo para beneficiarse de un procedimiento de adaptación de los contratos celebrados”: GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, cit., n.º 191, 144.

11 “Los textos actuales que organizan la adaptación de los contratos desequilibrados son menos el fruto de circunstancias que la manifestación del cuidado del legislador por proteger a ciertos grupos

En faltando esta en los términos preestablecidos, es lógico que el acreedor impute su insatisfacción a misión o acción del deudor y lo llame a responder, a tiempo que el deudor arguya defensas y hechos que excluyan su responsabilidad.

Se presentan así las hipótesis de inejecución de la prestación, con la consiguiente insatisfacción del acreedor: por hecho o culpa de aquel¹², sin su culpa, o por una imposibilidad sobrevenida justificada, que en sus efectos liberatorios se asimila al pago¹³.

Al deudor le incumbe probar que empleó la diligencia y el cuidado que le eran exigibles (art. 1604 [3] c. c.), siendo viable su exoneración al acreditar, según las circunstancias y las previsiones normativas, ora ausencia de culpa, ora el caso de fuerza mayor o caso fortuito, causa de la imposibilidad sobrevenida (art. 1733 c. c.), en forma alternativa, o exclusivamente el *casus*, o incluso, en algunas situaciones, uno determinado, al que se contrae el “elemento extraño”, por previsión normativa o jurisprudencial¹⁴.

Al lado de estos eventos surge una situación intermedia, que es precisamente la materia de este capítulo: el deudor no cumple, pero a tiempo que su omisión mal podría calificarse como negligente o descuidada, tampoco se encuentra justificada por una imposibilidad absoluta. Mejor que de imposibilidad, podría hablarse de dificultad, pero no material o jurídica, sino económica; no es que el deudor no quiera o no pueda pagar, o no tenga con qué. El caso es que si se le coaccionara y obligara a cumplir, se estaría amparando una desproporción prestacional injusta y reprobable. Y ello porque, habiéndose contratado en términos equitativos, o que se dan por tales, en el entretanto las condiciones cambiaron por el advenimiento intempestivo de circunstancias que produjeron un desajuste en la economía del contrato, que a más de grave, se muestra inequitativo.

Cuando ocurren en la ejecución del contrato circunstancias no previstas y no fácilmente previsibles al celebrarlo, que alteran radicalmente las bases económicas en que se afirmaron sus términos, y las partes no se avienen a variar el alcance de las prestaciones y a equilibrarlas, se pregunta si es posible la intervención judicial a ese efecto, y se responde afirmativamente, con asidero en la necesidad de imponer a los

de personas o conformar la técnica contractual a las exigencias de las evoluciones económicas”: GRYNBAUM, *op. cit.*, n.º 162, 129.

- 12 El artículo 7.1.1 de los *Principios Unidroit* dispone: “Por inejecución se entiende toda falta por una de las partes a una cualquiera de las obligaciones a su cargo resultantes del contrato, incluyendo la ejecución defectuosa y la tardía”.
- 13 “La misión del juez frente a un caso de inejecución del contrato no es la de definir un equilibrio original correspondiente a la operación que podría considerar normal o deseable. Es la de restablecer el equilibrio característico del contrato celebrado y que habría debido instaurarse entre las partes al cabo de su ejecución. La preocupación del juez deber ser, tanto evitar que la una saque provecho de su propio incumplimiento, como impedir que la otra se prevalga de este para obtener un provecho injustificado”: ATIAS, *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, 2º éd., Presses Universitaires d’Aix-en-Provence, 2003, n.º 173, 163.
- 14 HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, n.º 132, 233.

particulares, en relación con el ejercicio de su autonomía, sometimiento a la equidad en cualquier tiempo.

El derecho francés prevé una morigeración del rigor de la ejecución, al permitirle al juez el otorgamiento al deudor de términos judiciales de gracia, medida que muestra nítidamente la diferencia entre la intervención del juez para revisar los términos de un contrato que se volvieron inequitativos, o sea restablecer o restaurar el equilibrio, y ayudar transitoriamente a un deudor en dificultades.

Bases de la teoría de la imprevisión

No todo negocio es revisable por imprevistos, ni todo cambio de la economía contractual da pie para una modificación de las obligaciones. Si se acepta el poder judicial de revisión, es sometiéndolo a requisitos claramente definidos que garantizan, a una, el respeto al negocio y el predominio de la equidad¹⁵. En últimas, el fundamento de la revisión-resolución judicial del contrato por desequilibrio sobrevenido es el principio universal de que los contratos se deben ejecutar de buena fe¹⁶.

La revisión se refiere a contratos de cumplimiento futuro

El cambio de los efectos contractuales por motivo del advenimiento de circunstancias no previstas ni previsibles solo puede ocurrir cuando las obligaciones se han pactado para tiempo largo y, en general, cuando su ejecución ha de efectuarse con bastante posterioridad al día del convenio o su realización continúa para entonces. Opera en los negocios de tracto sucesivo y en aquellos que, siendo de cumplimiento instantáneo, previenen pago para época posterior¹⁷.

Quien dice contrato dice previsión, estudio de sus consecuencias económicas; es natural suponer que las partes hayan tenido una providencia corriente, que hayan cumplido con dicha carga de la autonomía¹⁸, con lo que se explica el rechazo de todo

15 Cfr. GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, cit., n.º 100, 79.

16 RIEG, “Le rôle de la volonté dans la formation de l’acte juridique d’après les doctrines allemandes du XIX^e siècle”, *Archives de philosophie du droit - Le rôle de la volonté dans le droit*, Paris, 1957, n.º 526, 535.

17 Para OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA (*Teoría general del contrato*, 6.^a ed., Temis, Bogotá, 2000, n.º 72, 78), “nuestro código de comercio, a imitación del c. c. italiano, le adjudica a la clasificación de los contratos de ejecución sucesiva esta aplicación infortunada, [...] porque la teoría de la imprevisión no solamente rompe la estructura del derecho latino en materia de la responsabilidad moral, sino que también mina la seguridad del comercio y abre la puerta a la mala fe en la ejecución de los contratos”.

18 “La relación contractual tiene una doble polaridad, colocada entre las fuerzas de cohesión que procuran el mantenimiento, la perennidad del contrato, y las fuerzas del cambio que tienden a la evolución, léase a la explosión. La teoría general, por largo tiempo privilegió la primera, en busca de seguridad contractual, entendida como la conservación del acto en su estado inicial. [...] El derecho actual de los contratos trata de combinar esas fuerzas, y alcanzar una ductilidad contractual que permita al acto sobrevivir merced a su capacidad de adaptarse”: THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, *RTDciv.*, 1997, 362 s.

conato de reforma cuando la ejecución de las prestaciones es simultánea al perfeccionamiento del trato o compete hacerla poco tiempo después.

Cambio de las circunstancias o advenimiento de desequilibrio

El supuesto de hecho básico de una posible intervención judicial, ora para adaptar el contrato a las nuevas circunstancias, ora para darlo por terminado y proceder a su liquidación, sin más, es el cambio de las condiciones en que se celebró. Se habla entonces de la presencia de un desequilibrio entre prestaciones, en un principio paritarias, es decir que al momento de ejecutarlas se da una desproporción entre cargas que deben ser o, mejor, mantenerse equivalentes por esencia, vale decir, por fuerza de la definición de la figura negocial respectiva¹⁹. Ello presupone una noción, así sea aproximada, de lo que es el “desequilibrio contractual”, que se ha delineado a partir de un cambio radical de la obligación, consistente en su excesiva onerosidad sobrevenida, apreciable comparando los precios²⁰, y a la que pueden agregársele los ingredientes de equivalencia de los valores intercambiados, la proporción justa, el “justo precio”, el “óptimo de creación de riquezas”, dentro de las explicaciones teóricas de un concepto tan elemental como teóricamente inasible²¹.

Curiosamente, partiendo de consideraciones muy distintas y de posiciones éticamente contrastantes puede pensarse en cierta coincidencia entre la concepción moralista y la del derecho económico, en cuanto a la necesidad de dar paso a la revisión del contrato para afirmar su solidez, a la vez que su equidad, que, a la postre, constituye su verdadero sustento²². Cosa distinta es que el legislador se atreva o no a sentar el principio general de la ajustabilidad del contrato, o que los jueces prefieran que sea el legislador el que provea a la solución de situaciones, en principio excepcionales, pero cuyo ámbito se ha ido ampliando²³. El hecho es que, siendo la situación individual

19 “Cuando las partes celebran un contrato cuya ejecución se desarrolla en el tiempo, lo que se llama un contrato de ejecución sucesiva, tienen en cuenta a la vez las circunstancias existentes a la hora de su celebración y los eventos futuros que puedan prever. Esos datos pueden cambiar. Si las circunstancias que presidieron la celebración del contrato se transforman, ¿podrán modificarse las condiciones de ejecución? Ese es el problema de la imprevisión”: MALAURIE et AYNÈS, *Droit des obligations, Contrats, quasi-contrats*, vol. II, CUIJAS, Paris, 2000, n.º 360, 205.

20 Así, GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, cit., n.º 36, 33, quien habla de la ‘acepción tradicional de desequilibrio contractual’, contrapuesta a aquella otra, resultante de la normatividad reciente, que ampliando el espectro, se contenta con el advenimiento de la desproporción. Cfr. *op. cit.*, n.º 275, 191.

21 GRYNBAUM, *op. cit.*, n.º 44 ss., 38 ss.

22 La negativa radical a la revisión, así se mantenga excepcionalmente, va en contravía de la tendencia generalizada a la intervención judicial, por temperada y rigurosa que se le prevenga; y a los temores de una inestabilidad generalizada, caso de sentar el principio universal, bien puede replicarse señalando el ejemplo de la nulidad del contrato económicamente desproporcionado, a causa de la inferioridad o debilidad de una de las partes, aprovechada por la otra (§ 138.2 BGB), aplicada en el derecho alemán desde hace más de un siglo, sin que se tenga noticia de catástrofe alguna atribuible a la discrecionalidad o al exceso judiciales.

23 “De las mínimas a las más profundas, las medidas de revisión han suscitado, en su origen, más críticas que elogios. [...] Algunas no tienen una finalidad económica directa. El legislador saca las

dolorosa e inalterable, lo que mueve a una actitud equitativa y protectora, su multiplicación y generalización la vuelven catastrófica, como lo muestran la experiencia europea de las dos posguerras del siglo xx y la universal de la crisis de 1929, y en escala menor, la enseñanza dramática de la crisis reciente del sistema de “ahorro y préstamo” entre nosotros, al punto de exigir medidas políticas de dirección de la economía.

Sobreviniencia de los hechos o del conocimiento de ellos

Se da por sentado que para la revisión del contrato es menester la sobreviniencia de hechos o circunstancias que alteren su equilibrio, ora porque la prestación de una de las partes se volvió excesivamente onerosa, comparada con la que pesa sobre la otra, ora porque el valor de la prestación de esta disminuyó. La balanza perdió su equilibrio debido a hechos posteriores a la celebración del contrato. Ahora bien: ¿cuál sería la ubicación del caso si se tratara de hechos o circunstancias, presentes ya para cuando se celebró el contrato, pero que no fueron conocidos entonces por la parte afectada por ellos, que no vino a tener noticia sino posteriormente? A primera vista habría de responderse que el caso no tiene cabida dentro de la teoría de la imprevisión y que, por el contrario, encaja en la de la lesión, comoquiera que esta consiste en el desequilibrio de raíz, coetáneo con la celebración del contrato, en tanto que aquella obedece al advenimiento de hechos posteriores.

Por modo curioso, el artículo 6.2.2 de los *Principios Unidroit* previene, como requisito de la revisión por “excesiva onerosidad” debida a la sobreviniencia de sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio contractual, que “(a) dichos sucesos ocurran o sean conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato”, con una equiparación en cuanto se refiere a relevancia de ellos, entre su producción y su conocimiento posteriores a la celebración del contrato. Con la sola explicación de que “si ya conocía los hechos al celebrar el contrato, dicha parte habría podido tomar las medidas oportunas, por lo que no podría invocar la excesiva onerosidad (*hardship*)”²⁴.

No encuentro lógica esa solución, que, por lo demás, confunde inútilmente las figuras y, por ende, los respectivos remedios.

Cambio de la relación por desaparecimiento de la base económica del contrato

P. Oertmann, en *Die Geschäftsgrundlage, Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig-Erlangen, 1921, tomó el concepto de *presuposición* elaborado por B. Windscheid (*Die Lehre*

consecuencias de una transformación de la situación económica, adaptando los contratos en curso a un estado de cosas adquirido y sobre el cual pretende volver [...]. Otras son la expresión de una verdadera política económica. El legislador trata de provocar una orientación nueva de la coyuntura”: FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *Les obligations*, 1, *L'acte juridique* (11^e éd.), Paris, 2004, n.º 416, 302.

24 *Principios Unidroit*, cit., 158.

des römischen Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf, 1850), que advierte que las partes contratan dando por supuestas determinadas circunstancias, atentas a ellas y en función de ellas, “el fundamento del contrato”, para concluir que, cuandoquiera que esos presupuestos no se dan o se esfuman, “la declaración de voluntad pierde su fuerza”, por desaparición de la base del negocio (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*)²⁵. Así, la razón de ser fundamental para la intervención judicial en el contrato celebrado regularmente estribaría de suyo en dicho cambio, sin descartar la consideración de su magnitud (‘grave’, ‘mayúscula’) y, por supuesto, que quien plantea los hechos con miras a una revisión sea ajeno a dicho cambio.

Planteamiento del todo objetivo, que se emparenta con la fórmula del derecho intermedio condensada en la máxima *rebus sic stantibus*, pero que nada tiene que ver con la búsqueda de una eventual voluntad de las partes.

La desigualdad de las prestaciones debe ser grande

Es manifiesto que la revisión se alimenta de principios de moral y equidad, y tiende a recobrar la simetría de los contratos, la equivalencia de los haberes, evitando ruinas y enriquecimientos infundados, pero al mismo tiempo ha de tenerse en cuenta el principio o, mejor, el dictado de la firmeza y seguridad de los tratos. Pensando en la exigencia de condiciones mínimas para que el juez pueda reajustar el contrato o a darlo por terminado en razón de un cambio de su base económica, cabría imaginar un patrón, análogamente a lo que ocurre con la lesión en los sistemas “objetivos”, con todas sus deficiencias²⁶, a fin de no caer en la discrecionalidad judicial, a propósito de cuyas dificultades y adversidades se menciona el ejemplo de la calificación de las cláusulas abusivas o vejatorias²⁷.

No hay norma que fije pauta al exceso o indique un lindero preciso entre lo equitativo y lo exagerado. Al juez compete observar los hechos, ponderar la diferencia entre los actuales y los reinantes a la época del convenio y, con base en tales datos y en su buen criterio, declarar si se da o no el desequilibrio necesario para proceder a la revisión y, en su caso, señalar el monto de las nuevas obligaciones. Lo cierto es que “no se trata de un desequilibrio extracontractual”, pues la comparación ha de hacerse entre la relación prestacional pactada y la proporción actual²⁸: una desproporción flagrante.

25 Base (*Grundlage*) definida ora subjetivamente (representación de una parte o de ambas a la celebración del contrato: OERTMANN), ora objetivamente (las circunstancias imperantes entonces consideradas en su finalidad y su significación económica (LARENZ), ora de manera intermedia (LEHMANN): RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, cit., n.º 534 ss., 543 ss.

26 La jurisprudencia alemana va por una devaluación del 40%. En los ‘comentarios’ al artículo 6.2.2 de los *Principios Unidroit*, 157, se lee: “Las circunstancias del caso en concreto determinarán cuándo una alteración es ‘fundamental’. De ser posible cuantificar en dinero el costo o valor de la prestación, una alteración del 50% o más podría ser considerada como una alteración fundamental”.

27 GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, cit., n.º 37, 34.

28 “Se debe establecer el valor de las prestaciones singulares en el momento en que se afirma que se presentó la onerosidad, pero la resolución no podrá concederse por el solo hecho de que los valores

Que el desajuste sea “importante”, “enorme”, “fundamental”, a la vez que una exigencia lógica, es algo que responde a una consideración de orden práctico: la jurisdicción no puede exponer la estabilidad de los negocios al advenimiento de un desequilibrio cualquiera: los hechos han de “alterar fundamentalmente el equilibrio del contrato”. A lo que se agrega la nota de que sobre ambas partes pesa la carga de providencia: quienes contratan no solo han de tener en mente las condiciones imperantes en ese momento, sino que han de proyectar la mirada hacia el futuro, y ser conscientes de que todo contrato trae consigo un riesgo, tanto mayor y cierto cuanto más prolongada sea su duración; riesgo general al que se añade el singular del negocio de que se trata, por lo cual ninguna de ellas podrá volver contra la estabilidad de la disposición, sino en fuerza de una alteración que si bien no llegue a implicar la “desaparición del fundamento o base negocial”, sí signifique una erosión de esta, con el consiguiente desequilibrio prestacional.

La alteración de las bases ha de sobrevenir sin culpa del deudor

Se solió señalar como requisito para la intervención judicial el que los acontecimientos determinantes del desequilibrio fueran imprevistos, no solo en el sentido de excluirla cuando se pronunciaron con oportunidad de la celebración del contrato a propósito de determinadas eventualidades y dispusieron expresamente sobre la asunción o distribución de sus consecuencias, sino, además, y esto es lo que acá importa destacar, para resaltar la naturaleza de suyo azarosa de todo contrato, tanto mayor cuanto más se proyecten sus efectos sobre el futuro²⁹, y negarle protección al contratante improvidente. Inclusive la propia denominación de la figura: “teoría de la imprevisión” denota esa toma de partido. Sin embargo, con el tiempo, dicha exigencia, si no ha desaparecido, cuando menos se ha morigerado. Y así como para el establecimiento del *casus* (de fuerza mayor o fortuito), definido como “el imprevisto a que no es posible resistir”, cada día se repara menos en el primer elemento, para descargar el mayor peso en la inevitabilidad del suceso, acá lo que se demanda es que quien pretende la intervención judicial no haya propiciado los hechos determinantes del desequilibrio, o no procure sacar provecho ilegítimo de ellos.

Es elemental la consideración de que los hechos modificativos de las circunstancias imperantes a la época en que se pactaron los deberes no pueden derivar de

.....

de las prestaciones presenten una desproporción notable. Los valores actuales deben ser comparados con los valores que las mismas prestaciones tenían inicialmente, al momento de la celebración del contrato, y solo si la proporción actual entre los valores de las prestaciones es gravemente disconforme con la proporción originalmente prevista y estipulada entre las partes, o sea solo cuando el contenido económico actual del contrato sea notablemente distinto del contenido económico originario, se podrá hablar de resolubilidad por onerosidad sobrevenida”: MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Jovene, Napoli, 1951, n.º 21, 57.

29 “Todo contrato cuya ejecución esté escalonada en el tiempo, en especial, todo contrato sucesivo, expone a las partes a un alea, tanto más grande cuando más largo sea el término convenido”: FLOUR, AUBERT et SAUAUX, *Les obligations*, 1, *L'acte juridique*, cit., n.º 404, 293.

actividad del propio deudor y, mucho menos, de una negligencia, un descuido, una temeridad de su parte. A semejanza de lo que ocurre con la imposibilidad sobrevenida, hipótesis en la que incumbe al obligado probar no solamente la razón específica de su no cumplimiento, sino además que el obstáculo se presentó sin su culpa (art. 1604 [2.º] c. c.), la demanda de revisión del contrato exige que la imprevisión se justifique y que en verdad las transformaciones de la ecuación económica advengan fortuitamente. Punto este en el cual la concepción de la figura se ha ido ampliando hasta exigir, en las distintas hipótesis, únicamente que el deudor sea de buena fe, entendida esta en su acepción dinámica de lealtad, corrección, probidad³⁰. Otra cosa es si esa condición puede o ha de darse por supuesta, o si al deudor le incumbe probar su honestidad. Punto que se me ocurre ha de resolverse acudiendo a la noción dinámica de la carga probatoria: teniendo cada parte interés en el resultado, pondrá empeño en demostrar el correspondiente supuesto de hecho normativo (art. 176 c. de p. c.; cfr. art. 166 c. g. p.). Lo que importa, en últimas, es que no aparezca el demandante como causante del fenómeno que originó el desequilibrio, o simplemente, que no haya procurado, pudiendo hacerlo, evitar o morigerar su impacto.

Hechos que causan alteración del equilibrio contractual

Las causas determinantes del cambio pueden ser de la más variada índole: alza general de precios, incremento de los precios del combustible, inflación, depreciación monetaria, restricciones del mercado de divisas o en el régimen de comercio exterior, como también factores de orden telúrico: terremoto, inundaciones, sequías, o de índole política: conflictos externos o internos, decisiones de política económica o de política internacional. En fin, puede no tratarse de una variación económica con repercusión directa o inmediata sobre el balance contractual, sino de la ocurrencia de hechos de otra clase, que a la postre tienen un impacto patrimonial indirecto. Todo lo cual ha de ser ponderado por el juez en su juicio de realidad acerca de la alteración en sí, en su gravedad y en su extraneidad, inclusive para establecer una eventual morigeración del reajuste, debido a concurrencia de lo puramente fortuito con el riesgo asumido de suyo por los contratantes.

Por último, la revisión puede aceptarse apenas en circunstancias extremas, por así decirlo, dramáticas, y nunca por motivos individuales, al punto de exigirse una afectación general, sino de todos los habitantes del país entero, sí de una región o de un

30 “Quien demanda la adaptación no debe ser directamente responsable de sus dificultades. Esta exigencia está revestida de un marcado carácter moral, y se la puede traducir en una noción que ha ganado el favor doctrinario y jurisprudencial: la buena fe, comportamiento leal. [...] La fuerte connotación moral de la noción parece difícilmente compatible con el rigor exigido por la ciencia jurídica. Sin embargo, el gran mérito de los estándares flexibles radica precisamente en su plasticidad, que le permite al juez una interpretación creadora y que le ofrece a la doctrina expandir las nuevas ideas bajo un concepto amplio. Exigir la buena fe para obtener una intervención judicial es afirmar que no todo contratante puede solicitar la adaptación de sus obligaciones”: GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, cit., n.º 276, 191, y n.º 310, 204.

núcleo social, de importancia en sus proporciones. Por lo mismo que en todo negocio existe una base subjetiva por entero personal (presuposición), que carece de cualquier influjo como tal, mientras permanezca retenida en la mente del individuo, se hace más oportuno recalcar esta exigencia de la figura, cuyo interés quizá se aclare mejor mediante ejemplos: un comerciante que, previniendo restricciones o dificultades en el comercio de ciertos artículos, hace pedidos desproporcionados a sus fuerzas, no podrá alcanzar la revisión de los términos de los contratos de provisión alegando las dificultades en que se ve por la abundancia de deudas y la escasez de sus ventas, como sí lo lograría al acreditar que esa situación la padecen sus colegas o todo el sector, por motivos sociales, políticos o económicos cuya contemplación no podía haber entrado en un juicioso cálculo de probabilidades, y sobre todo, reviste el carácter de irresistibilidad. Caso que recuerda los detalles de la repercusión de la crisis económica de 1929, sorteada airosamente en Colombia con la ley de deudas o moratorias.

La revisión debe invocarse antes del pago

Se alega el cambio del piso económico del contrato para justificar retardo o incumplimiento, al mismo tiempo que para facilitar la satisfacción justa del acreedor, de donde se concluye que quien ya pagó, logró sortear las dificultades que se le oponían y, por lo mismo, no cuenta con razones valederas para volver sobre hechos cumplidos.

La alteración de la base negocial influye sobre el contrato: es una vicisitud de él que habilita al deudor para, respetándolo, obtener su adecuación; se dirige en primer término a revisar las cláusulas y, en últimas, a poner fin a efectos suyos, de modo que si la demanda de reajuste o terminación se introduce luego de ejecutada la prestación devenida más onerosa, ya no existe sujeta materia para la actividad judicial, pues no hay contrato que cambiar, u obligación que reajustar, pues todo concluyó por cumplimiento-pago. Y si el cumplimiento fue parcial, la revisión solo podría aceptarse por el remanente aún insoluto³¹.

Contratos conmutativos y aleatorios

Se discute si la revisión es aplicable a los contratos aleatorios, dado que su naturaleza lleva consigo albur, juego de imprevistos; y por lo general se rechazan doctrinariamente los intentos de extensión de su órbita. Sin embargo, no es admisible dejar en ellos confiado todo al azar; por eso, han de tenerse en cuenta eventuales cambios de la realidad económica totalmente imposibles de suponer, tanto más si las deudas se contrajeron a plazos evidentemente más largos que de ordinario. Baste recordar para ilustración del aserto lo ocurrido en Alemania con los seguros de vida pagaderos durante el descenso vertiginoso del marco en la primera posguerra, cuando, sin exageración,

31 Así en los *Principios Unidroit* (2004), Unidroit-Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, cit., 160.

valía más el porte de correo de la nota remisoría que el monto de la indemnización, para la cual se habían pagado sumas grandes y en verdad valiosas.

Respaldos legales de la teoría

De suyo no ha sido fácil a la doctrina, y menos a la jurisprudencia, dondequiera que sea, dar el paso en favor de la intervención del juez en los contratos y aceptar que aquel, ante demanda de la parte afectada por un desequilibrio sobrevenido, proceda a remodelar el contrato o, en su defecto, a dar por terminada la relación.

En nuestro sistema se pudo llegar a la revisión judicial de los contratos de derecho privado aplicando los principios generales de derecho, por la puerta abierta por el artículo 8.º de la Ley 153 de 1887: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, [...] las reglas generales de derecho”, y merced a la ayuda de las normas contenidas en los artículos 1604 y 2060 c. c.: “[...] El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora [...]”; “[...] [s]i circunstancias desconocidas [...] ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si este rehúsa, podrá ocurrir al juez [...] para que decida si ha debido o no preverse el recargo de la obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda [...]”, dicen ellos en su orden³².

Así procedió la Corte, recalcando que la base cambiada no puede ser otra que la objetiva, no la subjetiva e individual, y cómo ante todo debe examinarse la conducta observada por las partes y dar protección a la buena fe (Cas. 29 de octubre de 1936, XLIV, 457; 25 febrero 1937, XLIV, 616; 23 mayo 1938, XLVI, 544 s.)³³.

La imprevisión en el derecho administrativo

Diferentes son los principios que informan esta rama del ordenamiento, y otras las razones que mueven a admitir terminación y reajuste de los contratos por acontecimientos no contemplados inicialmente. El predominio del interés colectivo o

32 LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos, Parte general*, cit., t. 1, n.º 48, 297, trae a cuento las disposiciones de los artículos 2180, 2227, 2003 y 1983 c. c. chil. (arts. 2205 [2.º], 2252, 2060 y 2041 c. c. col.), con arreglo a las cuales, en su orden, el comodante puede demandar la restitución de la cosa “si [le] sobreviene una necesidad imprevista y urgente” de ella; el depositario “puede exigir que el depositante disponga de la cosa [...] cuando, aun sin cumplirse el término, peligre el depósito en su poder o le cause peligro”; el empresario de obra puede pedir aumento del precio cuando “circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse”; y “el colono aparcerero tiene derecho a rebaja del precio o renta [...] en parte proporcional a la pérdida que por caso fortuito sobrevenga antes o después de percibirse los frutos”.

33 “No obstante ser innegable que la jurisprudencia y una parte de la doctrina se muestran cada vez más favorables a una intervención judicial correctora de las obligaciones convenidas, no parece que el juez francés se encuentre listo a arrogarse una facultad discrecional de modificación de todo contrato cuya economía se haya desajustado por un acontecimiento imprevisto”: GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, cit., n.º 15, 13 s.

general, la constante subordinación de los particulares al bienestar común, bases cardinales del derecho público, imponen a la administración velar por la continuidad de las actividades de que se sirven las gentes, como también por su constante mejoría y acondicionamiento a los avances técnicos.

De este modo, la administración puede y debe adelantarse a los hechos, modificar condiciones y tarifas, tanto para auxiliar al contratista en trance de ruina y exigirle respeto a lo pactado en condiciones generales variadas, como para demandarle introducción de nuevos métodos y prácticas más útiles, sin trato alguno proveniente de la idea de respeto al dicho contractual.

La modificación unilateral del negocio por parte de la autoridad y la declaratoria de su caducidad, entendidas como algo inherente a la prestación del servicio público, son instrumentos indispensables para la corrección de la práctica administrativa³⁴.

Diferencia entre la rescisión por lesión y la revisión-terminación por excesiva onerosidad sobrevenida

Es axiomático distinguir la lesión-rescisión de la revisión-terminación del contrato por ruptura de su equilibrio prestacional, haciendo ver que, debiendo ser económicamente equivalentes las obligaciones de las partes, en la lesión se presenta un desequilibrio al momento de la celebración de aquel, o sea que el contrato nace contrahecho, de donde se sigue su vocación para la ineficacia, a menos que se desemboque en el ajuste de las prestaciones, en tanto que en la ruptura de la base económica del contrato, como lo indica la propia enunciación del rubro, la relación, que se supone surgió equitativa, o se da por sentado que así fue, se descompensa posteriormente debido al advenimiento de hechos o circunstancias que alteran aquella paridad, por lo cual se habla de la posibilidad de reajuste. En la lesión hay un desajuste congénito; en la revisión, ese desajuste es sobrevenido³⁵⁻³⁶.

34 Véanse laudos arbitrales *RCA Televisión S. A. vs. Comisión Nacional de Televisión* del 26 de noviembre de 2001 y *Caracol Televisión S. A. vs. Comisión Nacional de Televisión* del 26 de noviembre de 2001, donde se insinúa que la Administración puede pedir la revisión del contrato o el restablecimiento del equilibrio contractual.

35 “La diferencia más notable entre la rescisión y la resolución por excesiva onerosidad consiste en la diversidad sustancial de las circunstancias que han provocado el desequilibrio de los valores de las prestaciones contractuales, que las dos figuras tienden a remediar. En el caso de la rescisión la circunstancia a la que se atribuye el desequilibrio (estado de necesidad o de peligro) se refiere directa y necesariamente a uno de los sujetos del contrato; en el caso de la excesiva onerosidad (‘acontecimientos extraordinarios e imprevisibles’) las circunstancias que producen la desaparición del equilibrio contractual se indican genéricamente y no tienen que ver con ninguno de los sujetos del contrato”: MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., n.º 21, 55.

36 “Tomando pie en el artículo 1986 [del *Code civil* antes de la reforma] que sienta el principio de la gratuidad del mandato, los tribunales han reconocido siempre su poder de revisión del salario estipulado para el mandatario por el servicio prestado, y esta práctica se ha extendido a los honorarios de abogados, genealogistas, etc.”: CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. IV, 22ª ed., Puf, Paris, 2000, n.º 145, 283.

Reajuste automático por la aplicación de cláusulas de indización

Las partes pueden haber previsto el reajuste automático de los términos del contrato ante el advenimiento de determinados acontecimientos o, mejor, ante el impacto de ellos en la economía del contrato, acudiendo al empleo de índices de referencia. En tal caso puede decirse que, en principio, sobraría cualquiera intervención del juez, o que esa previsión desplaza de suyo la operación judicial. Sin embargo, no deja de surgir la inquietud de si cabría en el supuesto de que la magnitud del desequilibrio sea tal que sobrepasa con creces el monto del reajuste, es decir, cuando los hechos desbordan no solamente la ecuación de la relación inicial sino también aquella resultante del reajuste automático prevenido por las partes, aplicando una pauta análoga a aquella con que se procedería cuando, con posterioridad al reajuste, la perseverancia de los mismos hechos o el advenimiento de otros desembocan en un nuevo desequilibrio o, lo que es igual, en una agravación del ya atendido.

Reajuste de los términos del contrato por acuerdo de las partes

Por otro lado, las partes, ante el advenimiento de circunstancias que alteran sustancialmente la economía del contrato y, por ende, el equilibrio prestacional, bien pueden darlo por terminado por mutuo acuerdo, y proceder a la liquidación correspondiente, como también reajustarlo de modo de restablecer aquel equilibrio, con lo cual el compromiso saldrá fortalecido en virtud de su actualización. Y dentro del poder que tienen sobre la disposición precedente, está a su discreción reducirse a indicar los términos por los cuales se regirán sus relaciones hacia el futuro o, adicionalmente, volver sobre el pasado, de modo de modificar las prestaciones pendientes, tanto las ya devengadas como las que llegarán a ser exigibles luego, como a bien tengan, todo con indemnidad plena de los derechos de terceros.

Es natural pensar ante todo en el avenimiento de las partes para resolver por sí mismas el *impasse*, directa y personalmente, o con la participación de mediadores, o incluso indirectamente, apoderando ambas a un tercero con facultades para transigir. Solo en el supuesto de imposibilidad de tal acuerdo amigable vendrá el recurso a la jurisdicción ordinaria o al arbitramento prevenido en cláusula compromisoria dentro del contrato o pactado al calor del conflicto³⁷.

Adaptación o terminación por decisión judicial

El contrato inicial no tiene porvenir; por esa razón una de las partes acude a la jurisdicción en busca de una solución: o la adaptación de sus términos, o la terminación.

37 “La exigencia de corrección del contrato por obra de las propias partes en primer lugar, como remedio correctivo menos sujeto a errores judiciales de valoración respecto de una *reductio ad aequitatem*, que inducirá a las partes a encontrar por sí mismas el equilibrio y ‘tener lejos al juez’

El juez, como primera medida, habrá de establecer si se reúnen las condiciones normativas previstas para su intervención y, seguidamente, optar entre las dos salidas, y, caso de tomar la vía del reajuste prestacional, indicar los términos económicos correspondientes. Dirá, conforme a las pretensiones de la demanda y las excepciones (art. 306 c. de p. c.; cfr. art. 282 c. g. p.), si su decisión abarca el tiempo pasado y en qué forma se proyecta hacia el futuro. En caso de reajuste, el contrato sale “consolidado” con el aporte de la intervención judicial.

La ley de “modernización” (*Modernisierung*) del BGB (§ 313.3), dentro del subtítulo de “Adecuación y terminación del contrato”, previene como primera medida, frente a la “alteración del contenido negocial”, “una adecuación del contrato”, y que “si ello no es posible o no es pretendible por una de las partes, la parte en desventaja puede desistir del contrato”.

Se habla, entonces, de “contrato contingente”, conformado por lo que queda del contrato inicial y la decisión modificatoria del juez, que se integra a aquel, para formar un solo cuerpo, cuyas pautas regirán las relaciones futuras entre las partes, cualquiera de las cuales podrá pedir luego, caso de que se llegaren a presentar de nuevo las condiciones para la intervención judicial, un nuevo reajuste, quienquiera que ella sea y en la dirección que sea³⁸.

Efectos de la decisión judicial

Se trata de una decisión constitutiva que produce efectos de cosa juzgada, que simplemente quiere decir que entre las mismas partes no podrán replantearse las mismas pretensiones derivadas de unos mismos hechos. Pero el contrato contingente es susceptible de una nueva revisión, en vista de la ocurrencia de hechos que hayan producido nuevamente desequilibrios.

La sentencia es susceptible de los recursos que le son propios, como también de impugnación en proceso separado, en cuanto contrato contingente, por anomalías que se hubieran presentado en su celebración, en los mismos términos que cualquier

o, si se prefiere, ‘neutralizar el riesgo juez’”: MACARIO, “Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fraimprese: verso una nuova clauola generale”, *Rivista diritto civile*, 2005, 1, 699.

38 “El contrato contingente se forma con el pronunciamiento del juez que viene a adaptar las condiciones iniciales. Este procedimiento sustituye al habitual intercambio de consentimientos de las partes. Esto no significa que el juez se convierta en una parte del contrato. [...] La adaptación que conduce a crear el contrato contingente se impone a las partes o a una de ellas, por lo cual parecería posible clasificar este nuevo tipo de contrato dentro de la categoría de los ‘contratos impuestos’. [...] La existencia del contrato contingente está subordinada al pronunciamiento judicial que verifique la adaptación autoritaria dispuesta por el juez directamente o bajo su control”: GRYNBAUM, *Le contrat consensuel*, cit., n.º 417, 272, n.º 419, 273, y n.º 433, 283. “El contrato contingente es una convención modificada por el juez, autorizado por el legislador, que se convierte en un acto híbrido: de una parte, en razón de su origen contractual y de sus efectos jurisdiccionales; y, de otra parte, porque da origen a un contrato modificado por una sentencia”: GRYNBAUM, *op. cit.*, n.º 103, 83. Véanse laudos arbitrales *RCN Televisión S. A. vs. Comisión Nacional de Televisión* del 26 de noviembre de 2001 y *Caracol Televisión S. A. vs. Comisión Nacional de Televisión* del 26 de noviembre de 2001.

otro negocio jurídico. A más de lo cual ha de advertirse que la revisión del contrato inicial no implica purga de los vicios o irregularidades que este pueda presentar, o extinción de las acciones o excepciones correspondientes. Sin que, por lo demás, pueda atribuírsele al silencio o pasividad de las partes frente al pronunciamiento judicial el alcance de confirmación o “ratificación”, con efecto de purga de vicios, comoquiera que tal figura presupone una declaración o un comportamiento a propósito, que no aparece acá respecto de ninguno de los dos contratos: el inicial y el contingente³⁹.

Incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato reajustado

Las obligaciones determinadas en el contrato contingente son de cumplimiento forzoso para ambas partes, y su inexecución puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento.

El contrato contingente no constituye de por sí novación

No es dable pensar en *animus novandi*, para una novación que implicaría de suyo la extinción de las cauciones personales y reales⁴⁰.

Cláusulas de revisión y de renegociación. La *hardship clause*

En los contratos de ejecución proyectada al futuro se volvió habitual la estipulación de modificación de los precios periódicamente remitida a índices de precios de mercado (determinación *per relationem*), y en los de larga duración el pactar la revisión (reajuste) periódica de algunos términos, especialmente los precios, mediante acuerdos de las partes⁴¹. Aquella previsión, elemental en época de fluctuaciones frecuentes y grandes de los precios de bienes y servicios, del cambio de monedas, del poder adquisitivo del dinero, de la tasa de interés, durante largo tiempo rechazada por la legislación y la jurisprudencia, vino a ser aceptada con dificultad, a medida que se fue admitiendo la corrección monetaria de las obligaciones pecuniarias, a partir de las de valor, echando mano de un índice⁴². Así, se conviene un reajuste automático

39 GRYNBAUM, *op. cit.*, n.º 466, 309 ss.

40 Cfr. GRYNBAUM, *op. cit.*, n.º 458 ss., 302 ss.

41 “Aparecida inicialmente en los contratos de comercio internacional, la cláusula se encuentra también hoy en ciertos contratos internos, especialmente en las convenciones colectivas de trabajo. [...] Estas cláusulas dan origen a una doble obligación a cargo de las partes: la de entrar en discusión: obligación de resultado, y la de renegociar de buena fe, con voluntad de llegar a un resultado: obligación de medios. [...] En el evento de fracaso de la renegociación, algunas cláusulas prevén el derecho de las partes de terminar (*résilier*) el contrato. Y en la práctica, algunos jueces de mérito no vacilan en ejercer presión sobre las partes a fin de que exploren todas las posibilidades de reajuste de su contrato y procedan a un nuevo acuerdo”: TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Les obligations*, cit., n.º 474, 469.

42 Cfr. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, cit., n.º 80, 152.

y tarifado del equilibrio contractual, que opera en cuanto se presenten determinadas circunstancias, por ejemplo, cuando determinado índice de precios o tasa de cambio alcance o rebase determinado nivel. Al paso que la precaución de acordar que se abrirán negociaciones con miras a un reajuste en esas mismas circunstancias o delante de hechos análogos lo que establece es una obligación de negociar, de discutir, que exige, más que buena voluntad o mente abierta, una actitud de buena fe y lealtad. De entrada, le franquea la vía a un instrumento directo y particular de restablecimiento del equilibrio económico del contrato y de eventual terminación de este en caso de no lograrlo, frente a cambios de las circunstancias que alteren gravemente la economía negocial.

Al haberse generalizado la presencia de la cláusula de *hardship* en los contratos internacionales y, más, al haber sido incluida dentro de los Principios Unidroit⁴³, como también, luego, en los Principios de derecho europeo de los contratos⁴⁴, permite auspiciar que llegará a considerarla implícita en todo contrato, presente de suyo, a menos que las partes hayan dispuesto otra cosa⁴⁵ (¿cláusula de estilo?, o, mejor, ¿un *naturalia negotia*?).

La llamada cláusula de *hardship* genera una típica obligación de hacer, que no asegura de por sí un resultado, vinculada estrechamente con los deberes de lealtad y de ejecución de buena fe. Esto significa que las partes han de intentar una adaptación del contrato a las condiciones sobrevenidas. Trámite del que puede resultar la modificación de aquel por propia mano de sus autores, caso en el cual estos habrán de continuar ejecutándolo conforme a la nueva partitura, como también que las partes no se pongan de acuerdo. En esta eventualidad, a falta de previsión contractual, no podrán acudir a árbitro o a juez para que realice el reajuste. Por ello es aconsejable, y así se suele completar la estipulación, pactar que en tal caso las partes convengan la designación de tercero con ese encargo y las atribuciones de él, e inclusive, la manera de proceder a su nombramiento, caso de que tampoco se pongan de acuerdo al efecto⁴⁶.

Las partes en los contratos de obligaciones correlativas están mutuamente comprometidas a cooperar entre sí para la recta ejecución del contrato, esto es, para que este cumpla su cometido satisfactoriamente, y en la hipótesis de la obligación de revisar en un futuro las condiciones del contrato su deber es el de obrar con lealtad y corrección, honestamente ([anterior] art. 1134 [3] *Code civil*, § 242 BGB, arts. 1373

43 Artículos 6.2.2 y 6.2.3. Véase J. BONELL (a cura di), *I principi Unidroit nella pratica*, Giuffrè, Milano, 2002.

44 Artículo 6:111.

45 GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, cit., n.º 125 s., 87 ss.

46 “El acontecimiento constitutivo de *hardship* debe revestir ciertas características. Ante todo, debe ser imprevisible, es decir, haber escapado a las previsiones más razonables de las partes. Además, sus incidencias sobre el equilibrio contractual deben ser suficientemente sustanciales, de tal suerte que una de las partes habría de padecer rigores que equitativamente no se le podría exigir que soportara. Si los contratantes no se ponen de acuerdo en cuanto a la verificación de la exigencia de un caso de ‘fuerza mayor’ o de *hardship*, pueden prever dejar a un tercero, escogido por ellas, la facultad de decir si se dan o no las condiciones para la revisión”: SÉRIAUX, *Droit des obligations*, Puf, Paris, n.º 47, 175.

codice civile, 1603 c. c. y 871 c. co.)⁴⁷, concretamente, estar dispuestas a poner sus cartas sobre la mesa, no hacer exigencias inaceptables, hacerse cargo cada cual de los intereses y posición de la contraparte, y procurar la supervivencia del contrato en condiciones equitativas, para bien de ellas y de la economía en general⁴⁸.

En caso de que las partes lleguen a acuerdo, la cuestión consistirá en determinar si este alcanza o no a constituir un nuevo contrato (novación), o simplemente un reajuste del contrato en curso.

Piénsese en contratos de suministro, de concesión, de franquicia, o de obras mayores, cuya ejecución se prolonga en el tiempo.

Modificación del contrato por intervención del legislador

“Leyes de circunstancia”. Se mencionan, para comenzar, la ley Failliot de 21 de enero de 1918, que permitió revisar algunos contratos comerciales celebrados antes de la Guerra Grande, y luego, varias otras disposiciones, correspondientes a la segunda posguerra, que análogamente autorizaron la intervención judicial en materia de arrendamiento de locales de comercio, rentas vitalicias, donaciones con cargas, hasta aquellas que permiten al juez otorgar en determinadas circunstancias mayores facilidades de pago al deudor en dificultades y dirigir el trámite de regulación amigable de las relaciones entre el deudor que cesó pagos y sus acreedores, e inclusive la ley de 1889 atinente al sobreendeudamiento⁴⁹.

La revisión en el arbitramento internacional

La primera cuestión que se plantea en lo que hace al arbitramento relativo a la revisión de las condiciones de un contrato por la sobreviniencia de hechos que alteran fundamentalmente su base económica es la del ámbito de la competencia para juzgar acerca del lleno de los requisitos para la intervención judicial y, seguidamente, para

47 “La renegociación del equilibrio contractual debe operar de buena fe, con una voluntad común de obtenerlo y de mantener el contrato. Para facilitar ese resultado, las partes a menudo prevén la presencia de un tercero que las asistirá con sus consejos o, incluso, les propondrá una solución. [...] Si la negociación no prospera, el problema consiste en saber cuál será la suerte del contrato. Normalmente debería subsistir tal cual, a menos que las circunstancias que justificaron la negociación constituyan un verdadero caso de fuerza mayor que impida cualquiera ejecución, así fuera más onerosa. [...] La corte de París no vaciló en decidir que el juez podía, entre todas las fórmulas de readaptación propuestas a las partes, escoger la más conveniente e imponerla de oficio a las mismas”: SÉRIAUX, *op. cit.*, n.º 47, 175.

48 “Estas cláusulas, si bien suprimen el desequilibrio contractual, crean otras dificultades. No deben ni hacer indeterminado el objeto del contrato, ni reemplazar un desequilibrio contractual por otro, ni acarrear una inestabilidad económica generalizada al provocar una reacción en cadena. [...] El contrato a largo plazo, prácticamente no es susceptible de ejecución si no es renegociado: no sobrevive a una inestabilidad exterior sino volviéndose inestable”: MALAURIE et AYNÈS, *Contrats, quasi-contrats*, cit., n.º 365, 208 s.

49 GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, cit., n.º 15, 14 s., y n.º 20, 19.

la aplicación de las medidas correspondientes: adaptación o terminación. De más está decir que, siendo la competencia arbitral excepcional, el empoderamiento al árbitro a dicho propósito ha de ser inequívoco, surja de cláusula compromisoria o de compromiso al efecto, y que si se le faculta para resolver *ex aequo et bono*, o en conciencia, será incuestionable su facultad decisoria global. Análogamente a si su encargo es el de componer la *litis*, o si se le habilita para transigir a nombre de ambas partes.

En materia de arbitramento internacional, “la doctrina tradicional no reconoce la existencia de un principio de adaptación de los contratos cuando sobreviene una ruptura de su equilibrio”⁵⁰. Pero, comoquiera que los contratos han de ejecutarse con arreglo a la buena fe, o sea con lealtad absoluta, la que pudiera denominarse *lex mercatoria* se orienta en el sentido de impedir el aprovechamiento indebido del desajuste acontecido en el entretanto, con antecedente aislado de sentencia de 1956, que condenó a un Estado a pagar el precio de las prestaciones que la contraparte había ejecutado, en moneda que no estuviera devaluada⁵¹.

Por otra parte, por razones de previsión y seguridad, en el comercio internacional se ha generalizado la práctica de insertar en el contenido contractual la cláusula de adaptación (*hardship clause*), frente a la casi seguridad de que, en caso contrario, la pretensión de reajuste sea denegada por el tribunal en aras del principio *pacta sunt servanda*, llevado al extremo de reprochar o, mejor, sancionar la improvidencia de no haber estipulado aquella cláusula. Por lo demás, parece indicar que, en vista de cláusula de *hardship* y compromiso, se entiende que el árbitro queda investido de atribuciones para adaptar la convención desequilibrada⁵².

En la jurisprudencia arbitral nacional, la aplicación de la teoría de la imprevisión y el reajuste de las prestaciones por excesiva onerosidad sobrevinida es corriente, en especial en los contratos estatales o administrativos⁵³.

50 GRYNBAUM, *op. cit.*, n.º 119, 92 y nota 557, con cita de sentencias en el marco de la CCI de 1974 y 1976, que “rechazan la idea de una cláusula *rebus sic stantibus*, salvo que los derechos nacionales de las partes acepten la revisión por imprevisión”.

51 GRYNBAUM, *op. cit.*, n.º 119, 93.

52 Esto en fuerza del desarrollo del caso *Quintette Coal*, sociedad canadiense que habiendo contratado con clientes japoneses el aprovisionamiento de carbón a quince años, con cláusula de adaptación del precio, acompañada de una de *hardship*, que permitía a las partes acudir a arbitraje en el evento de que el cambio del precio fuera muy grande, fue convocada a proceso debido a una baja de este grande y prolongada. Los árbitros acogieron la pretensión de reajuste, al que procedieron a reducir el precio progresivamente, por anualidades. Los tribunales canadienses desestimaron la demanda de nulidad de la sentencia por parte de Quintette, que alegaba desbordamiento de los poderes de los árbitros. Véase GRYNBAUM, *op. cit.*, n.º 122, 95 ss.

53 Cfr. laudo en el arbitramento *Empresa de Energía Eléctrica de Boyacá vs. Compañía Eléctrica de Sochagota*, 21 de octubre de 2004, Cámara de Comercio de Bogotá.