

CORTE  
SALA

SUPREMA  
DE

DE  
CASACIÓN

JUSTICIA  
CIVIL

Magistrado  
WILLIAM

NAMÉN

ponente  
VARGAS

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de febrero de dos mil doce (2012)  
Discutida y aprobada en Sala de veintidós (22) de noviembre de dos mil once (2011)

Referencia:11001-3103-040-2006-00537-01

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

#### ANTECEDENTES

1. En el libelo genitor del proceso, se pidió declarar la modificación sustancial de las condiciones económicas bajo las cuales se celebró el mutuo contenido en los pagarés 52290-7, 69891-2 y 200425156 suscritos a 2 de noviembre de 1995, mayo 31 de 1999 y octubre 14 de 1999, y en la hipoteca abierta sin límite de cuantía 03955 otorgada el 25 de agosto de 1995 en la Notaría 42 de Bogotá, por circunstancias ocurridas durante su ejecución que tornaron excesiva la prestación asumida, ordenar revisarlo según sentencias C-383, C-700 y C-747 de 1999, SU-846, C-955 y C-1140 de 2000, la Ley 546 de 1999, y la sentencia de mayo 25 de 1999 del Consejo de Estado, volver a liquidar las prestaciones, condenar a la demandada a devolver el exceso, indemnizar los daños materiales en suma estimada de \$186.462.372 a título de lucro cesante o, la fijada por peritos, los morales en el equivalente a 500 salarios mínimos mensuales vigentes o, lo tasado, por traumas y angustias, e imponerle las costas; subsidiariamente, pidióse declarar ejercicio abusivo de la posición dominante en el mercado y en el contrato por la entidad financiera para beneficio propio con detrimento del patrimonio moral, comercial y personal de los demandantes, condenarla a pagar los daños causados en la cuantía razonable demostrada, y una indemnización indexada equivalente a una y media veces los intereses capitalizados.

2. El petitum se soportó, en los siguientes hechos:

a) La entidad financiera otorgó a los demandantes crédito en UPAC según pagaré 51290 suscrito el 2 de noviembre de 1995, por \$45.0000.000 para adquirir el inmueble con folio inmobiliario 50N-20209974, garantizado con hipoteca sobre el bien, cuyo pago harían en ciento ochenta cuotas mensuales incluida corrección monetaria, intereses de plazo al 18% mensual y moratorios a la máxima legal permitida.

b) La prestación se incrementó por circunstancias extraordinarias, ajenas e imprevistas, posteriores al crédito al modificarse la UPAC con el cálculo de la corrección monetaria conforme a la variación diaria del dinero a favor del acreedor, el pago de intereses de plazo y la capitalización que la acrecentaron excesivamente, agravaron y dificultaron su cumplimiento, por lo cual, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado declararon inexecutable apartes del Decreto 663 de 1993, nulo el artículo 1º de la Resolución 18 del 30 de junio de 1995 que ataba el cálculo del UPAC al DTF, entre otras decisiones, procediendo la entidad financiera al tenor de la Ley 546 de 1999 a liquidar el crédito, convertirlo a UVR y a darles un alivio por \$16.151.067, sin saberse la forma en que lo hizo, o si se ajusta a los parámetros legales y jurisprudenciales.

c) Fundados en la ley y jurisprudencia indicadas, solicitaron a la entidad demandada revisar el mutuo, reliquidar la prestación y abonar el exceso cobrado, pero les contestó que debían estar al día en el pago para estos beneficios, no obstante otorgarles pagaré 69891-2 por \$3.145.501 el 31 de mayo de 1994 y, en el 2004, el No. 200425156 abonando \$13.327.911,57.

d) Durante la ejecución pagaron montos excesivos que deben devolverse con sus frutos y sanciones, so

pena de enriquecimiento indebido para el acreedor con empobrecimiento injustificado del deudor.

e) La situación causó detrimento patrimonial, afectó la tranquilidad, bienestar, el desarrollo familiar, acabó la unión marital, y la conciliación efectuada el 23 de agosto de 2006 ante la Notaría 52 de Bogotá, se frustró.

3. Trabada la litis, la demandada al protestar el petitum, interpuso las excepciones perentorias de "[a]ceptación expresa de los deudores de las Unidades de Poder Adquisitivo Constante UPAC, al momento de firmarse el contrato de mutuo y la escritura de hipoteca"; "[i]nexistencia de enriquecimiento ilícito por parte de CONCASA S.A. de BANCAFÉ o GRANBANCO S.A."; "[i]nexistencia de la excesiva onerosidad de las obligaciones-exceso en el cobro de intereses por parte del extremo pasivo de la acción"; "[i]naplicabilidad del Art. 830 del Código de Comercio a los contratos bilaterales que constituyen el acuerdo de voluntades pactado entre las partes"; "[i]nexistencia de circunstancias de hecho o de derecho para argumentar que los demandados han hecho pago de lo no debido al demandado"; "[i]nexistencia de elementos de hecho o de derecho para reclamar la imprevisión"; "[a]usencia de derecho para pedir la reliquidación de la obligación hipotecaria y devolución de presuntos pagos en exceso hechos por los demandantes"; "[i]nexistencia de causa para solicitar la indemnización de perjuicios materiales: lucro cesante y daño emergente por \$170.000.000.00 y \$182.000.000.00, respectivamente"; "[a]usencia de causales que den lugar a que se declare la cancelación del contrato de mutuo"; "[f]alta de elementos de hecho y de derecho para pretender la indemnización de perjuicios morales"; "[a]usencia de causas de orden fáctico o de derecho para solicitar la nulidad absoluta del contrato de mutuo"; "[i]naplicabilidad de las normas comerciales que disponen el pago de la indemnización indexada, según disposiciones de la Corte Constitucional y Art. 884 del Estatuto Mercantil"; "[l]a liquidación de intereses se hizo con base y aplicación de las normas legales"; "[o]bjeción, contradicción y rechazo por error grave de las reliquidaciones y/o liquidaciones de los créditos presentadas como pruebas de la parte demandante"; "[e]xcepción de pago"; "[e]nriquecimiento sin causa"; "[c]aducidad y prescripción" y "[l]a genérica del Art. 306 C.P.C."

4. La decisión de primera instancia pronunciada el 2 de septiembre de 2008 por el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Bogotá, declaró probadas las excepciones, denegó el petitum, condenó en costas y fue confirmada por el Tribunal en la de 24 de mayo de 2009 al desatar la apelación de la demandante.

## **LA**

## **SENTENCIA**

## **IMPUGNADA**

1. Delanteramente, el juzgador sintetizó el petitum, sustentó fáctico, actuación procesal, réplicas, sentencia apelada e impugnación, encontró los presupuestos procesales, memoró las pretensiones fundadas en la teoría de la imprevisión consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, y dilucidó su concepto, presupuestos y efectos.

2. Enseguida, descendió a la litis, para precisar la demostración de los contratos de mutuo, todos de tracto sucesivo a cumplirse en períodos fijos según los documentos aportados por la demandada y los pagarés 51290-7 otorgado el 2 de noviembre de 1995, en UPAC por 5.849,4659 unidades con vencimiento final el 2 de noviembre de 2010, pagadero durante un plazo de 15 años en 180 cuotas mensuales sucesivas, la primera el 5 de diciembre de 1995, con obligaciones aún no exigibles, a plazo y por cumplir, 69891-2 y 200425156, pactados en pesos, aquél por \$3.145.501 con vencimiento final del 31 de mayo de 1999 a pagar en cuotas mensuales sucesivas a partir de ese día, y el último por \$13.327.911,57 tiene vencimiento final el 14 de octubre de 2006, pagadero en cuatro cuotas semestrales de capital cada una por \$3.331.997,89 desde el 14 de abril de 2005.

3. A continuación, consideró viable la imprevisión, para preservar el equilibrio, no sólo en contratos "sinalagmáticos perfectos" de tracto sucesivo por engendrar desde su existencia mutuas obligaciones, sino en los unilaterales como el mutuo o el comodato, con prestaciones de futuro cumplimiento, porque la revisión persigue ajustar la prestación a su discurrir normal, y a falta de limitación normativa la onerosidad no se mide referida a otra existente o presunta, es factor objetivo de evaluación para mantener la paridad de las partes en un pacto "que, por no ser de ejecución instantánea, se desconoce desde el momento de su celebración si las prestaciones en el futuro permanecerán iguales, más aún en casos en los que la prestación se pactó en UPAC o UVR", donde la oscilación económica incide aumentando su valor conforme al costo de la vida, y si bien por regla general se excluye en el mutuo

por su ejecución instantánea, debe distinguirse el cumplimiento a corto tiempo del pactado a varios años mediante el pago de cuotas mensuales sucesivas, por lo cual concurre este requisito.

4. Luego, encontró el Tribunal, la ocurrencia de las circunstancias posteriores al contrato, extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, la alteración de la onerosidad de las prestaciones futuras, porque convenido el crédito en UPAC, diseñado para corregir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda a través de su diaria actualización, se modificó el sistema de liquidación inicial vinculándose al DTF, al interés promedio pagado por los bancos comerciales por los depósitos a término fijo, adoptado en 1995 por el Banco de la República según Resolución Externa No. 18 del 30 de junio, y "las deudas contraídas por los usuarios ... se volvieron impagables" por incremento exagerado del valor de los créditos aún en exceso del precio de la vivienda, forjando "un caos en la economía nacional", reconocido en las sentencias C-383, C-700 y C-747 de 1999, y de 21 de mayo de 1999 del Consejo de Estado declarando nulo el acto administrativo.

5. Prosigue, teniendo probados tales presupuestos respecto del crédito en UPAC plasmado en pagaré No. 51290-7, no los restantes en pesos, para desestimar el tercer requisito, o sea, la modificación de la prestación en forma excesivamente onerosa o ruinoso con pérdida total de la capacidad de recuperar el patrimonio a punto de "imposibilitar" su cumplimiento, porque no obstante contraerse en noviembre de 1995, perdurar la crisis del UPAC hasta la vigencia de la Ley 546 de 1999, como confiesan los demandantes en el hecho vigésimo segundo del libelo, en ese lapso no incurrieron en mora, y solo a partir de 2004, desvanecida la crisis, aplicada la reliquidación y reestructuración de los créditos a UVR, les fue difícil cumplir, tuvieron capacidad de pago en el lapso crítico e incumplieron vigentes los mecanismos legales correctivos, "lo que hace, en consecuencia, inaplicable la figura de la '[i]mprevisión en los contratos' para este caso específico, pues tal como lo entiende la doctrina, tal dispositivo tiende a readecuar las prestaciones a futuro, lo que ya se había hecho con la nueva Ley 546 de 1999".

6. Sobre la censurada omisión por el a quo de la reliquidación del crédito, el juzgador indicó que "fue planteada como una pretensión sucesoria o sucesiva" subordinada a la prosperidad de la imprevisión, y fracasada "ningún sustento tenían ya las pretensiones sucesivas de revisión del contrato, la devolución de lo pagado o la reliquidación de la obligación", además el juez debe interpretar la demanda para definir sus alcances, "mas no extender su ámbito a temas no planteados", asumiendo competencias ajenas.

7. Frente a las súplicas subsidiarias del ejercicio abusivo de la posición dominante, el sentenciador de segunda instancia, matizó oscuridad en su materialización, ni se recaudó prueba alguna para inferirla, y si reside en la crisis económica, no obedeció a la demandada.

8. Hubo una aclaración de voto porque habiendo aceptado los deudores en el pagaré 51290-7 reajustes periódicos en materia de UPAC o de intereses y por la naturaleza de los sucesos, la crisis económica suscitada es ajena al azar, tampoco configura circunstancias de naturaleza extraordinaria, imprevistas e imprevisibles y posteriores al mutuo desde cuya celebración fue conocida y consentida.

**EL RECURSO DE CASACIÓN**

Formuló cuatro cargos, se inadmitió frente a los dos primeros, y admitió respecto del tercero y cuarto replicados, a cuya decisión se procede.

**CARGO TERCERO**

1. Por la causal primera de casación consagrada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa la sentencia por infracción directa del artículo 868 del Código de Comercio, a causa de error de hecho probatorio.

2. El juzgador, dice el casacionista, incurrió en los siguientes yerros fácticos:

a) No dar por demostrada, estándolo, la excesiva onerosidad de las obligaciones contraídas, al suponer en torno a las modificaciones del contrato plasmadas en el pagaré 51290-7, pactado en UPAC, ausente la excesiva onerosidad a punto de imposibilitar su cumplimiento, y al no considerar "pruebas tales como" la evaluación técnico jurídica de los créditos donde consta su incremento "que de \$802.818 que fue el

pago de la primera cuota, en enero del año 2000, la cuota mensual costaba el doble, \$1.681.150" (fls. 13-21, cdno. 1), el histórico de pagos expedido por la entidad crediticia (fls. 22-26, cdno. 1) y la manifestación de la demandante a propósito de la fijeza en pesos de la cuota durante un año y su aumento con la sumatoria de la corrección monetaria el siguiente (fl. 91, cdno. 1).

b) Asumir sin prueba que las obligaciones de los pagarés 69891-2 y 200425156 carecen de relación con la crisis económica, no obstante estar probado sus "efectos perversos" con la evaluación técnico jurídica de los créditos y el histórico de pagos, entre enero, febrero, marzo, junio y agosto de 1996, enero y octubre, con pagos parciales en febrero, marzo, abril y junio de 1997, julio, septiembre y noviembre de 1998, febrero de 1999, pagando con un crédito externo de \$5.762.000 hasta la aplicación de Fogafin en mayo de 1999 por \$3.297.498, lo que evidencia la onerosidad.

c) Tener probada, sin estar, la falta de modificación de las prestaciones en grado de excesiva onerosidad, cuando las anteriores pruebas acreditan la mora permanente y el atraso con acumulación de cuotas.

d) Preterir la prueba de la mora entre noviembre de 1995 y la vigencia de la Ley 546 de 1999, 23 de diciembre, cuando se otorgaron créditos adicionales, 69891-2 y 200425156, para cubrir las presentadas entre 1995 y 1999, lo cual desvirtúa "que se haya cumplido con las obligaciones".

e) Tener demostrada, sin estarlo, la capacidad de cumplimiento en el período crítico y la falta de pago posterior, implementados los mecanismos legales para superarlo, pese a la constante dificultad para cumplir los pagos que los colocó en mora conforme a las evidencias señaladas.

f) No dar por demostrado, estándolo, el segundo presupuesto axiológico de la revisión del contrato, "error garrafal de hecho", al ser "evidente, con la observancia de las pruebas atrás indicadas, que no es cierto que se haya cumplido con las obligaciones, porque siempre estuvimos en mora, arrastrando varias cuotas pendientes de pago", según el hecho décimo primero del libelo, el aumento con los incrementos exorbitantes de las cuotas, el capital y, ya en el 2004, fue imposible pagar las mensualidades, casi triplicadas.

3. Concluye el casacionista, desorientación en la aplicación de la imprevisión por errores de hecho probatorios, pide casar la sentencia, y en sede de instancia, revocar el fallo del a quo para declarar la prosperidad del petitum.

## CONSIDERACIONES

1. La simetría prestacional del negocio jurídico, en atención a su concreta disciplina normativa, especie, función práctica o económica social, autorregulación, utilidad o fines, en oportunidades se altera por causas sobrevenidas, extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes, no asumidas por disposición legal o negocial, y generatrices de una manifiesta, grave e injustificada desproporción o excesiva onerosidad.

Delante de tal problemática, en ciertas hipótesis, el ordenamiento jurídico prevé la revisión del contrato para corregir, restablecer o reajustar el desequilibrio, y en su caso, terminar el pacto, evitando las consecuencias nocivas o estragos que el cumplimiento en esas condiciones entraña al deudor con los desmesurados beneficios correlativos al acreedor.

**Al respecto, la doctrina, jurisprudencia y legislación comparada no es unánime.** De antiguo las soluciones oscilan ya entre la primacía absoluta de la obligatoriedad, perennidad e intangibilidad del contrato, su revisión, adaptación, modificación, reforma o reajuste admisible por equidad, bien su terminación. **Empero, la orientación mayoritaria contemporánea favorece la revisión, al repugnar a la conciencia jurídica el mantenimiento rígido del desequilibrio con las lesivas secuelas y ventajas exageradas e inesperadas del nuevo estado de cosas, a contrariedad de la simetría contractual.**

Las razones son múltiples, variadas y reconducen a la buena fe, justicia y equidad cuanto línea de conducta en la vida de relación, pues observa autorizada doctrina, "[l]a incertidumbre política, económica, financiera del mundo actual y, en especial, de algunas regiones, sumada a la universalización de las relaciones, cada día más intensa, y a las transformaciones veloces de la ciencia

y de la tecnología, despierta más inseguridad y menos confianza en la estabilidad de la base económica de los contratos de larga duración” (Fernando Hinesrosa, La revisión del contrato, en el Rapport général elaborado para las Journées Brésiliennes de la Association Henri Capitant, Rio de Janeiro - Saô Paulo, 23 - 27 mayo 2005).

El ius romano careció de regla general, y sus textos excluían solución abstracta unívoca a la imprevisión, atada al tipo negocial y a la distribución de los riesgos o peligros (periculum) previstos para cada contrato, a punto que los ajenos a los habituales, ordinarios, negociados, asumidos o distribuidos, eran asignados a una u otra parte aplicando criterios endógenos, v.gr, al dueño, comprador, mandante, socio, etc.

La doctrina de la cláusula rebus sic stantibus (estando así, conservar la situación de las cosas), fundada en la estrecha conexión lógica del contrato con la situación de hecho existente al celebrarse, postula la implícita inclusión en su contenido de una condición necesaria, esencial, fundamental e imprescindible para el cumplimiento, atañedora a la permanencia constante del marco de circunstancias fácticas o jurídicas, o estado de cosas primario, a cuya invariabilidad sujeta su obligatoriedad, y aún cuando, hay distintas posturas acerca de su exacto origen, suele atribuirse a la escuela del derecho medieval inspirada en las fuentes romanas (Africano, Quaestionum libro VII. D. 46, 3, 38 pr; Cicerón, De off., III, 25,94 y 95; Séneca, De benef. IV, 35,4 y 39,4; Digesto, 12, 4, 8, Neracio, libro secundo membranarum) y el ius canonicum (Enarrationes in psalmos, V, 7 SAN AGUSTÍN, Corpus iuris canonicum, Causa XXII, Quaestio II C. 14, decretum Gratianum; decreto de Inocencio III año 1207, Liber Extra 2. 24. 25).

En particular, Bartolo de Sassoferrato, vincula rebus sic se habentibus a las renunciaciones (R. Feenstra, Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus, en Daube Noster, Edinburgh-London, 1974, 84 y n-76; G. Osti., voce Clausola “rebus sic stantibus”, en Novissimo digesto italiano, III, Torino, 1959, 34 ss; ID., La cosí detta clausola <> nel suo sviluppo storico, en Riv. dir. civ., 1912), Baldo de Ubaldis (1327-1400) a las promesas (“potest’ se entiende ‘rebus sic se habentibus’ y las promesas ‘rebus sic se habentibus’; R. Cardilli., <> Tra storia e sistema, Torino, Giappichelli, 2004, 157, 158 ss; ID., Imprevisión y peligros contractuales en el sistema jurídico romanista”, en AA.VV, El contrato en el sistema jurídico latinoamericano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, II, pp. 253 ss) y Jasón de Mayno (1435-1519) a las disposiciones de última voluntad (in dispositione legum intelligitur clausula rebus sic se habentibus), contratos, privilegios, y juramentos (Adde quod ista clausula etiam intelligitur in ultima voluntate...Eodem modo dic in contractibus...Idem in privilegiis...Idem in iuramento); Alciato, reafirma la obligatoriedad del vínculo, excepto “cuando sobreviene un acontecimiento imprevisto y que las partes no han podido entrever su eventualidad” y diferencia el actum dependente ex voluntate unius o ex voluntate duorum; Coccejus, estimó vano el cambio sobrevenido, salvo en pertineat ad substantiam negotii; Layser la afirmó, y Grocio (iusnaturalismo laico; De iure belli ac pacis libri tres In quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur: 1939, Lib. II cap. XVI §§ 22 y 25), la protestó ciñéndola a los asuntos donde la condición tácita (‘si res maneat quo sunt loco’) del estado de cosas primigenio, fuera la razón fundamental del promisor para contratar, y cesara (rationis cessatio), según la interpretación de la voluntad del promitente (R. Cardilli, <> Tra storia e sistema, Torino, Giappichelli, 2004, 158 ss).

El Codex Maximilianus Bavaricus Civilis (1756), §4.15.12, incorporó la cláusula rebus sic stantibus, tácita y relevante en todo contrato si los cambios son poco fáciles de prever, ocurren sin mora, hecho o culpa debitoria y sea tal su naturaleza que de haberse conocido con la honestidad y desinterés de las personas inteligentes no se habría consentido, y remitió al juez valorar en el campo jurídico la extinción o reducción proporcional del desequilibrio sobrevenido. L’Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten, [1794], I.5, §377-384, y L’Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (A.B.G.B.) de Austria (1811, §936), establecieron mayores exigencias.

A fines del siglo XVIII y principios del XIX, surge una tendencia estricta y cuestiona la cláusula por desconocer la fuerza obligatoria del contrato con la ficción de la inalterable pervivencia de exactas circunstancias a las existentes al contratar.

El common law, confiere considerable importancia a la intangibilidad del contrato, cuyo cumplimiento (performance) es su modo extintivo, en particular, del contraído por un intercambio de promesas (bilateral contract, a promise for a promise) y desarrolla la doctrina de la frustración (doctrine of frustration), determinante de su terminación (termination) ipso jure con efectos liberatorios (discharge) ante la imposibilidad de lograr su función en virtud de sucesos externos.

En la jurisprudencia inglesa es paradigmático el caso *Paradine v. Jane* (1647), *Aleyn 26*, reforzando el cumplimiento del contrato, aún en situación de imposibilidad objetiva en cuanto ésta debió pactarse expresamente, rigor atenuado en *Atkinson v. Ritchie* (1809) 10 East 530, 534, al reconocer la liberación por causas sobrevenidas inimputables en razón de una cláusula implícita, en *Taylor v. Caldwell* (1863) 3 B. & S. 826, Court of Queen's Bench, extendiéndola no sólo a la imposibilidad por destrucción física de la cosa debida desde la perspectiva de una condición tácita (implied condition) integrante del contenido contractual, sino a la cesación "del estado de cosas que las dos partes contratantes asumieron como el fundamento del contrato", bastando "si un estado de cosas o condición expresada en el contrato y esencial para su cumplimiento se destruye o deja de existir en ese momento" (*Krell v Henry*, [1903], 2 K.B. 740, c.1903), hasta formular la doctrine of frustration por imposibilidad de alcanzar su función ante sucesos externos sobrevenidos que hagan ilícito, imposible o inútil cumplirlo, por cambios normativos ulteriores (*Denny, Mott and Dickson, Ltd. v. Fraser and Co. Ltd.* [1944] A.C. 265), ora decisión (interference) de la administración pública (*Ertel Bieber and Co. v. Rio Tinto Co., Ltd.* [1918] A.C. 260), bien destrucción física o deterioro funcional grave del objeto (*Asfar and Co. v. Blundell* [1896] 2 K.B. 126), o del medio para cumplir la prestación (*Nickoll and Knight v. Ashton, Edridge and Co.* [1901] 2 K.B. 126), muerte e incapacidad del obligado (*Whincup vs. Hughes* [1871] L.R. 6 C.P. 78); *Robinson v. Davison* [1874], L.R. 9 Q.B. 462. *Krell v. Henry* [1903] 2 K.B. 740). La doctrina, ab initio fue entendida como desaparición posterior de términos implícitos (implied terms), objetiva o subjetivamente; luego, en tanto medio justificativo de la intervención judicial para solucionar razonablemente la situación conforme a la equidad (Just and reasonable solution theory) o causa determinante de desaparición del fundamento del contrato (disaperance of the foundation of the contract), y hoy, en la común opinión, en cuanto cambio radical de la obligación (radical change in the obligation) de acuerdo con la reconstrucción de la promesa (true contruction) al instante de su celebración, la función económica y los efectos de los hechos en términos tales que el cumplimiento sea radical o fundamentalmente diferente (radically or fundamentally different in a commercial sense) y alteren la naturaleza fundamental del contrato (fundamental nature of the contract).

El sistema norteamericano, propende una solución justa y equitativa más acorde a los estándares del tráfico jurídico partiendo de la naturaleza vinculante e intangible del contrato para desarrollar la imposibilidad (impossibility of performance), la "impracticabilidad" (doctrine of impracticability) y la "frustración del propósito" (frustration of purpose). La Section 2-615, 'Excuse by Failure of Presupposed Condition' del Uniform Commercial Code (UCC) adoptado en los Estados, salvo

Louisiana, contempla la commercial impracticability, especie de imposibilidad económica cuando la prestación es "impracticable" por un hecho cuya no verificación (non-occurrence) es presupuesto implícito del contrato (basic assumption), y el comment 6, refiere a su adaptación por el juez cuando en el marco de circunstancias, la justicia y equidad contractual lo exigen según los estándares comerciales y la buena fe. No basta una desproporción cuantitativa o de valor de las prestaciones, requiérese un cambio esencial de su naturaleza (change in the essential nature of contractual performance).

La jurisprudencia de la Corte de Casación Francesa, a falta de norma abstracta explícita en el Code civil des Français (21 de marzo de 1804) amparando el pacta sunt servanda desde el arrêt de 6 mars 1876, l'affaire Canal de Craponne (en DP, 1876, I, 195, 193), descarta la théorie de l'imprévision porque el artículo 1134 del Code, a cuyo tenor el contrato es ley para las partes, "es un texto general y absoluto", "en ningún caso, corresponde a los tribunales, por equitativo que pueda parecerles su decisión, tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar las convenciones de las partes y substituir con unas nuevas las cláusulas libremente aceptadas por los contratantes", aunque en algún caso ha condenado a la indemnización de perjuicios por la negativa del acreedor a revisar el contrato cuando genera la ruina del deudor por vulnerar la buena fe (arrêt Huard: Cass. comm., 3 novembre 1992, en Bull. civ. IV n° 338), o disuelto el vínculo por equidad (Cass. Soc., 13 février 1958, en Bull. Civ., IV, n. 230, 160; Cass. Soc. 16 mai 1958, en Bull. Civ., IV, n. 574, 427), ilicitud prestacional sobrevenida por factum principis, y pérdida parcial de la causa (Cass. Soc. 17 juin 1981, en Bull. Civ., n. 568, 426).

A contrariedad, el Conseil d'Etat francés, a partir del célebre fallo Gaz de Bordeaux (l'arrêt "Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux" de 1916, 30 mars 1916, n° 59928, D. 1916 3.25), sin aplicar estricto sensu la imprevisión, dándose eventos sobrevenidos, imprevistos y extraños a las partes (vis extraria, fait du prince) generadores de un desequilibrio en la economía del contrato (bouleversement de l'économie du contrat), para evitar suspender el contrato por el interés público inherente a la continuidad del servicio, reconoció al afectado el derecho a una ayuda provisional ('droit à indemnité', indemnité d'imprévision) de la administración que le permita continuarlo (le contrat doit subsister), mientras se revisa. Por lo demás, varias leyes se inspiraron en la imprevisión (ad exemplum, la Ley Faillot, 21 de enero de 1918), la doctrina cuestiona con importantes razones la posición de la Corte de Casación, y el Avant-projet de reforma al libro de las obligaciones del Code Civile elaborado por la comisión Català, sugiere la renegociación en contratos de ejecución sucesiva o escalonada por grave alteración del equilibrio vernáculo de las prestaciones recíprocas (équilibre initial des prestations réciproques) merced a circunstancias sobrevenidas, en términos de perder todo interés el contrato para una de las partes (au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles), y de fracasar, la résiliation (artículos 1135-1 a 1135-3).

El derecho alemán, de tiempo atrás, aceptó la revisión del contrato. La jurisprudencia sostenida en el principio de la buena fe (Treu und Glauben) ex §§ 157 y 242 BGB, desde la primera conflagración mundial, la reconoció por desaparición sobrevenida imprevisible de la base primaria del negocio, al no avenirse a las buenas costumbres, el derecho y la justicia sujetar al afectado en las condiciones alteradas.

WINDSCHEID, elabora la doctrina subjetiva de la presuposición (Voraussetzung), una “condición no desarrollada” (unentwickelte Bedingung), ni expresada e implícita (Zur Lehre des Code Napoléons von Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1847, 270-297) bajo la cual las partes declaran su voluntad, “aquello sin lo cual no se habría querido” (Voraussetzung ist eben nicht dasjenige, weswegen man gewollt hat, sondern dasjenige, ohne welches man nicht gewollt haben würde; Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1859; ID., Lehrbuch des Pandektenrechts, I, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1879), y sujetan el efecto jurídico deseado al mantenimiento de cierto estado de cosas, situación fáctica o de derecho, circunstancias determinantes e influyentes (Bestimmungsgrund) de la declaración. OERTMANN, postuló la teoría de la base negocial (Geschäftsgrundlage), referida no al designio individual del contratante, sino a la común representación de una realidad fundamental, estado de cosas existente al celebrar el acto dispositivo que se inserta en su contenido con relevancia en la finalidad procurada por ambas partes, y así consideradas (Die Geschäftsgrundlage: ein neuer Rechtsbegriff, Leipzig, W. School, 1921).

Tan influyentes ideas, originan las concepciones de la base negocial subjetiva (subjective Geschäftsgrundlage), el conjunto de representaciones inductivas del acto, cuyas deficiencias se tratarían en los vicios sobre los motivos, y la base negocial objetiva (objective Geschäftsgrundlage), circunstancia cuya existencia según la intención de las partes es necesaria para la del contrato, y cuya anomalía se depuraría en la disciplina de la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

Se distingue entonces la desaparición sobrevenida de la equivalencia económica prestacional (Äquivalenzverstörung), la imposibilidad sobrevenida (nachträglichen Unmöglichkeit), objetiva y subjetiva (Unmöglichkeit y Unvermögen), la inexigibilidad de la prestación (Unzumutbarkeit, Unerfüllbarkeit), la ‘inaccesibilidad de la prestación’ (Unerreichbarkeit), la cesación del deber de prestación (Ausschluss der Leistungspflicht), la imposibilidad económica (Wirtschaftliche Unmöglichkeit) por hechos naturales o estado actual del conocimiento cultural, técnico o científico (naturgesetzliche Unmöglichkeit), la imposibilidad jurídica (rechtliche Unmöglichkeit), la perturbación de la finalidad (Zweckstörung), el cambio relevante o modificación sustancial entre la celebración y el cumplimiento (wesentliche Aenderung), la distribución legal o negocial de los riesgos (Risikoverteilung), su imputación a quien tiene el control de la fuente del riesgo y puede evitar el daño (Abwendbarkeitsprinzip), o al propietario que debe asumir sus costos por poder asegurarlos (Absorptionprinzip), o al acreedor de la prestación in natura, deudor de la prestación onerosa en exceso (Arbeitsteiligen Veranlassung) o según previsión o la práctica, escinde del contenido (Vertragsinhalt) la alteración, y la perturbación, irregularidad o anomalía en el cumplimiento (Leistungsverstörungen) comprensiva de toda hipótesis de incumplimiento o retardo imputable a las partes de la relación obligatoria, terceros o por causa de fuerza mayor.

La Ley de modernización del derecho de obligaciones -2001, vigente en enero/2002,- en el § 313, reguló la adaptación o adecuación (Anpassung) por cambio (Wegfall) o alteración de la base negocial (Störung der Geschäftsgrundlage), que a juicio de autorizados expositores recoge la modificación de la base objetiva (pr.1) y subjetiva (pr.2), el fundamento jurídico o económico y finalidad (Zweckvereitelung), sin limitarse a la simple desproporción cualitativa (C.W.CANARIS, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, en JZ, 2001, 499, 505; La riforma dil diritto tedesco delle

obligazione, trad. it. Cedam, Padova, 2003, 28 ss). El precepto, establece: “(1) Si las circunstancias que fueron fundamento del contrato han cambiado profundamente con posterioridad a su celebración, de modo que pueda considerarse que las partes no habrían celebrado el contrato, o lo habrían celebrado con un contenido diferente, de haber previsto dicho cambio, se puede exigir una adecuación del contrato en cuanto, cuando, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, y en particular la distribución de los riesgos prevista en el contrato o en la ley, razonablemente no se pueda exigir a una parte que continúe vinculada al contrato inalterado. (2) Al cambio posterior de las circunstancias se equipara la hipótesis en que las representaciones esenciales que fueron fundamento del contrato aparecen erradas con posterioridad a la estipulación de éste. (3) Si la adecuación del contrato no fuere posible o no pudiere pretenderse por una de las partes, la parte que vino a resultar en posesión desventajosa puede renunciar al contrato. En las relaciones de larga duración en vez del derecho de renuncia ella tendrá derecho a dar por terminado el contrato”.

La reforma alemana disciplinó también la inexigibilidad de la prestación (Unerheblichkeit), la ‘inaccesibilidad de la prestación’ (Unerschwinndlichkeit), la cesación del deber de prestación (Ausschluss der Leistungspflicht) ex § 275 y el derecho del deudor a rechazar el cumplimiento (Leistungsverweigerung), cuando la prestación es gravosa, desproporcionada o se presenta una perturbación del equilibrio o mayúscula desproporción (grob Missverhältnisse) de su valor, confrontado su contenido con la buena fe (§§ 323 ss, § 326 BGB).

España carece de norma general, (salvo p.ej., Ley 493, párrafo 3º, del Fuero Nuevo de Navarra y art. 43 de la Ley de Arrendamientos Rústicos), y el reconocimiento jurisprudencial de la imprevisión, es rígido y excepcional dándose una alteración extraordinaria de las circunstancias al instante del cumplimiento en relación con las previstas al momento de celebrar contrato, si la imprevisibilidad es absoluta y desencadena un desequilibrio prestacional exorbitante, inusitado y fuera de todo cálculo (TS. sentencias de 4 de junio de 1902, 25 de marzo de 1913, 6 de junio de 1939, 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, 30 de junio de 1948, 17 de mayo de 1957, 31 de octubre de 1951, 27 de octubre de 1964, 15 de marzo de 1972, 3 de noviembre de 1983, 9 de diciembre de 1983, 9 de julio de 1984, 19 de abril de 1985, 17 de mayo de 1986, 6 de octubre de 1987, 19 de octubre de 1989, 21 de febrero de 1990, 10 de diciembre de 1990, 23 de abril de 1991, 6 de noviembre de 1992, 17 de noviembre de 1993, 14 de diciembre de 1993, 4 de febrero de 1994, 15 de marzo de 1994, 4 de febrero de 1995, 29 de enero de 1996, 19 de junio de 1996). La doctrina, está dividida entre la revisión y la fuerza obligatoria e intangibilidad del contrato. La jurisprudencia ha acudido a la frustración de la causa, el fin del contrato o la desaparición de la base negocial (TS. sentencias de 23 de noviembre de 1962, R.J. 1962-5005; 25 de mayo de 1990, R.J. 1990-4082, 14 de septiembre de 1993, R.J. 1993-9881, núm. 129/2001, de 20 de febrero; F. De Castro y Bravo, El negocio jurídico, Madrid, Civitas, 1985, 322 y ss; C. De Amunátegui R., La cláusula rebus sic stantibus, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 50, 70 y 80 ss; L. Diez Picazo y Ponce León, Fundamentos de derecho civil patrimonial, Madrid, Civitas, 1996, I, 885 y ss.).

El Codice Civile Italiano (R.D. 16 marzo 1942, n. 262, Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942), artículos 1467 a 1469, trata “Dell' eccessiva onerosità”, inspiró el artículo 868 del Código de Comercio patrio, y dispuso: “En los contratos de ejecución continuada o periódica, como en los de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes se convierte en excesivamente onerosa por

verificarse un acontecimiento extraordinario e imprevisible, la parte que debe la prestación puede demandar la resolución del contrato (...) La resolución no puede ser demandada si la excesiva onerosidad subsiguiente ha entrado dentro del alea normal del contrato. La parte contra la cual se ejerce la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato." (art. 1468; G.B. Ferri., Dalla clausola "rebus sic stantibus" alla risoluzione per eccessiva onerosita, in Quadrimestre, 1988, num. 1, Milán, pp. 54 ss.).

La Corte Suprema de la República Popular China en términos próximos a la doctrine of frustration e impossibility, prohijó el cambio sustancial de las circunstancias posterior e imprevisible a la conclusión del contrato que no configure un riesgo comercial o de negocios y sea injusto a una de las partes o su ejecución frustre el propósito común, en cuyo caso, el tribunal decidirá la modificación o rescisión con sujeción a la equidad y a los hechos del caso (art. 27, 2a interpretación judicial de 24 de abril de 2009).

Disciplinan la cuestión, entre otras, las legislaciones de Grecia (art. 388, C.C de 1940), Egipto (art. 147.2º C.C. de 1949), Portugal (art. 437, C.C de 1966), Holanda (art. 6:258, C.C de 1992), Polonia (art. 269, C.C de 1933), Hungría (§ 241, C.C. de 1970), Checoslovaquia (§ 212 C.C.), Etiopía (art. 3183 C.C), Argelia (art. 107, C.C. de 1970), Rusia (arts. 450-451, C.C. 2002), Argentina (art. 1198, C.C. sustituido por Ley 17711, BO 26/4/98), Brasil (arts. 478-480, C.C. 2002; 6, inc. V, Código de defesa do consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), Bolivia (arts. 581- 583, C.C; 802 y 803, C. de Co.), Colombia (art. 868, C. de Co), Cuba (art. 80, C.C), Guatemala (art. 1339, C.C), Paraguay (art. 672, C.C) y Perú (arts. 1440-1446, C.C de 1984).

Es, igualmente reconocida la revisión del contrato por alteración del equilibrio prestacional en el contexto actual de la lex mercatoria inserta en la economía de mercado caracterizada por la producción, distribución, circulación y el consumo masivo, la globalización, expansión e integración mundial, avances del desarrollo científico, técnico y tecnológico, aprovechamiento de la cibernética, electrónica, informática, telecomunicación digital o satelital, la competencia y negociación a gran escala, expedita, sin barreras geográficas ni temporales, más allá de los esquemas normativos tradicionales, en progresiva propensión mundial a la armonía, unificación o uniformidad de las reglas aplicables.

La lex mercatoria, útil para apreciar la orientación moderna, refleja los usos, prácticas o costumbres, los principios generales del derecho, la experiencia del foro en las relaciones jurídicas contractuales u obligatorias internacionales, y el interés de los Estados en la armonía y uniformidad del derecho en atención a la globalización de la economía y el mercado, a través de organismos internacionales, públicos o privados, como la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI o UNCITRAL) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). La Convención de las Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG), incorporada al derecho interno por Ley 518 de 1999 (D.O. 43.656, agosto 5 de 1999, exequible según sentencia C-529 de 2001, promulgada por Decreto 2826 de 2001), si bien carece de previsión, en el artículo 79 prevé la exoneración de responsabilidad por incumplimiento de la obligación, probando "que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su

voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias", y en cualquier caso, la lex mercatoria propugna por las cláusulas (hardship) o la revisión del contrato.

Más recientemente, los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales -Principles of International Commercial Contracts (PICC)- de UNIDROIT, cuyo Estatuto Orgánico hecho en Roma el 15 de marzo de 1990 se incorporó a la legislación patria por Ley 32 de 1992 (D.O. 40.705, 31 de diciembre de 1992, exequible según sentencia C-048 de 1994), desde su primera versión, contienen directrices precisas sobre la fuerza obligatoria del contrato, la "excesiva onerosidad" (hardship) y la adaptación. Los Principios, simbolizan el esfuerzo significativo de las naciones para armonizar y unificar disímiles culturas jurídicas, patentizan la aproximación al uniforme entendimiento contemporáneo de las relaciones jurídicas contractuales, superan las incertidumbres sobre la ley aplicable al contrato, los conflictos, antinomias, incoherencias, insuficiencia, ambigüedad u oscuridad de las normas locales al respecto. Indispensable aclarar que las partes pueden regular el contrato mercantil internacional por sus reglas, en cuyo caso, aplican de preferencia a la ley nacional no imperativa, y el juzgador en su discreta labor hermenéutica de la ley o del acto dispositivo, podrá remitirse a ellos para interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos.

Los Principios, acentúan la permanencia y deber de cumplir el contrato, así llegue "a ser más oneroso para una de las partes" (art. 6.2.1, versión 2010). Definen la excesiva onerosidad como la alteración fundamental del equilibrio del contrato "por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja" (art. 6.2.3). En sus efectos, prevén el derecho de la parte afectada a reclamar su renegociación "sin demora injustificada", pero no la facultan "para suspender el cumplimiento", y de no obtenerse acuerdo en "tiempo prudencial", cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal, quien podrá "siempre que lo considere razonable", resolver o "adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio" (art. 6.2.3).

Los Principios del Derecho Europeo de Contratos- Principles of European Contract Law (PECL), Comisión Lando-, artículo 6.111, "cambio de circunstancias", iteran el cumplimiento de las obligaciones "aun cuando su ejecución se haya hecho más onerosa", el deber de las partes de entablar conversaciones para modificar o disolver el contrato, y si no lo hacen en término razonable, el juez podrá terminarlo o modificarlo "de modo de distribuir de manera justa y equitativa las pérdidas o ganancias derivadas del cambio", estando facultado para condenar a la reparación de daños "por la pérdida ocasionada con el rechazo de una de las partes a adelantar negociaciones o por la ruptura de éstas en forma contraria a la buena fe y a la corrección". De su lado, el Código Europeo de los contratos, prevé la "[r]enegociación del contrato" por "acontecimientos extraordinarios e imprevisibles", y de no lograrse el acuerdo, la parte legitimada debe plantear su

pretensión al juez, quien “tras evaluar las circunstancias y teniendo en cuenta los intereses y solicitudes de las partes, puede, recurriendo eventualmente a una experticia, modificar o resiliar el contrato en su totalidad o en la parte no ejecutada aún” (art. 157).

Esta Corte acogió la imprevisión en materia civil, aún ausente disposición jurídica expresa –aunque suele verse en los artículos 2060 [2] y 1932 in fine del Código Civil- como principio general del derecho (cas.civ. sentencias de 29 de octubre de 1936, XLIV, n.1918-1919, p. 455; 9 de diciembre de 1936, XLIV, n.1918-1919, p. 789; 23 de mayo de 1938, XLVI, n.1936, p. 523; marzo 24 de 1983, G.J. n. 2400, p. 61; Sala Plena, sentencia de 25 de febrero de 1937, XLIV, n.1920-1921, p. 613).

Justamente, itera la Corte, los principios generales del derecho, "constituyen prenotados, reglas o directrices primarias, universales, abstractas e irradiantes de todo el sistema jurídico, y por consiguiente, de la actividad de los jueces en su función prístina de administrar justicia. En este sentido, sirven al propósito de crear, integrar, interpretar y adaptar todo el ordenamiento jurídico. En el ordenamiento patrio, explica autorizado comentarista, ‘fue singularmente significativa la intervención de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de la segunda mitad de los años 30, que modernizó la concepción, la interpretación y la aplicación del derecho, en esfuerzo simultáneo con las demás ramas del Estado. Así, con mentalidad abierta, introdujo el espíritu de ‘jurisprudencia creadora’, y con ella, los principios de la buena fe-apariencia, simulación, fraude a la ley, abuso del derecho, responsabilidad civil, imprevisión, móvil determinante, error de derecho, enriquecimiento injusto’, a punto que, ‘[l]os principios generales del derecho han adquirido un valor ‘integrador’ del ordenamiento, concepciones, sentimientos, anhelos, contenidos, que pueden expresarse con fluidez, sin la virulencia de lo reprimido, de manera de agilizar la acomodación del derecho a la ‘modernidad’, no por afán de modo, sino por exigencia de actualidad, coherencia, justicia. En este sentido pudiera hablarse de ellos como ‘derecho flexible’” (Fernando Hinestrosa, *Des Principes Généraux du droit aux principes généraux des contrats*, Uniform Law studies etudes de droit uniforme, Unidroit, ns. Vol. III, 1998-2/3; *De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato*, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero/junio 2000, num. 5, p.13). [...] Más recientemente, reiteró ‘[...] el juez debe aplicarlos según el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 que ordena que se apliquen las reglas generales del derecho, a falta de ley o doctrina constitucional. [...]’ (Cas. Civ. sentencia de 7 de octubre de 2009, Exp. 05360-3103-001-2003-00164-01)” (cas. civ. sentencia de 30 de agosto de 2010, exp. 11001-3103-008-1998-00081-01).

Desde esta perspectiva, los principios generales del derecho, no sólo irradian sino integran el ordenamiento jurídico, y sirven al propósito de adaptarlo a las sensibles transformaciones dinámicas en la vida de relación, misión vital de la jurisprudencia (artículos 230 Constitución Política; 4º, 8º y 48, Ley 153 de 1887; cas.civ. sentencias de 29 de septiembre de 1935, XLIII, 129; 20 de mayo de 1936, XLIII, 47; 19 de noviembre de 1936, G.J. XLIV, 474; 11 de julio de 1939, G.J. No. 1949; 6 de septiembre de 1940, G.J. L, 39; 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322; 23 de junio de 1958. G.J. LXXXVIII, 232; 27 de octubre de 1961. G.J. XCVII, 143), por lo cual, la Corporación aceptó la imprevisión en las relaciones jurídicas obligatorias y contractuales civiles.

Al respecto, anotó: “[a]nte el principio de la autonomía de la voluntad y el postulado de que los

contratos son una ley para las partes, se ha suscitado la cuestión de si los tribunales pueden corregir o modificar cómo se ha de ejecutar un contrato cuando han surgido posteriormente a la ejecución de éste ciertos hechos que vienen a constituir un desequilibrio en la prestación de alguna de las partes, hechos extracontractuales y que no pudieron ser previstos cuando el contrato se celebró. Sobre el aforismo de los glosadores 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, se ha fundado la teoría de la imprevisión, que se encamina a darle al juez la posibilidad 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 sufra lesión en sus intereses. Aun cuando entre los modernos expositores del derecho existe discrepancia sobre la adopción de esta teoría y aun cuando en este fallo no se trata de su aplicabilidad, todos los expositores están de acuerdo en que ella no tiene cabida, ni 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 pudiera llegar a la revisión del contrato por ministerio de la justicia, puesto que la teoría sólo se inspira en la idea del equilibrio contractual” (cas.civ. sentencia de 29 de octubre de 1936, XLIV, 457-458).

Pronto, puntualizó: “[l]a teoría de la imprevisión que según Demogue nació en el derecho canónico debido a los esfuerzos de los canonistas de la Edad Media que impusieron su aplicación por los tribunales eclesiásticos, impidiendo así el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, como algo contrario a la moral cristiana, supone como subentendida en los contratos una cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual sus autores explicaban que las partes implícitamente se reputan haber subordinado la subsistencia de sus respectivas obligaciones, en los términos en que se habían convenido, a la persistencia de las condiciones de hecho existentes al día del contrato. La fórmula completa es: *contractus qui habent tractum succesivum et dependían de futuro rebus sic stantibus intelinguntur*. 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, la dificultan en forma extrema, haciéndola tan onerosa, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc. Aceptada casi unánimemente esta teoría en los últimos años por la doctrina y la jurisprudencia extranjera en el campo del derecho administrativo, no ha tenido sin embargo igual acogida en el campo del derecho civil, objetándose de contraria a la integridad y firmeza de los contratos. En Francia, la jurisprudencia de los tribunales civiles durante todo el siglo pasado rehusó aplicar la teoría, porque le daban primacía al principio de la autonomía de la voluntad. Solamente en los años posteriores a la gran guerra, 1914-1918, los grandes tratadistas a merced del abandono de la interpretación exegética de los textos tratan de incrustarla dentro de la doctrina de los códigos de tradición napoleónica, aun cuando entre ellos surgen desacuerdos cuando se le dedican a darle el verdadero fundamento científico. Así a la escuela espiritualista de Ripert, fundada sobre el predominio de la noción de moral, se oponen las opiniones de Bonnecasse y de Demogue, para quienes la noción de derecho y la función económica y social del contrato, bastan a justificar la teoría. Precisamente el principio sentado en el Código de Napoleón de que todo contrato celebrado

es una ley para los contratantes (artículo 1134, incisos 1° y 2°) principio repetido por el artículo 1602 de nuestro Código Civil, que es la disposición citada como violada por el recurrente, ha sido el grave escollo que muchos encuentran para aceptar la teoría de la imprevisión en las legislaciones de fuente francesa. Porque se alega que ese y otros preceptos ponen por sobre todo la intangibilidad de los contratos, haciendo de ese principio base esencial del orden económico y social, principio que le quita al juez todo el poder de interpretación tendiente a modificar las estipulaciones libremente con-venidas por las partes. La Corte de Casación de Francia condenando esta teoría con motivo de algunas decisiones de tribunales y cortes de apelación que la habían acogido dijo lo siguiente: 'La regla establecida por el artículo 1134 del Código Civil es general y absoluta y rige tanto en los contratos de prestaciones sucesivas, como en los contratos de otra naturaleza; en ningún caso los tribunales, por justas que parezcan sus decisiones, pueden tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar las convenciones (Cornelio Mihail Popescu -Essai D'une théorie de l'imprevisión en droit francais et comparé- París, 1937, pág. 77)". (cas. civ. sentencia de 23 de mayo de 1938, XLVI, 523 y ss).

Disciplinada en asuntos de trabajo (art. 50. C.S.T; cas. lab., sentencia de julio 13 de 2010, rad. 36563), la imprevisión se consagró en el artículo 868 del Código de Comercio de 1971 (art. 226 del Proyecto de Código de Comercio de 1958) sobre el modelo italiano (art. 1468, c.c.it). En la contratación estatal, la "ecuación contractual" se considera principio de orden público e impone mantener constante "la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar" (arts. 27; 3, inc. 2, 4 n°. 3-8- 9; 5-1, 14-1, 23, 25-14, 27 y 28 Ley 80 de 1983; 32, Ley 1150 de 2007; Decreto 2474 de 2008; 2°, 13, 58, 83 y 90, Constitución Política) "de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2011, 25000-23-26-000-1997-04390-01[18080]). El equilibrio económico del contrato estatal, principio esencial o fundamental, implica mantener inalterada la equivalencia prestacional, prevenir su alteración, adoptar medidas prontas e idóneas tendientes a su restablecimiento, y podrá alterarse, según la jurisprudencia contenciosa, ya por actos o hechos imputables a la entidad contratante -v.gr., el ius variandi, p.ej., la alteración de las condiciones existentes al contratar en ejercicio de las facultades "exorbitantes" de interpretación, modificación y terminación unilateral, y con ostensible error de técnica, ex art. 5 [num.2], Ley 80 de 1983, el incumplimiento contractual-, ora expedidos por cualquier autoridad u órgano del Estado, incluida la contratante, en desarrollo de facultades constitucionales o legales ("hecho del príncipe", figura ésta, estricto sensu diferente a la revisión por imprevisión), ora por la imprevisión merced a sobrevenidas circunstancias extraordinarias, imprevistas, imprevisibles, ajenas e inimputables a las partes (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 4 de septiembre de 1986, Exp. 1677; 31 de enero de 1991; 27 de junio de 1991, Exp. 3600; 27 de marzo de 1992, Exp. 6353; 5 de octubre de 1994, Exp. 8.223; 6 de septiembre de 1995. Exp. 7.625; 9 de mayo de 1996, Exp. 10.151; 15 de febrero de 1999, Exp. 11.194; 29 de abril de 1999, Exp. 14855; 21 de junio de 1999, Exp. 14.943; 29 de mayo de 2003, Exp. 14.577; 4 de septiembre de 2003. Exp. 22.952; 11 de septiembre de 2003, Exp. 14.781; 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119; 26 de febrero de 2004, Exp. 14.043; 14 de abril de 2005, Exp. 28.616; 7 de diciembre de 2005, Exp. 15.003; 7 de marzo de 2007, Exp. 15.799; 8 de noviembre de 2007, Exp. 32.966; 20 de noviembre de 2008,

Exp. 17.031; 7 de marzo de 2011, Exp. 20683; 31 de agosto de 2011, Exp. 18080; 28 de septiembre de 2011, Exp. 15476).

2. A la revisión del contrato mercantil refiere el artículo 868 del Código de Comercio, sin definirla. El aspecto para caracterizarla atañe a sus condiciones, requisitos o presupuestos y consecuencias normativas.

En torno a sus exigencias, delantadamente requiérese la existencia y validez del contrato. La inexistencia y la invalidez excluyen la teoría de la imprevisión y la revisión contractual por desequilibrio prestacional en tal virtud, sin perjuicio de los ajustes pertinentes en las prestaciones consecuenciales por nulidad. El contrato inexistente, no existe en cuanto al tipo negocial singular por omitir uno, varios o todos sus elementos esenciales (essentialia negotia) contenidos en su específica definición legis o social, necesarios, imprescindibles e insoslayables, sin los cuales no nace, crea ni constituye, o la forma solemne (ad substantiam actus) única manera de expresión, y al carecer de vida jurídica, no genera sus efectos, a excepción de las situaciones o relaciones contrahechas al margen de la inexistencia o su conversión en un tipo diferente. La invalidez, por ausencia o defecto de los presupuestos de validez del negocio jurídico –capacidad de parte, legitimación dispositiva, idoneidad del objeto, infracción del ius cogens, o en la nomenclatura legislativa, violación de una norma imperativa, incapacidad absoluta o relativa, ilicitud de causa u objeto, error, fuerza o dolo, etc.-, entraña nulidad absoluta o relativa, y por tanto, la destrucción del acto o parte aquejada del vicio, o sea, tiene un tratamiento jurídico distinto. La imprevisión tiende a revisar el contrato para mantener el equilibrio económico de las prestaciones, previene, evita o corrige las consecuencias de la prestación excesivamente onerosa para una de las partes, con los reajustes, adecuación, adaptación o reforma equitativa, y de no ser posible con su terminación. Por esto, sus causas, requisitos y efectos, son diferentes a los de la ilicitud del negocio, y por regla general, carece de efectos indemnizatorios, pues su finalidad no es resarcitoria, ni se origina en el incumplimiento.

El artículo 868 del Código de Comercio, dispone la regla para contratos de ejecución sucesiva, escalonada, periódica o diferida, cuyas prestaciones se proyectan en espacio temporal distante a su celebración, y pueden afectarse por circunstancias sobrevenidas, previas a su cumplimiento futuro y terminación. Exceptúa los contratos aleatorios y los de ejecución instantánea. De suyo, los eventos alteradores de la simetría prestacional, han de acontecer después de celebrado el contrato, durante su ejecución y previamente a su extinción. Por esto, el precepto excluye el de ejecución instantánea, al agotarse en un solo acto coetáneo, simultáneo, sincrónico e inmediato con su existencia, coincidiendo celebración y cumplimiento. Empero, el contrato puede crear prestaciones instantáneas, otras sucesivas, y los contratantes podrán diferir el cumplimiento mientras no contradigan el tipo contractual, ni la ley lo prohíba, ad exemplum, en el mutuo la obligación a cargo del mutuario de restituir el préstamo y pagar intereses, puede ejecutarse al celebrarse o en lapso posterior. La revisión del contrato, en rigor se justifica por una prestación de cumplimiento futuro, cuya ejecución se hace después, en lapso ulterior a su existencia, así la determinación del desequilibrio prestacional o la excesiva onerosidad derive no de esa prestación unitaria sino de todo el contrato. Compréndase, entonces, la imposibilidad práctica de una alteración sobrevenida cuando la prestación se cumple o ejecuta al instante de su existencia, extinguiéndose en el mismo

acto, también revisar o terminar lo que no existe. En torno a los contratos aleatorios, la realidad muestra la probable alteración sobrevenida de la equivalencia prestacional, o su excesiva onerosidad en el cumplimiento. Contraría la lógica descartar su presencia ulterior, en especial, tratándose de aleas anormales, ajenas o extrañas al tipo concreto de contrato aleatorio o a su estructura, disciplina legal o a la negociación, previsión, dosificación, distribución y asunción de los riesgos. En estos eventos, procede corregir toda alteración ulterior, imprevista e imprevisible, por fuera o más allá del riesgo propio o alea normal de estos negocios, naturalmente no bajo la regla comentada sino a través de los otros mecanismos singulares (v. gr., la revisión ex art. 1060 del C. de Co, en el seguro), ya los inherentes a la definición o regulación del tipo contractual específico, ora los generales de la buena fe, la equidad y justicia contractual, por cuanto en ningún contrato puede imponerse a una parte soportar al infinito todos los riesgos, menos los anormales so pretexto de la incertidumbre prestacional, el azar, albur o contingencia.

Dentro de los requisitos, está la sobreviniencia de las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional. Han de acontecer después de la celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato. La sobreviniencia de las circunstancias es inmanente al cambio o mutación del equilibrio prestacional en la imprevisión. Las causas preexistentes, aún ignoradas al celebrarse el contrato y conocidas después por la parte afectada, no obstante otra percepción (p.ej., art. 6.2.2, “(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;” Principios Unidroit, 2010), envuelven desequilibrio congénito, y escapan a la revisión ex artículo 868 del Código de Comercio, a cuyo tenor se autoriza cuando son “posteriores a la celebración de un contrato”.

En afán de precisión, la ignorancia de circunstancias preexistentes al tiempo del contrato, no legitima la imprevisión, y podrá originarse en quebranto del deber de información, lealtad, probidad, corrección, buena fe, las cargas de sagacidad, previsión o, configurar una hipótesis de error provocado o espontáneo, cuyo tratamiento es diferente a la imprevisión. En idéntico sentido, el desequilibrio prestacional congénito inicial, encuentra solución en otras figuras, *verbi gratia*, la rescisión o reducción del exceso a causa de una manifiesta desproporción e iniquidad prestacional o económica por estado de necesidad o de peligro (arts. 1550, 1551 y 1844 y ss. C. Co.), esto es, aprovechamiento por una parte de la conocida condición de debilidad, inferioridad, apremio o necesidad de la otra para obtener una ventaja excesiva e indebida, valorada por el juzgador y traducida en un acto desequilibrado o inicuo que, a diferencia de la fuerza, estricto sensu no comporta per se intimidación singular de una persona determinada sobre otra para obligarla a contratar (arts. 1514 y 1025 [4] C. C; 1.º, 2.º y 9.º, Ley 201 de 1959), la inherente a la lesión enorme (*laesio enormes*) en los contratos taxativamente enunciados por el legislador dándose la afectación tarifada o, en aquéllos cuyo desequilibrio es inferior o no están previstos, y en los restantes, según la disciplina general, la buena fe, la equidad y justicia contractual.

A contrariedad, la revisión del contrato ex artículo 868 del Código de Comercio, es el medio dispensado por el legislador al desequilibrio económico adquirido o lesión sobrevenida (*laesio superveniens*) por circunstancias posteriores, *distantia temporis* después de su celebración, durante su ejecución y antes de su terminación (*qui habent tractum successivum*). Bien se advierte del *factum normativo*, que la revisión versa sobre “la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una

de las partes”, esto es, no cumplida ni extinguida. La vigencia del contrato y la pendencia de la prestación, conforman condiciones ineludibles. Menester el vigor del contrato, y que la obligación no sea exigible, haya cumplido, ejecutado o agotado. Distinto es que, para establecer la onerosidad de la prestación de futuro cumplimiento, deba valorarse completo, pleno e íntegro el contrato y en su conjunto prestacional, tanto cuanto 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 la equidad y justicia. La revisión por imprevisión, es inadmisiblesi la prestación, no obstante la excesiva onerosidad se cumplió, lo cual salvo protesta, reserva o acto contrario, denota aceptación, tolerancia o modificación por conducta concluyente de la parte afectada. Aún, satisfecha con reserva o protesta, al extinguirse definitivamente, clara es su improcedencia, por versar sobre la prestación cuyo cumplimiento posterior sobreviene oneroso en exceso, y predicarse de la relación vigente ad futurum. Empero, por cuanto la imprevisión supone tanto el vigor del contrato como de la prestación de cumplimiento futuro, y no faculta a la parte afectada para incumplir la obligación, ni encarna elemento extraño o causa de imposibilidad obligatoria, en oportunidades, la revisión para corregir el desequilibrio, o en su caso, terminar el contrato, se frustra ante el cumplimiento o la terminación del contrato, en tanto obligada la parte a cumplir, el cumplimiento extingue la prestación, y extinguida por sustracción de materia, resulta entonces impertinente la revisión bajo la regla consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, juzga la Sala que reclamada la revisión antes y hecho reserva expresa la parte afectada al instante de cumplir la prestación excesiva o desequilibrada, no debe soportarla y tiene derecho a obtener el reajuste, desde luego, no a través de la imprevisión, sino de las otras vías consagradas por el ordenamiento jurídico, pues lo contrario equivaldría a patrocinar una situación manifiestamente injusta, inequitativa y lesiva de la justicia contractual.

Por consiguiente, ejecutado, terminado o concluido el contrato y extinguida por su cumplimiento la prestación, nada hay por revisar para reajustar, restablecer o terminar. Por esta inteligencia, a más de la imposibilidad lógica y práctica de revisar para corregir o terminar lo que no ya existe, los efectos cumplidos, producidos o consumados en situación de “excesiva onerosidad”, no admiten reclamación ni reparación por esta vía (cas. civ. sentencias de 29 de octubre de 1936, XLIV, p. 437 ss; 23 de mayo de 1938, XLVI, p. 544; 23 de junio de 2000, exp. 5475), tanto cuanto más que ello equivale a volver sobre lo extinguido con quebranto de la certeza y seguridad del tráfico jurídico.

Las circunstancias sobrevenidas al contrato, a más de extraordinarias, han de ser imprevistas e imprevisibles, y extrañas a la parte afectada. Extraordinarias, son aquellas cuya ocurrencia probable está fuera de lo ordinario, normal, natural, común, usual, lógico, habitual, corriente, frecuencia o periodicidad, atendido el marco fáctico del suceso, sus antecedentes, el estado actual de la ciencia, y la situación concreta según las reglas de experiencia. Imprevisible, es todo evento que en forma abstracta, objetiva y razonable no puede preverse con relativa aptitud o capacidad de previsión, “que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad... Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay porque prever lo que es excepcional” (cas. civ. sentencia de 27 de septiembre de 1945, LIX, 443), o según los criterios generalmente admitidos, poco probable, raro, remoto, repentino, inopinado, sorpresivo, súbito,

incierto, anormal e infrecuente, sin admitirse directriz absoluta, por corresponder al prudente examen del juzgador en cada caso particular (cas. civ. sentencias de 5 de julio de 1935; 26 de mayo de 1936; 27 de noviembre de 1942; 20 de noviembre de 1989; 31 de mayo de 1995; 20 de junio de 2000, exp. 5475). Imprevisto, es el acontecimiento singular no previsto ex ante, previa, antelada o anticipadamente por el sujeto en su situación, profesión u oficio, conocimiento, experiencia, diligencia o cuidado razonable. Lo extraordinario u ordinario, previsible e imprevisible, previsto e imprevisto, no obedece a un criterio absoluto, rígido e inflexible sino relativo, y está deferido a la ponderada apreciación del juzgador en cada caso según la situación específica, el marco fáctico de circunstancias, el estado del conocimiento, el progreso, el deber de cuidado exigible y la experiencia decantada de la vida.

La ajenidad de los hechos sobrevenidos al deudor es necesaria en la imprevisión, en tanto extraños a su órbita, esfera o círculo de riesgo, conducta, comportamiento, acción u omisión, hecho o acto, que no las haya causado, motivado, agravado, incurrido en dolo o culpa u omitido medidas idóneas para evitarlos o atenuar sus efectos, siéndole exigible y pudiendo hacerlo. Los eventos pueden originarse en la otra parte, nunca en la afectada, pues al serle imputable jamás podrá invocar su propio acto. Y lo que se dice de la parte comprende el hecho de las personas por quienes responde legal o contractualmente.

Por tanto, la negligencia, desidia, imprudencia, el dolo o culpa, la falta de diligencia, cuidado, previsión y la concurrencia, exposición o contribución de la afectada, así como la ausencia de medidas para evitar, mitigar o disipar la excesiva onerosidad (duty to mitigate damages), y en fin, la inobservancia de las cargas de la autonomía excluyen imprevisión, imprevisibilidad, inimputabilidad y extraneidad, a más de contrariar claros dictados éticos, sociales y jurídicos prevalerse de la propia conducta para derivar provecho con un desequilibrio que pudo evitarse, mitigarse o conjurarse, en quebranto a la lealtad, probidad, corrección, buena fe y fuerza obligatoria del contrato a que conduce admitir su revisión cuando la conducta del obligado es la causa o concausa de la excesiva onerosidad. Por ende, no opera la imprevisión cuando el suceso está en la esfera o círculo del riesgo de la parte afectada, el alea normal del contrato, o es imputable a la propia conducta, hecho dolo, culpa, exposición, incuria, negligencia, imprudencia o, la falta de medidas idóneas para prevenir, evitar o mitigar el evento o sus efectos.

Por ello, la desproporción y sus causas han de ser por completo ajenas a la parte afectada, en tanto no sean imputables a su acción u omisión, conducta o hecho, ni las haya asumido legal o contractualmente. A tal efecto, el contrato de suyo es acto de previsión, sobre los contratantes gravitan cargas de previsión y sagacidad, han de prever eventuales contingencias dentro de los parámetros normales, corrientes u ordinarios, y en ejercicio de su autonomía privada dispositiva, ceñidas a los legales, la buena fe y la paridad prestacional, tienen libertad para acordar el contenido del negocio, disciplinar la relación, los derechos, prestaciones, la estructura económica y los riesgos. Cada parte contratante debe proyectar razonablemente la estructura económica del contrato, el valor de la prestación y la contraprestación, los costos, gastos, pérdidas, beneficios o utilidades y riesgos al instante de contratar, oportunidad en la cual establecen razonablemente la equivalencia prestacional, sin admitírsele alegar torpeza (nemo auditur propiam turpitudinem allegans) o malicia en provecho propio, ni volver sobre su acto propio (venire contra factum proprium) o contrariar la

confianza legítima (Vertrauensschutz, legitimate expectations, legittimo affidamento, estoppel) (rev.civ. sentencia 25 de junio de 2009, Exp. 2005-00251 01).

En singular, la economía del contrato, y los riesgos integrantes, son susceptibles de previsión, asunción, distribución, dosificación y negociación por las partes, llamadas en cuanto tales a su evaluación, asignación, reparto, dosificación, agravación y asunción dentro de los dictados de la buena fe, la simetría prestacional, función práctica o económica social del contrato, designio, conveniencia e interés y la justicia contractual. Ciertos riesgos están atribuidos por la ley conforme al tipo de contrato, a su estructura y disciplina normativa. Otros, son negociados en particular por las partes, quienes como titulares del interés dispositivo, no siendo contra la ley, el orden público, las buenas costumbres, el equilibrio prestacional, la buena fe y la justicia, pueden modificar para atenuar o agravar el régimen de la responsabilidad ordinaria, y en consecuencia, podrán descartar unos o asumir otros adicionales, en cuyo caso, soportan sus efectos y no pueden desconocerlos. En la negociación de los riesgos, ostenta relevancia mayúscula la buena fe y el deber de informar toda razonable circunstancia verosímil, cognoscible e influyente en la estructura económica del contrato, los riesgos normales, dosificados, distribuidos o asumidos, por cuya omisión la parte afectada no debe soportar sus efectos que se radican plenos en quien debía suministrarla clara, completa, veraz y oportuna. Exactamente, 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. Los riesgos del contrato confluyen a integrar el equilibrio prestacional, lo conforman y excluyen la extremidad para efectos de la imprevisión. Por supuesto, ausente disposición legal o negocial, ningún contratante debe soportar aleas anormales y ajenas al contrato, salvo las asumidas sensatamente en armonía con el tipo contractual y su disciplina legal, o las imputables.

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 indisociable de causa a efecto. Ninguna definición o medida brinda la norma en torno al desequilibrio ni la excesiva onerosidad. Algunas doctrinas remiten a la ruptura de la base subjetiva u objetiva del negocio, la frustración del fin o finalidad. Otras, a la variación de la base económica estrictamente objetiva, al valor cuantitativo, cualitativo e intrínseco de la prestación, o la ruptura patrimonial primaria u originaria cotejada con la del cumplimiento. Empero, la simetría atañe no una prestación singular, sino al contrato in complexu, en su unidad compacta, in toto e integral, desde su celebración hasta su terminación, y deviene de su visión retrospectiva y prospectiva. Estricto sensu, no se mide sobre la simple diferencia del valor inicial y posterior de una prestación. Por el contrario, concierne a todo el contrato y conecta a su estructura económica y riesgos. A no dudarlo, los riesgos y aleas componen la simetría de las prestaciones, e influyen en la determinación concreta del desequilibrio. Así, integran el equilibrio económico, las aleas normales, y los riesgos que por ley, uso, costumbre, equidad o estipulación pertenecen al contrato y deben soportarse por la parte respectiva, a quien no es dado invocar excesiva onerosidad. Contrario sensu, aleas anormales no asumidas, suelen tornar excesivamente onerosa la prestación.

Determinar la alteración, su magnitud y la excesiva onerosidad, está confiada a la razonable, prudente o ponderada apreciación del marco de circunstancias concreto por el juzgador en su discreta autonomía axiológica de los elementos probatorios y el contrato en su conjunto prestacional e integridad. Predícase, de toda la relación contractual, no de una prestación y es ajena a la suficiencia o insuficiencia patrimonial, solvencia, liquidez o penuria de las partes, en particular de la afectada, para el cumplimiento espontáneo o forzado, al cual está atada con su patrimonio presente y futuro, salvo el exceptuado. A este respecto, la revisión por imprevisión, procura corregir el excesivo desequilibrio ulterior, manifiesto u ostensible, evitar o conjurar los estragos a la parte obligada con los beneficios correlativos inequitativos de la otra, aspectos diversos a la capacidad económica de los contratantes. La imprevisión tampoco envuelve una imposibilidad obligatoria sobrevenida, absoluta, total, definitiva u objetiva, causa extintiva o exoneración del cumplimiento, las más de las veces ni siquiera una dificultad, pues la prestación es susceptible de cumplir, el afectado podrá tener la suficiencia patrimonial para hacerlo, y la revisión procura evitar o corregir una situación injusta, inequitativa y contraria a la justicia contractual.

Por lo común, las partes están llamadas a prevenir, evitar y corregir el desequilibrio prestacional. En efecto, la autonomía privada dispositiva o libertad contractual, estructural e indisociable de la democracia, el "Estado Social de Derecho" y principio rector de la contratación (Preámbulo, arts. 2º,13,14,16, 28, 58, 59 a 66, 78, 82, 94,150 [19] y [23], 332, 333, 334, 335, 373, Constitución Política; cas. civ. sentencia de 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01) faculta a las partes para "disciplinar el contenido del negocio jurídico, conforme a sus necesidades, conveniencia, designios, intereses disponibles, orden público, buenas costumbres, función práctica económica o social útil, relatividad de los derechos, paridad, buena fe, lealtad y corrección exigibles" (cas. civ. sentencia de 19 de octubre de 2011, exp. 11001-3103-032-2001-00847-01).

De consiguiente, frente a la alteración del equilibrio prestacional, las partes podrán prever su reforma estipulando cláusulas de adaptación automática, inmediata y sin intervención judicial por la eventual ocurrencia de las circunstancias (condición), posibilidad que no excluye la revisión judicial cuando el reajuste acordado no cubre la dimensión de la ruptura o existan divergencias respecto de su origen, contenido, extensión o eficacia, o también pactar las de salvaguardia o renegociación (hardship, major economic dislocation, imprevisión, etc.), usuales o de uso común en los contratos de larga duración, donde a diferencia de aquéllas no determinan la magnitud de la asimetría prestacional ulterior ni su reajuste, obligándose en ciertas condiciones a renegociarla, y de fracasar, acudir a un amigable componedor para adaptarlo ex aequo et bono o resiliarlo convencionalmente en representación común, o a un árbitro, o al juez ordinario, o en su caso, mantiene su vigor o podrá terminarse unilateralmente.

Para la Corte la libertad debe ejercerse en forma seria, madura y responsable, siempre ceñida a prístinos estándares de autorresponsabilidad, pulcritud, corrección, probidad, buena fe, respeto recíproco, relatividad del derecho, razón, utilidad y función de su reconocimiento. Esta directriz, en tratándose del negocio jurídico, el contrato y la relación obligatoria, impone a las partes el deber de desplegar todos los actos idóneos en procura de su plenitud e integridad, función práctica o económica social, evitación y disipación de las causas de ineficacia conforme a su naturaleza

compromisoria, la lealtad, probidad, corrección y buena fe. Para la Sala, las partes deben evitar razonablemente, y en su caso, corregir la alteración sobrevenida del equilibrio económico contractual, por cuanto el negocio jurídico jamás es instrumento de injusticia e inequidad y “obliga a su cumplimiento de buena fe, en todo cuanto le pertenece por definición (esentialia negotia), ley, uso, costumbre o equidad (naturalia negotia) o expresamente pactado (accidentalia negotia), en la totalidad de la prestación, forma y oportunidad debida, constituye un precepto contractual o norma obligatoria (pacta sunt servanda, lex privatta, lex contractus, artículos 1501, 1602, 1603 y 1623, Código Civil; 871 Código de Comercio), y su observancia vincula a los contratantes” (cas. civ. sentencia de 31 de mayo de 2010, exp. 25269-3103-001-2005-05178-01). En efecto, todo negocio jurídico está permeado por la buena fe, la equidad y la justicia contractual, sujeto a ineludibles dictados éticos, políticos y jurídicos imperantes en la época, lugar y medio de su celebración, ejecución y terminación, cumple una función práctica o económica social, procura la satisfacción de intereses, necesidades o designios en la vida de relación, y por supuesto, se celebra para su cumplimiento. Además, el contrato es por excelencia un mecanismo de cooperación o colaboración intersubjetiva.

La Corte memora y reitera que “el deber de probidad y la cláusula general de corrección se concretiza en un comportamiento razonablemente idóneo, para prevenir y corregir toda conducta incorrecta con una actuación prístina orientada a la realización de los fines inherentes a la contratación, regularidad y certidumbre del tráfico jurídico. Por ello, se impone un deber de diligencia a los contratantes y, en su caso, de advertencia, comunicación e información de condiciones cognoscibles, asumiendo cada parte en interés recíproco una carga respecto de la otra en lo concerniente a la plenitud del acto, la realización de su función y la evitación de causas de ineficacia o irrelevancia. Y, así ha de procederse, no sólo por la naturaleza impenitativa del contrato, sino porque, además la recíproca intención de las partes está presidida razonablemente por el propósito común de obtener sus resultados prácticos concretos y, por consiguiente, su realización, cumplimiento y eficacia, en tanto una suposición contraria, esto es, la celebración del acto para que no produzca efecto alguno por ineficacia, invalidez u otras causas, conduciría al absurdo de la negación misma del negocio jurídico y al inadmisibles patrocinio de conductas contrarias al ordenamiento. Adviértase que las partes al celebrar un contrato razonablemente desean, quieren o procuran su eficacia y, por ende, el juez deberá preferir en toda circunstancia la consecuencia relativa a la preservación del mismo, porque, se itera, sería absurdo siquiera suponer la celebración de un contrato para que no produzca efecto alguno cuando las partes, por principio, lo hacen bajo la premisa cardinal de su cumplimiento y eficacia. Por lo mismo, a efectos de asegurar esta finalidad convergente, naturalmente perseguida con el pactum, las partes, contraen la carga correlativa de evitar causas de ineficacia del negocio jurídico y, el juzgador al interpretarlo y decidir las controversias, procurar dentro de los límites racionales compatibles con el ordenamiento jurídico, su utilidad y eficacia, según corresponde a la ratio legis de toda conocida ordenación normativa. La fisonomía de esta regla impone que la frustración del acto sólo es pertinente cuando no exista una alternativa diferente, según postula de tiempo atrás la doctrina de la Corte, al relieves la significativa importancia del contrato, su celebración, efecto vinculante, cumplimiento y ejecución de buena fe, destacando la directriz hermenéutica consagrada en el artículo 1620 del Código Civil (cas. civ. sentencia de 28 de febrero de 2005, Exp. 7504) (cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, [SC-007-2008], exp. 2001-06915-01, iteradas en sentencias de 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-

012-1999-01957-01 y 5 de diciembre de 2011, exp. 25269-3103-002-2005-00199-01).

Lo contrario, equivaldría al patrocinio de ostensibles situaciones inequitativas, el quebranto de la certeza, seguridad, estabilidad y regularidad del tráfico jurídico, pues la relación cuyo equilibrio, equivalencia, paridad o simetría prestacional deviene rota, turbada o afectada por los cambios sobrevenidos, comporta una situación incompatible con la justicia contractual que la misma fuerza obligatoria del contrato impone a las partes preservar con las rectificaciones pertinentes. En este contexto, delante del desequilibrio contractual, las partes tienen el deber de corregirlo y evitar su ineficacia. El deber de renegociar el contrato en tales casos surge de su propia estructura, noción y disciplina legal, pues el contrato alterado ya no es el mismo celebrado ab initio, cuyo cumplimiento ata a las partes. Este deber, además se ha destacado por la doctrina, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, atrás citados, y encuentra previsión expresa en la contratación estatal.

La adaptación también podrá disponerla el legislador. Esta hipótesis, frecuente en el pasado para conjurar los efectos de las dos conflagraciones mundiales y las crisis económicas generales más que las inequivalencias concretas, comporta una revisión, de ordinario, forzada e impuesta del contrato, en veces dictada o reglamentada, por motivos de orden público político, social o económico, con leyes posteriores permanentes o transitorias, ya de efecto general e inmediato o retrospectivo, ora hacia el futuro y a partir de su vigencia (artículo 18, Ley 153 de 1887).

En ausencia de revisión legal o convencional o ante su insuficiencia para colmar la magnitud del desequilibrio presentado, la parte afectada puede solicitar a los jueces la adaptación del pacto a las circunstancias con los reajustes correspondientes o, de ser inadmisibles la reforma, su terminación, y en su caso, la reparación del daño experimentado con la sustracción o renuencia injustificada a corregirlo en quebranto de la fuerza vinculante del pacto, y del deber legal de corrección, lealtad y buena fe.

En lo atañedor a sus efectos, la imprevisión autoriza la revisión judicial del contrato. Corresponde al juez examinar las circunstancias y ordenar, de ser posible, los reajustes indicados por la equidad, o en caso contrario, la terminación. La parte afectada puede solicitar la revisión pero carece de la facultad de escoger entre el reajuste o la terminación, cuya decisión adopta el juez en cada caso particular, según las circunstancias y la equidad, dando prelación a la continuidad del vínculo en desarrollo del principio de conservación o utilidad del negocio y su fuerza vinculante. El 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. Esta última es pertinente sólo cuando el contrato no admite corrección justa y equitativa consultando el equilibrio e interés de las partes. Es que la imprevisión, la alteración de la base económica o ruptura de la equivalencia o ecuación del contrato, no es mecanismo para patrocinar el incumplimiento, menos desligarse del vínculo, sino para revisar, ajustar o adaptar el equilibrio turbado. De este modo, sólo cuando el equilibrio o la equidad no permitan el reajuste, podrá disponerse la terminación del contrato.

3. Ahora, adviértase que por el mutuo (*mutuum*) o préstamo de consumo, una parte -mutuante,

prestador o dador- entrega cierta cantidad de cosas fungibles a otra- mutuario, prestatario o receptor- con cargo de restituir otras tantas del mismo género o calidad (artículo 2221, Código Civil).

En punto a su tipología, ostenta tipicidad legal por su nomen y disciplina legis, es civil o mercantil (cas. civ. sentencia de 1o de julio de 2008, exp. 2001-00803-01), de formación inmediata o progresiva -puede preceder promesa-, principal, autónomo e independiente o, coligado con otro u otros, y de libre discusión o por adhesión.

El mutuo civil, en principio es gratuito, y el mercantil oneroso, salvo pacto contrario (artículos 2230, C.C y 1163, C. de Co). Sea civil o mercantil, es contrato real, exige en su definición esencialia negotia la entrega de la cosa, "[n]o se perfecciona ... sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio" (artículos 2221 y 2222, C.C), la cual puede hacerse "en cualquiera de sus formas reconocidas ex lege", incluso simbólica (cas. civ. sentencias de 22 de marzo de 2000, exp. 5335; 3 de junio de 1947, LXII-429; 27 de marzo de 1998, exp. 4798; 22 de marzo de 2000, exp. 5335; 12 de diciembre de 2006, exp. 00238-01), o sea, comporta la transferencia de la propiedad sobre la cosa por el mutuante y su adquisición correlativa por el mutuario. Por sus efectos, "es un contrato unilateral" (cas. civ. sentencias de 3 de junio de 1947, LXII-429 y 12 de diciembre de 2006, exp. 00238-01), genera esencialmente para el mutuario la obligación de restituir al mutuante otras cosas del mismo género y calidad, así como pagar intereses cuando no pactan en contrario (naturalia negotia) si es comercial, o la estipulan (accidentalialia negotia) en el civil. Empero, el mutuo por disposición legal puede originar algunas prestaciones para el mutuante, verbi gratia, indemnizar los perjuicios que experimente el mutuario por la mala calidad o los vicios ocultos de la cosa prestada (artículo 2228 C.C.), lo cual no altera la característica unilateral del mutuo, ni obsta a las partes estipular obligaciones compatibles con su esencia, función y régimen legal.

Respecto de su cumplimiento, el mutuo puede ser de ejecución sucesiva o periódica, pues la prestación de restitución a cargo del mutuario podrá diferirse en el tiempo, ya en forma continua o progresiva, ora en ciertos lapsos, períodos o fechas concretas, e incluso contener la de pagar intereses, sean de plazo, sean moratorios (cas. civ. sentencia de 27 de agosto de 2008, exp. 1997-14171-01). Es factible, sin embargo la restitución inmediata, verbi gratia, cuando se entregan cheques, letras, pagarés y demás títulos valores de contenido crediticio por una obligación anterior, la cual vale como pago si no se estipula otra cosa, ad exemplum, a título de garantía, pero lleva implícita la condición resolutoria, si el instrumento es rechazado o no se descarga de cualquier manera (artículo 882 del C. de Co).

El mutuo para adquisición de vivienda a largo plazo, salvo en la hipótesis antes señalada, a no dudarlo, en lo tocante a la restitución y pago de intereses, es de ejecución prolongada, sucesiva o periódica en el tiempo, y por lo tanto, en sentido abstracto, susceptible de sufrir alteración de la equivalencia prestacional por imprevisión, sujeta a las exigencias normativas decantadas por la jurisprudencia.

4. Sentadas las anteriores premisas, y pretendida la modificación de las condiciones económicas del mutuo según pagarés 51290-7 otorgado el 2 de noviembre de 1995 por 5.849,4659 unidades con

vencimiento el 2 de noviembre de 2010, a pagar durante 15 años en 180 cuotas mensuales sucesivas a partir del 5 de diciembre de 1995, 69891-1 y 200425156 de 31 de mayo de 1999 y 14 de octubre de 2004 por \$3.145.501 y \$13.327.911,57, vencimiento a 31 de mayo de 1999 y 14 de octubre de 2006, el Tribunal después de sentar la sobreviniencia de las circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, la extraneidad y el desequilibrio, repudió la imprevisión en la cuestión litigiosa al encontrar “que la crisis del sistema UPAC perduró hasta la entrada en vigencia de la Ley 546 de 1999”, y para entonces los demandantes no “incurrieron en mora, pues ellos mismos afirmaron con fuerza de confesión (art. 195 C.P.C.), en el hecho vigésimo segundo de la demanda, de acuerdo al cual, sólo en el año 2004, se les hizo dificultoso seguir cumpliendo con sus obligaciones”.

Para el juzgador la prestación “no resultó en exceso onerosa”, y en la fecha “en que los deudores demandantes tuvieron dificultades para cumplir con los pagos del crédito hipotecario, la crisis económica ya había finalizado en ese punto”, la demandante “sostuvo la capacidad de cumplimiento en la época crítica, pero incurrió en el no pago con posterioridad, cuando se habían puesto en vigencia los mecanismos legales para superarla, lo que hace” inaplicable la teoría de la imprevisión por orientarse “a readecuar las prestaciones a futuro, lo que ya se había hecho con la nueva ley 546 de 1999”.

Aún, si pudiera prescindirse de la falencia al omitirse impugnar las consideraciones del ad quem a propósito de la impertinencia de la revisión por imprevisión en tratándose de prestaciones cumplidas, y para reajustar lo reajustado por ley, argumentos que junto a la ausencia de mora en la época crítica y el incumplimiento posterior ya superadas y adoptadas las medidas legales para “readecuar las prestaciones a futuro”, constituyen los fundamentos medulares, esenciales, centrales e incólumes de la sentencia con el vigor suficiente para mantenerla (cas. civ. sentencias de 23 de junio de 1989, Exp. 5189; 15 de diciembre de 2003, exp. 7565; 27 de junio de 2005, reiterando G. J. Tomos LXXXVIII-596 y CLI-199; 19 de diciembre de 2005, exp. 1989-01859-01; 26 de febrero de 2010, exp. 11001-3103-039-2001-00418-01), no encuentra la Sala el yerro fáctico denunciado, y en todo caso, el reprochado sería intrascendente.

En efecto, en el hecho vigésimo segundo de la demanda, los demandantes admiten “que en el año 2004, como es evidente, se hiciera para nosotros casi imposible continuar atendiendo el crédito así agravado, desembocando en una refinanciación de las cuotas atrasadas, con lo cual se suscribió el 14 de octubre del año 2004 un nuevo pagaré identificado con el número 200425156, abonándose al crédito hipotecario, la suma de \$13.327.911,57, constituyéndose este pagaré un nuevo crédito de consumo” (fl. 84, cdno. 1).

La evaluación técnico jurídica de los créditos (fls. 13-21, cdno. 1), el histórico de pagos de la entidad crediticia (fls. 22-26, cdno. 1) y la manifestación de la demandante a propósito de la fijeza en pesos de la cuota durante un año, así como su aumento con la sumatoria de la corrección monetaria el siguiente (fl. 91, cdno. 1), ciertamente conciernen a las vicisitudes del crédito, no obstante las cuales, según ultimó el ad quem, fue atendido, o sea, a pesar de la alteración económica se cumplió, aserto probado con la confesión contenida en la demanda que, descarta el yerro fáctico imputado.

Justamente, el error de hecho se presenta “a) cuando se da por existente en el proceso una prueba que en él no existe realmente; b) cuando se omite analizar o apreciar la que en verdad sí existe en los autos; y, c) cuando se valora la prueba que sí existe, pero se altera sin embargo su contenido atribuyéndole una inteligencia contraria por entero a la real, bien sea por adición o por cercenamiento” (cas. civ. 10 de agosto de 1999, exp. 4979), “de modo tan notorio y grave que a simple vista se imponga a la mente, esto es que para demostrarlo no se requieran complicados o esforzados raciocinios, o en otros términos que sea de tal entidad que resulte contrario a la evidencia que el proceso exterioriza, ya que en el recurso de casación los únicos errores fácticos que pueden tener el vigor suficiente para quebrar la sentencia atacada son ‘los que al conjuro de su sola enunciación se presentan al entendimiento con toda claridad sin que para descubrirlos sea menester transitar el camino más o menos largo y más o menos complicado de un proceso dialéctico’ Cas. Civ. de 21 de noviembre de 1971; 4 de noviembre de 1975 y 14 de diciembre de 1977 y 17 de marzo de 1994).” (cas. civ. sentencia 18 de septiembre de 1998, exp. 5058).

Por esto, el recurrente no puede “reducirse a una simple exposición de puntos de vista antagónicos, fruto de razonamientos o lucubraciones meticulosas y detalladas, porque en tal evento el error dejaría de ser evidente o manifiesto conforme lo exige la ley, caso en el cual la Corte no podría tomar partido distinto al consignado en la sentencia combatida, no sólo porque ésta ingresa al recurso de casación escoltada de la presunción de acierto, sino porque ese medio de impugnación no es una oportunidad adicional para debatir con amplitud las circunstancias fácticas del proceso, como si lo fueron las instancias respectivas. El error de hecho para que se estructure, además de trascendente, es decir, que sea el determinante de la decisión final, lo tiene dicho la jurisprudencia, debe ser ‘tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o en otros términos, de tal magnitud, que resulte contrario a la evidencia del proceso. No es, por lo tanto, error de hecho aquél a cuya demostración sólo se llega mediante un esforzado razonamiento’ (G.J. Tomo LXXVII, pág. 972)” (cas. civ. sentencia 006 de 12 de febrero de 1998, exp. C-4730).

En sentido análogo, “(...) Por averiguado se tiene que por cuanto los jueces gozan de discreta autonomía en la valoración probatoria para tomar sus decisiones y las providencias con las que resuelven los litigios sometidos a su conocimiento llegan a la Corte precedidas de la presunción de verdad y acierto, la tarea de quien recurre en casación obligadamente tendrá que estar dirigida a demostrar que el dislate que le achaca al ad-quem es notorio y trascendente, esto es, de tal tamaño que a la primera mirada se advierta la contraevidencia de la determinación adoptada con la realidad que surge del proceso, ya que como él ‘es autónomo en la apreciación de las pruebas, sus conclusiones al respecto son intocables en este recurso extraordinario, mientras por el impugnante no se demuestre que aquél, y al efectuar tal apreciación, no incurrió en error de hecho evidenciado de los autos o en infracción de las normas que disciplinan la ritualidad y eficacia de los medios de convicción aducidos’ (G.J.T., CCXXXI, pago. 644)”, pues “solo cuando el yerro del fallador brota con absoluta claridad es posible abrirle paso a la casación, vale decir, únicamente en aquellos casos en que incurra en una equivocación protuberante y trascendente, de donde se desprende que la acusación que no se dirija a enrostrarle vicios de esa envergadura no pasará de ser inane, como lo será igualmente la que se apoya en fundamentos dubitativos, toda vez que al no corresponder ninguno de tales supuestos a las reseñadas exigencias, habrá de otorgarse prevalencia a los razonamientos que el juez de segundo grado haya dejado sentados en el fallo, como quiera que ‘el

error de hecho se estructura cuando el juicio probatorio del sentenciador es arbitrario o cuando la única ponderación y conclusión que tolera y acepta la apreciación de las pruebas sea la sustitutiva que proclama el recurrente', ya que si la inferencia a la que hubiera llegado, 'luego de examinar críticamente el acervo probatorio se halla dentro del terreno de la lógica y lo razonable, en oposición a la que del mismo estudio extrae y propone el censor en el cargo, no se genera el yerro de facto con las características de evidente y manifiesto, por cuanto en dicha situación no hay absoluta certeza del desatino cometido' (G.J., t. CCLVIII, págs. 212 y 213). En tales eventos se impondría el fracaso de la acusación, puesto que, como lo ha dicho la Sala, 'la ruptura del fallo acusado sólo podría fundarse en la certeza y no en la duda' G.J., t. CVII, pág. 289), en tanto que ésta 'jamás sería apoyo razonable para desconocer los poderes discrecionales' del juzgador (G. J., t. CCXXXI, pág. 645)".

5. La Corte, no desconoce el impacto descomunal generado en la población colombiana y el sistema financiero de la crisis presentada en 1998, al variar los factores para liquidar los préstamos en Unidades de Poder Adquisitivo Constante -UPAC- a largo plazo y destinados a la adquisición de vivienda, según la Resolución Externa número 18 de 30 de junio de 1995 proferida por la autoridad reguladora, mediante la cual fijó una fórmula de cálculo diferente, atándola al DTF, intereses promedio que pagan los bancos comerciales en los Depósitos a Término Fijo, que señaló con acierto el Tribunal, incrementó excesivamente las deudas tornándolas impagables, a punto de sobrepasar el valor de la vivienda financiada, suscitar en muchos casos su pérdida y un caos económico general, circunstancias públicas, notorias y reconocidas por el Estado (Decretos 2230 y 2331 de 1998, Ley 546 de 1999; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 21 de mayo de 1999 que declaró nulo el acto regulatorio; sentencias C-383, C-700 y C-747 de 1999, C-955, C-1140 y SU-846 de 2000).

Empero, la Sala tampoco puede olvidar los correctivos legales adoptados por la Ley 546 de 1999, que ordenó desafectar la UPAC del DTF, incluso desde el 1º de enero de 1993, o fecha del desembolso posterior, y que en la cuestión controvertida como está acreditado, en la época crítica la parte demandante cumplió la prestación, lo cual, de suyo descarta la revisión por imprevisión bajo el artículo 868 del Código de Comercio.

Lo anterior, dijo la Corte, resulta más relevante "si se tiene en cuenta que en efecto las sentencias dictadas en el campo constitucional no señalaron un procedimiento específico para llevar a cabo la revisión y las reliquidaciones, ni anticiparon que el acudimiento allí tendría que ser a toda costa exitoso, desde luego que para el efecto se remitió a los jueces ordinarios a fin de que, a instancia de los afectados, se examinen las situaciones individuales en cada una de los créditos que antecedieron a su pronunciamiento, como se estableció en la sentencia C-700 de 1999; y tanto más si la ley 546 de 1999 se expidió en cumplimiento de ese mandato judicial, lo que no permite ver ilógico que para las deudas del pasado también fueran aplicables los mismos criterios establecidos en ella en materia de reliquidación" (cas. civ. sentencia de 2 de julio de 2006, SC-069-2006, exp.00009-01).

En otras palabras, el yerro fáctico probatorio imputado, sería intrascendente y la Corte llegaría a la misma conclusión del ad quem, por cuanto estando debidamente comprobado el pago de la prestación y la adopción de medidas correctoras a la crisis económica en las relaciones jurídicas

crediticias por el sistema del UPAC, clara sería la improcedencia de la imprevisión, en este caso concreto, también reclamar el exceso o el reajuste por esta vía.

6. El cargo no prospera.

CARGO

CUARTO

1. Por idéntica causal denuncia el quebranto del artículo 868 del Código de Comercio por errores de derecho al dejar de aplicar las pruebas periciales de reliquidación del crédito conculcando el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil.

2. Puntualiza el yerro por omitir el juzgador la práctica de un dictamen pericial, pues confrontado el artículo 233 citado “con el medio probatorio que aparece a folios 192 a 291, como la prueba de la experticia que se refiere a la mala liquidación del alivio, que aparece a folios 293 a 365”, si nada le dice al fallador, “debió pedirse la prueba de oficio que se requería”, mas nada dijo en el fallo.

3. Concluye señalando la violación del precepto sustancial, solicita casar la sentencia, y en sede de instancia, revocar el fallo del a quo para declarar la prosperidad del petitum.

CONSIDERACIONES

1. De antiguo la Corte ha destacado el derecho y carga probatoria asignado por la ley "al demandante y no al juez (actori incumbit probatio) con elementos probatorios idóneos, y sujetos a contradicción y, en contrapartida, al demandado demostrar in contrario (reus in excipiendo fit acto), pues, al tenor del artículo 177 del C. de P.C. ‘incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen’, cuestión que en la autorizada opinión de Francisco Carnelutti ‘se desarrolla en procura de demostrar los supuestos fácticos que sustentan su proposición’ (cas. civ. sentencia de 25 de enero de 2008, [SC-002-2008], exp. 00373).

A este propósito, el ordenamiento jurídico establece el deber legal imperativo e ineludible de decretar pruebas de oficio en taxativas hipótesis, y en otras, concede al juzgador la potestad o facultad de hacerlo según su razonable o prudente juicio.

Excepcionalmente, el juez tiene el deber de decretar y practicar pruebas de oficio (arts. 37, num. 4º, 179 y 180 C. de P.C.), en los específicos casos “en que es obligatorio ordenarlas y practicarlas, como por ejemplo la genética en los procesos de filiación o impugnación; la inspección judicial en los de declaración de pertenencia; el dictamen pericial en los divisorios; las indispensables para condenar en concreto por frutos, intereses, mejoras o perjuicios, etc. De análogo modo para impedir el proferimiento de fallos inhibitorios y para evitar nulidades”, eventos, en los cuales, “es ineludible el ‘decreto de pruebas de oficio’, so pena de que una omisión de tal envergadura afecte la sentencia” (cas. civ. sentencia de 15 de julio de 2008, [SC-069-2008], exp. 1100131030422003-00689-01; 28 de mayo de 2009, 17 de mayo de 2011, 25290-3103-001-2005-00345-01).

Ahora, “el error de derecho excluye la preterición y la suposición de prueba, bases estas que sustentan el error de hecho; y se presenta en síntesis cuando la sentencia exige, para demostrar un acto o un hecho, una prueba especial que la ley no reclama; o cuando viendo la prueba en su exacta dimensión no le atribuye a ella el mérito que la ley le asigna para demostrarlo; o, en fin, cuando se lo niega por estimar que el medio fue ilegalmente producido cuando así no sucedió’ y que, por tanto, ‘el error de hecho y el de derecho, en materia de apreciación probatoria que por vía indirecta lleva a la violación de norma sustancial, no pueden ser confundidos. El error de hecho implica que en la apreciación se supuso o se omitió una prueba, mientras que el de derecho entiende que la prueba fue exacta y objetivamente apreciada pero que, al valorarla, el juzgador infringió las normas legales que reglamentan tanto su producción como su eficacia” (cas. civ. sentencia de 19 de octubre de 2000, exp. n° 5442).

No obstante, “débese admitir también, tal como con pertinacia lo ha señalado la jurisprudencia, que él supone que el juzgador ha contemplado materialmente la prueba y que en esa fase objetiva no hay reconvención por hacerle; a la verdad, haberse dicho sin ambages que los yerros probatorios denunciados en casación se diferencian, entre otras cosas, en que ‘al paso que el de hecho atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe (...), el error de derecho parte de la presencia indiscutible de la probanza en autos” (LXXVIII, pág. 313). Que sin la presencia material de la prueba no es posible hablar de error de derecho, es doctrina persistente de la Corte, como puede verse en providencias de 19 de octubre de 2000 (expediente 5442), 5 de febrero de 2001 (exp. 6554), 5 de abril de 2001 (exp. 5630), 8 de agosto de 2001 (exp. 5905) y 24 de agosto de 2004 (exp. 7934).

“Mas, comoquiera que en algunas ocasiones se ha concebido la idea de un error de derecho por falta de decretar pruebas de oficio (sentencias 107 de 14 de julio de 2000, 211 de 7 de noviembre de 2000, 022 de 22 de febrero de 2002 y 107 de 19 de junio de 2002), inmejorable se presenta el caso de ahora para precisar y puntualizar el criterio de la Corte en el punto, según las líneas que siguen.

“Admitir que faltar al deber de decretar pruebas de oficio podría implicar un error de derecho, no constando aún, itérase, el requisito de la existencia y la trascendencia de las mismas, no cuadra del todo con la filosofía del recurso de casación, pues el examen de la Corte no se haría ya propiamente de cara a la sentencia cuestionada -como con insistencia suele decirse-, con no más elementos de prueba que los que trae el expediente, sino que la Corte, cual fallador de instancia, se entregaría indebidamente a acopiar otras que por lo pronto no están, renovando el aspecto probatorio del proceso. Memórese que la Corte puede sí decretar pruebas de oficio, pero no como tribunal de casación sino como juzgador de instancia, cuando funge de fallador para dictar la sentencia que ha de reemplazar la que resultó quebrada. Principio que sale maltrecho cuando primero se casa para luego averiguar por la trascendencia de las pruebas. Con arreglo a lo dicho, pues, difícilmente puede darse en tales eventos un error de derecho. Necesitaríase que las especiales circunstancias del pleito permitieran evadir los escollos preanotados, como cuando el respectivo medio de prueba obra de hecho en el expediente, pero el sentenciador pretexta que no es el caso considerado por razones que atañen, por ejemplo, a la aducción o incorporación de pruebas. Evento este que posibilitaría al fallador, precisamente porque la prueba está ante sus ojos, medir la trascendencia de ella en la

resolución del juicio; y por ahí derecho podría achacársele la falta de acuciosidad en el deber de decretar pruebas oficiosas. Sería, en verdad, una hipótesis excepcional, tal como lo advirtió la Corte en un caso específico (Cas. Civ. 12 de septiembre de 1994, expediente 4293). Queda, por tanto, en los anteriores términos, rectificada la doctrina de la Corte en el tema". (cas. civ. sentencia de 13 de abril de 2005, exp. 1998-0056-02).

"En particular, cuando la ley impone al fallador el deber de decretar pruebas, su inobservancia puede configurar un error de derecho (Cas. Civ. 12 de septiembre de 1994, expediente 4293)' (Sent. Cas. Civ. de 13 de abril de 2005, Exp. No. 1998-0056-02, reiterada en Sent. Cas. Civ. de 29 de noviembre de 2005, Exp. No. 01592-01)" (cas. civ. sentencia de 12 de diciembre de 2006, [SC-174-2006], expediente 11001-31-03-035-1998-00853-01) susceptible de invocar "a través de la vía del recurso extraordinario de casación apoyado en la causal primera, por la transgresión de normas de disciplina probatoria que conducen fatalmente a la violación de preceptos sustanciales, obviamente en el entendido de que se reúnan los demás requisitos de procedibilidad, y la preterición de tales medios de convicción tenga trascendencia para modificar la decisión adoptada" (cas. civ. sentencia de 15 de julio de 2008, exp. 1100131030422003-00689-01).

El artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, disciplina el decreto de un dictamen pericial en el proceso, salvo cuando se objeta por error grave, hipótesis en que puede decretarse otro, y en todo caso, únicamente cuando el juzgador considere que el practicado no es suficiente, "ordenará de oficio la práctica de otro ... si se trata de una prueba necesaria para su decisión".

La norma jurídica, en consecuencia, es clara y somete al ponderado o razonable juicio del fallador la posibilidad de ordenar oficiosamente otra pericia si la existente no basta y la nueva es estrictamente necesaria para decidir, aspectos todos que son objeto de su valoración y determinación, confiados a su discreta y ponderada autonomía.

En tal caso, el legislador no establece el deber legal de decretar la prueba sino que difiere al juzgador apreciar la insuficiencia del ya practicado y su necesidad para fallar, lo cual no aconteció a juicio del Tribunal en la hipótesis litigiosa, por lo cual, mal puede estructurarse el pretendido error de derecho.

2. El cargo no prospera.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de 24 de julio de 2009, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario de Rafael Alberto Martínez Luna y María Mercedes Bernal Cancino, contra Granbanco S.A.

Costas de casación a cargo de los recurrentes. En su liquidación inclúyase seis millones de pesos (\$6.000.000.00) por concepto de agencias en derecho.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo pertinente.