

La imprevisión frente al dilema solidarismo-individualismo contractual

FERNANDO MONTOYA

SUMARIO: Premisa- I. Las condiciones de la imprevisión- A. Las circunstancias de las partes- B. Las condiciones relativas a los contratos- II. Los efectos de la imprevisión- A. La refacción del contrato por el juez- B. El derrumbe de las relaciones contractuales- Conclusión.

PREMISA

El tema de la imprevisión, para algunos juristas de diferentes latitudes, no es algo distinto que una historia de ciencia ficción; para otros, sin duda, se trata del más moderno instrumento de verdadera justicia contractual. En efecto, la imprevisión contractual, verbigracia, se encuentra en el centro del debate, sostenido entre los partidarios de una concepción individualista del contrato y aquellos que se dicen más progresistas, y que por ende defienden una supuesta ideología solidarista del mismo; todo ello teniendo como telón de fondo las discusiones que en un plano más amplio, en no pocas oportunidades acaloradamente, tienen juristas en Europa con ocasión de los distintos proyectos de unificación del derecho civil en ese continente, especialmente los que versan sobre la materia contractual; esto ha permitido poner de relieve lo que sería una nueva crisis del contrato, no de este como instrumento de intercambio económico –puesto que, como herramienta, el contrato es un elemento imprescindible en las sociedades civilizadas–, sino de la percepción que de él se tiene. En la historia de la humanidad, el hombre ha conocido dos maneras básicas de satisfacer sus necesidades: la guerra o el contrato; nadie discute entonces el hecho de que el contrato determinó en buena parte el tránsito de la barbarie a la civilización.

Lo que importa resaltar aquí es que, al Código Civil de Napoleón y a los que en él se inspiraron, algunos, especialmente en Latinoamérica, los han visto como la más rancia expresión del liberalismo y del individualismo contractual, cuya manifestación en el terreno de los principios la encontramos en el dogma de la "autonomía de la voluntad". Pero lo cierto es que ese no fue el espíritu original de

los codificadores franceses, con PORTALIS a la cabeza, puesto que fue mucho más tarde, esto es, durante la centuria subsiguiente, que el principio de la autonomía de la voluntad alcanzó caracteres dogmáticos. Ya lo señalaba FRANÇOIS GÉNY en su *Método de interpretación y fuentes del derecho positivo*, a finales del siglo XIX: "En el vasto campo de los actos jurídicos reina, como amo soberano, el principio de la autonomía de la voluntad individual, que, bajo reserva de un pequeño número de restricciones imperativas, deja un campo libre a la determinación de los derechos y a la modificación de su contenido". Ello en el campo contractual se traduce en que "cuando su contenido técnico es perfecto, el contrato es entonces por eso mismo justo", como se suele decir.

Con el despunte del siglo XX el imperio de la autonomía de la voluntad pierde ese reconocimiento, especialmente porque determinados movimientos sociales que reivindicaban una igualdad real entre los individuos, con consecuencias indiscutibles en el pensamiento jurídico, parecieran haber descubierto o redescubierto lo evidente: el contrato no es la expresión de esa igualdad y jamás lo será. En ese momento, el contrato, visto como el punto de encuentro pasajero entre individuos aislados, pone de manifiesto la necesidad de concebir la sociedad de diversa manera. No otro es el espíritu de DURKHEIM, citado por CHRISTOPHE JAMIN, cuando afirma

Aun allí en donde la sociedad descansa de la manera más completa en la división del trabajo, ella no puede explicarse en una polvareda de átomos yuxtapuestos entre los cuales sólo pueden establecerse contactos exteriores y pasajeros. Sus miembros están unidos por vínculos que se extienden más allá de esos momentos tan cortos en donde el intercambio se cumple. Cada una de las funciones que ellos ejercen, de manera constante, es dependiente de las otras y forma con ellas un sistema solidario. Entonces de la naturaleza de la tarea escogida se derivan deberes permanentes. Porque cumplimos tal función doméstica o social, nos encontramos en un circuito de obligaciones, del que no tenemos derecho a liberarnos.

Ese circuito de obligaciones a que alude DURKHEIM priva al contrato de sus términos puramente individualistas, tanto considerado en sí mismo como en cuanto a las partes que le dieron origen. Por ello, JACQUES DONZELOT, dentro de la misma línea de pensamiento, agrega: "más profunda que el contrato libre entre los individuos, es la solidaridad orgánica de la sociedad". En fin, muchos y muy importantes tratadistas de finales del siglo XIX y comienzos del XX, entre los cuales, además de los anteriores, no puede dejar de mencionarse a DÉMOGUE, vieron en la libertad algo, al menos en apariencia, contrario a la solidaridad.

Pero el péndulo se ha devuelto; la crítica a la democracia social se ha hecho sentir, y con virulencia. Se la acusa, entre muchos otros males, de desestímulo a la iniciativa privada y, por ende, de empobrecimiento económico y de inmovilismo. Por nuestra parte, antes que agudizar el debate ideológico subyacente, consideramos imperativo volver a las fuentes, para rescatar precisamente los más importantes va-

lores del Código Civil francés, en consecuencia el Código de BELLO y, por esa vía, del colombiano, entre muchos otros de inspiración napoleónica: esto es, su neutralidad ideológica, su flexibilidad, su claridad y su generalidad, características todas éstas que en criterio unánime de los expositores han sido la clave de la longevidad del Código de NAPOLEÓN, debiendo sí evitar caer en falsas o erróneas conclusiones, tales como la referida a la inmodificabilidad absoluta de su texto original.

El artículo 1602 C. C. colombiano se expresa de manera idéntica al artículo 1134 C. C. francés: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Difícilmente puede concebirse un sistema jurídico cualquiera que no contenga un tal principio: el del respeto de la palabra dada, que no es más que el respeto de los demás. *Pacta sunt servanda*. Su adopción, que va de la mano de la idea misma de "contrato", significó un paso enorme en la evolución de la especie humana en tanto que ser social. Verdaderamente es el pilar de todos los sistemas jurídicos actuales, pero también del romano y de otros considerados más primitivos; mas como todo principio de derecho, a fin de evitar su autodestrucción, su sólo enunciado implica la existencia de límites, éstos últimos tan importantes como el principio mismo. Entre esos límites se pueden mencionar, sin pretensión de plenitud o exhaustividad, instituciones tales como las arras, la resiliación unilateral de contratos de tracto sucesivo pactados a término indefinido, la lesión enorme, y algunas intervenciones del legislador a través de reglas de orden público en derecho de la competencia, derecho del consumidor y procedimientos colectivos. Existe, sin embargo, un límite o excepción al principio *pacta sunt servanda* en derecho colombiano que no ha sido admitido en derecho francés, al menos en tanto que regla general. Se trata de la teoría de la imprevisión, mecanismo jurídico, que pretende restituir o recomponer la justicia contractual.

La irrevocabilidad del contrato es el primer efecto que resulta de su celebración. Pero ese efecto es provisional, por cuanto el contrato y el vínculo que de él resulta no son un fin en sí mismos, sino apenas un medio para satisfacer necesidades concretas de las partes, es decir, para la realización de los efectos propios del contrato concluido. De cierta manera, el contrato formalmente celebrado no pertenece ya individualmente a ninguna de las partes; desde ese momento tiene una existencia jurídica propia y no puede ser desconocido por una sola de ellas.

Celebrado el contrato, si no está en armonía con la ley imperativa, las partes pueden contestar su validez ante el juez; pero si no adolece de malformaciones, ni siquiera el juez puede desconocer sus efectos. Tal ha sido la concepción clásica del contrato acogida en la mayor parte de sistemas jurídicos modernos, especialmente en aquellos de inspiración francesa; concebido así, el contrato, dirán algunos, en tanto que expresión de la voluntad de las partes, es el *summum* de la libertad, de la igualdad y seguramente también de la justicia. La idea de justicia en las relaciones contractuales, desde el derecho romano, ha sido una preocupación de los juristas, pero también desde allí se ha tenido conciencia de que

delanteramente son las partes mismas quienes deben velar por la protección de sus propios intereses, y por esa vía alcanzar la justicia contractual. Siempre han sido previstos remedios para establecer o restablecer la justicia en las relaciones contractuales; en efecto, ora la propia ley, ora la jurisprudencia y aun la doctrina han concebido mecanismos o instrumentos para restituir el equilibrio jurídico, pero igualmente el económico, entre las partes en cuanto a las obligaciones y a los derechos resultantes del contrato. Ejemplo de mecanismos que buscan restablecer el equilibrio jurídico: el control de las cláusulas abusivas y el abuso del derecho; ejemplo de mecanismos que buscan restablecer el equilibrio económico: la institución de la lesión enorme, el enriquecimiento sin causa y el abuso de la posición dominante contractual entre otros, pero también de la imprevisión.

El fin de la imprevisión es entonces efectuar un nuevo reparto de cargas y de beneficios estrictamente económicos, trastornados por la ocurrencia de eventos que escaparon a las previsiones de las partes y que hicieron la prestación a cargo de una de ellas demasiado onerosa.

Al parecer, dos textos del *Corpus iuris civilis* de JUSTINIANO, Digesto 46, 3, 38 y 12, 4, 8, sirvieron a los glosadores, a los canonistas y a los pandectistas para construir la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* en tanto que convención tácita inherente al contrato. Por su parte, la doctrina alemana que siguió a la expedición del BGB construyó la teoría de la imprevisión no ya sobre el fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus*, sino sobre aquel de la base subjetiva del contrato, esto es, de las condiciones que para cada una de ellas determinaron la celebración del mismo. Posteriormente se habló de la base objetiva del contrato, es decir de las circunstancias reales que existían al momento del acuerdo de voluntades y que determinaron su conclusión.

En Italia, la teoría fue en alguna medida replanteada como quiera que la imprevisión pone el acento en el exceso de onerosidad para una de las partes frente al alea normal de todo contrato de cierta duración. Allí se retomó la cláusula *rebus sic stantibus*, pero, a diferencia del derecho alemán, de manera precisa en el *codice civile*, del cual llegó al derecho colombiano en nuestro Código de Comercio (art. 868). El criterio es aquel del mantenimiento a lo largo del contrato de los riesgos económicos distribuidos entre las partes en el momento de su celebración, pero también del mantenimiento del contrato mismo a través de un reequilibrio de las prestaciones de las partes.

En Francia, el *Code civil* no prevé la posibilidad de una revisión o de una resiliación de un contrato de larga duración, frente al rompimiento del equilibrio de las prestaciones. Desde el 6 de marzo de 1876 lo prohíbe tajantemente la sentencia del Canal Craponne: "No le corresponde a los tribunales, por equitativa que pueda parecerles su decisión, tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar las convenciones de las partes".

En derecho colombiano, el Código Civil había dado ya las bases para la adopción y la aplicación de la teoría de la imprevisión sobre el fundamento del principio de la buena fe (art. 1603). En efecto, en el artículo 2060 (en cierta forma

equivalente al art. 1793 C. C. francés) se encuentra el verdadero primer precedente legal de la imprevisión a propósito del contrato de obra.

Pero es el Código de Comercio colombiano el que adopta verdaderamente, en su artículo 868, la teoría de la imprevisión, como sigue:

Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.

Tal vez la imprevisión se encuentra acorde con los ideales o postulados del solidarismo contractual, pero creemos pertinente aterrizar el tema, poner los pies sobre la tierra, y ello, de manera muy breve, en una primera parte, mediante el análisis de las condiciones exigidas por la ley colombiana para proceder a la revisión del contrato y, en un segundo tiempo, de los efectos sobre el contrato, toda vez que la percepción de una institución no es necesariamente la misma cuando se la estudia en el campo abstracto de los principios que cuando se la mira en el terreno de los hechos, de la práctica.

I. LAS CONDICIONES DE LA IMPREVISIÓN

Esas condiciones son a la vez de dos órdenes: un primer grupo concierne a las circunstancias de hecho de las partes, y un segundo grupo de condiciones guarda relación con las categorías de contratos susceptibles de ser revisados por el juez.

A. Las circunstancias de las partes

Cuando se habla de circunstancias imprevistas e imprevisibles se podría pensar en una fuerza mayor, sí, pero no en aquellas circunstancias que impedirían la ejecución del contrato sino en aquellas que harían de su ejecución la causa de la ruina de uno de los contratantes. Según la regla del artículo 868 C. Co. colombiano, sobre la base del principio *pacta sunt servanda* no se podría pretender la ejecución de obligaciones que acarrearían una catástrofe para los deudores, la destrucción de un sector de la economía o la quiebra de las empresas; ello no sería rendir honores a la seguridad jurídica.

En efecto, el contratante no puede prevalerse de una falta de previsión cualquiera; es necesario que las circunstancias que han convertido la prestación a su cargo en excesivamente onerosa tengan un carácter económico, extraordinario,

imprevisto en el momento de la celebración del contrato y no imputable a las partes. En primer lugar, entonces, tenemos que es necesario que las circunstancias que se aluden tengan un impacto en la economía del contrato respecto de una de las partes, puesto que circunstancias de carácter diferente, jurídico o moral, no serían admitidas para invocar la revisión del acuerdo.

Pero esas circunstancias deben, además, producirse posteriormente a la conclusión del contrato, de tal suerte que las partes, particularmente quien las padece, no hayan tenido la posibilidad de preverlas en el momento de su conclusión; dicho de otra manera, el camino en el proceso de formación del contrato debe haber concluido integralmente, esto es, si para el perfeccionamiento del contrato se exige el cumplimiento de una solemnidad cualquiera o la entrega de la cosa, estos eventos ya han debido tener lugar.

Las circunstancias mismas deben igualmente revestir cierta gravedad, ser excepcionales, por cuanto cualquier molestia o dificultad del deudor tampoco sería idónea para la revisión del acuerdo. Si los obstáculos a la ejecución de las obligaciones contractuales son tan importantes que no pueden ser superados sino a través de sacrificios desproporcionados, entonces la ética, la justicia, pero también y sobre todo el derecho, deben intervenir para evitar que un acto de disposición de intereses se convierta en fuente de un perjuicio inaceptable. No hay que olvidar que originalmente el contrato fue celebrado como expresión de cierta justicia económica existente en ese momento preciso, y que posteriormente esa justicia se desvaneció. Diferente es la situación cuando desde un comienzo las obligaciones a cargo de cada una de las partes no son equivalentes porque ellas así lo quisieron; pero si el acuerdo de voluntades estaba encaminado a la celebración de un contrato económicamente conmutativo, la simetría de las prestaciones a cargo de las partes debe mantenerse.

B. Las condiciones relativas a los contratos

De una parte, es preciso considerar que sólo ciertos contratos fueron tenidos en cuenta por el legislador colombiano a la hora de solicitar al juez la revisión por cambio de circunstancias y de otra, que es indispensable no sólo que los contratos se hallen debidamente celebrados, lo que ya se dijo, sino también que se encuentren en vigor.

1. Los contratos concernidos por la imprevisión

Así, solamente ciertas categorías de contratos son susceptibles de ser revisados por el juez. A este propósito se puede apreciar fácilmente, en el texto del artículo 868, que hay contratos excluidos y contratos autorizados. Fueron excluidos explícitamente por la ley los contratos aleatorios y los de ejecución instantánea. La explicación es muy simple: por lo que es de los primeros, la parte respecto de la

cual la prestación en su favor es aleatoria no puede esperar un beneficio cierto; en lo que se refiere a los segundos, un contrato que es celebrado y seguidamente ejecutado no puede dar lugar a ningún cambio de circunstancias.

Pero al lado de las exclusiones explícitas de la ley, de ella resultan así mismo exclusiones implícitas. En efecto, en primer lugar, ese es el caso de los contratos unilaterales en los que desde el comienzo hay una desigualdad prestacional, desequilibrio jurídico cierto, pero con consecuencias económicas incuestionables; es decir, en teoría al menos, ningún desequilibrio puede presentarse en un contrato en donde una de las partes no asumió obligación alguna.

En segundo lugar, dentro de las exclusiones implícitas podemos incluir todos los contratos sometidos al cumplimiento de una condición cualquiera, suspensiva o resolutoria. Ciertamente, el efecto propio de la condición a la que se encuentra sometido el contrato que la contiene lo convierte, en rigor, en un contrato aleatorio, alea consistente en la verificación o no de los hechos que constituyen la condición.

En consecuencia, se encuentran autorizados a ser revisados por el juez por causa de imprevisión los contratos sinalagmáticos, a condición que igualmente se trate de contratos onerosos, conmutativos y de ejecución sucesiva, periódica o diferida pero pura y simple. En lo que respecta al carácter oneroso, y más precisamente "oneroso conmutativo", bástenos con puntualizar que no importa que originalmente esa "conmutatividad" o equilibrio inicial previsto por las partes no sea estricta o matemática; es la ruptura del equilibrio tal como ha sido previsto en el momento de la conclusión del contrato lo que da lugar a su revisión por el juez. Finalmente, no es del caso hacer distinciones o precisiones en torno de los contratos de ejecución sucesiva, de los de ejecución periódica o diferida, tanto más cuando para todos ellos el contratante interesado puede acudir a la teoría de la imprevisión.

2. El vigor del contrato

El cambio de circunstancias del que pretende valerse una de las partes debe tener lugar después de la celebración del contrato, ya lo hemos dicho, e imperativamente no ha debido poder ser previsto a más tardar en el momento de la conclusión del acuerdo, lo hemos dicho también; pero es necesario además que el contrato no haya sido completamente ejecutado y que la solicitud de revisión al juez sea presentada antes del vencimiento del término de ejecución previsto convencionalmente.

a. El contrato no debe estar completamente ejecutado. En este punto es importante resaltar que el contrato debe encontrarse perfeccionado, y poco o nada importa si ha tenido o no un comienzo de ejecución; lo que resulta esencial es que el plazo de ejecución no haya expirado y que quien alega las circunstancias excepcionales no haya ejecutado completamente sus obligaciones. Es evidente,

si el término previsto contractualmente expiró y el contratante concernido no ejecutó completamente sus obligaciones, comprometerá su responsabilidad contractual. Si no obstante las circunstancias cumplió a cabalidad sus compromisos dentro del término, por ese hecho el contrato habrá terminado, de tal suerte que los contratantes no tendrían nada que reclamarse el uno al otro; esto se traduce, en la práctica, en un facultad del contratante de suspender la ejecución del contrato hasta tanto el reequilibrio de las cargas no sea efectuado por el juez.

b. Recurso ante el juez antes del término del contrato. Sin embargo, no solamente el contrato debe encontrarse en vigor, y no haber sido ejecutado completamente, sino que además la parte interesada debe presentar la demanda de revisión ante el juez antes del vencimiento del término previsto; si la parte afectada presenta su demanda expirado el término de ejecución de sus obligaciones contractuales, su demanda no podrá ser admitida y comprometerá su responsabilidad contractual puesto que por hipótesis se encuentra en estado de incumplimiento de sus obligaciones.

El período durante el cual la parte que invoca la institución de la imprevisión puede acudir al juez es muy preciso: tendrá que presentar la demanda de revisión después de perfeccionado el contrato pero antes del vencimiento del plazo de ejecución, si lo hay, sin haber cumplido totalmente pero sin incurrir en incumplimiento. Será menester entonces, al menos en ese estadio, que prevea sea cautelosa.

II. LOS EFECTOS DE LA IMPREVISIÓN

Una vez que las condiciones de fondo se encuentren reunidas, y que el contratante que invoca la revisión presente su demanda ante la jurisdicción dentro del estricto plazo del que dispone, es procedente formularnos algunas preguntas, especialmente relacionadas con la suerte del contrato. En efecto, es necesario reconocer que otorgarle la posibilidad al juez de mirar muy al interior de las relaciones contractuales, para establecer qué tan justas son económicamente, es conferirle un poder considerable, que repetidamente ha chocado con la tradición francesa y con la mentalidad de muchos juristas.

Podemos entonces preguntarnos, como lo hace JACQUES MESTRE: ¿el contrato es simplemente fuente de obligaciones o instrumento de colaboración? ¿El juez puede o no proceder a una refacción del contrato? ¿Puede o no proceder a una revisión del contrato por imprevisión? O, como lo hace DENIS MAZEAUD: lealtad, solidaridad, fraternidad, ¿la nueva divisa contractual? Por nuestra parte, agregaríamos: ¿se puede consentir en contratos formados judicialmente? ¿Se puede aceptar que nos sea impuesto el contenido de un contrato que hemos querido, sí, pero en condiciones jurídicas o económicas bien diferentes? He aquí algunas de las preguntas que plantea la teoría de la imprevisión. No vamos aquí a tratar siquiera de responder a ellas, ello sería pretensioso e irresponsable de nuestra parte. Por lo que respecta al derecho francés, cabe preguntarse: ¿hasta cuándo logrará resistir

los embates venidos de afuera, especialmente del "derecho europeo"? Ello se enmarca en el fenómeno que algunos han dado en llamar "la explosión de las fuentes del derecho civil de los contratos". Nos contentaremos acá con señalar los problemas en derecho colombiano sobre la materia, a los cuales ni la jurisprudencia ni la doctrina han dado verdadera respuesta, y ello en relación con los dos efectos posibles que pueden producirse a propósito de la suerte del contrato cuando el juez ha sido convocado, a saber, su refacción o su aniquilamiento.

A. La refacción del contrato por el juez

Cuando ante la jurisdicción el cambio de circunstancias ha sido establecido, la primera posibilidad que se le ofrece al juez es la de modificar el contenido del contrato, pero para ello, ¿cómo debe proceder? ¿Cómo reencontrar el equilibrio de las obligaciones? ¿Cómo volver a poner a las partes en una situación económicamente similar a aquella en que se encontraban en el momento de la celebración del contrato? En fin, ¿a qué método debe acudir el juez para restablecer la justicia contractual? He ahí la importancia de la tarea confiada al juez.

Para los contratos administrativos, en aplicación de reglas que les son propias y que difieren de la teoría de la imprevisión propiamente dicha, el problema es relativamente más simple; algunas decisiones del Consejo de Estado, pero también de árbitros de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, ponen de relieve la necesidad de situar al contratista en un punto en que el contrato no implique pérdida, esto es, podrá incluso ver desaparecer el beneficio que fundadamente esperaba obtener del contrato en el momento de su celebración; otras decisiones, al contrario, subrayan el imperativo de acordarle sumas de dinero suplementarias a fin de mantener a favor del contratista el margen de ganancia inicialmente previsto.

En cambio, la aplicación del artículo 868 C. Co. colombiano sugiere la necesidad no solamente de volver a colocar enteramente al contratante en la situación en que se encontraba en el momento de la conclusión del acuerdo, sino sobre todo, con este fin, de adoptar todas las medidas necesarias para el propósito. El juez podría especialmente concederle a la parte demandante plazos de ejecución suplementarios, aumentos de precios, descargarlo de ciertas obligaciones, etc., pero es necesario precisar que no podría ser compensada por perjuicios distintos sufridos con ocasión o por causa de la ejecución de sus compromisos contractuales; las medidas que adopte el juez deberán, todas, estar dirigidas a restablecer el equilibrio económico existente en el momento de la conclusión del contrato. Pero, insistimos, ¿cómo determinar las medidas apropiadas? Sin duda ello dependerá de las circunstancias propias de cada caso de especie. Empero, en muchos casos el juez estará confrontado a problemas técnicos muy variados según la materia sobre la que verse el contrato y la especificidad de las condiciones profesionales de las partes. Con apoyo en un dictamen pericial, el juez ciertamente podrá esta-

blecer el cambio de circunstancias, pero no podrá delegar en el perito o experto la decisión de las medidas pertinentes que deban ser adoptadas; el dictamen le proporcionará elementos de juicio importantes, pero la adopción de las medidas tendientes al restablecimiento del equilibrio económico del contrato es de su resorte, tanto más cuando ellas pueden llegar a tener un impacto considerable en el patrimonio de la parte demandada.

En este estadio es pertinente preguntarse si, en aplicación del artículo 868 C. Co. colombiano, cuando el juez actúa con el propósito de refaccionar el contrato lo hace como verdadero juez o es simplemente un árbitro, un conciliador o amigable componedor. Para algunos, y en algunos sistemas, el juez a este respecto actuaría simplemente como un mediador encargado de proponer fórmulas tendientes a restablecer el equilibrio inicial del contrato, roto por el cambio de circunstancias; o en el mejor de los casos su papel, como juez se limitaría a la constatación del cambio de circunstancias y a declararlo así, ordenando en seguida a las partes entrar en negociaciones; para otros, puede actuar como verdadero juez y en consecuencia decretar todas las medidas que estime más adecuadas, posición ésta que ha sido la de nuestro Consejo de Estado y la de algunas decisiones arbitrales. Cuando se trata de un contrato sometido a la aplicación del artículo 868, el juez podrá modificar el contenido del contrato por cuanto "[o]rdenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique": tal es la disposición del texto de la ley, lo que al menos en teoría le confiere a nuestro jueces poderes muy amplios para modificar el contenido de los contratos.

Si podíamos en un momento dado tener dudas sobre los poderes del juez en lo que a la refacción del contrato se refiere, ese no es de ninguna manera el caso en lo que respecta al aniquilamiento del acuerdo.

B. El derrumbe de las relaciones contractuales

Un principio del derecho privado, especialmente consagrado en nuestro Código de Comercio, es el del mantenimiento o conservación del contrato, que se expresa mediante la prohibición al juez de declarar la terminación de una convención que, al menos parcialmente, fue concluida de conformidad con la ley. Este principio puede ser visto, en efecto, como un corolario del principio *pacta sunt servanda*. En consecuencia, por ejemplo, si un juez declara la nulidad parcial de un contrato y éste puede continuar teniendo existencia en su parte sana y resulta posible, razonablemente, pensar que las partes lo habrían celebrado aun en ausencia de la porción que ha sido declarada nula, el juez deberá pronunciarse en ese sentido.

Ahora bien, si se tienen en cuenta los poderes atribuidos al juez dentro del marco de la revisión por imprevisión, de allí se puede deducir la existencia de una excepción al principio del mantenimiento o conservación del contrato. En efecto, según el artículo 868 C. Co. colombiano, si es imposible restablecer el equi-

librio de las prestaciones de las partes en el contrato, el juez decretará su terminación. Pero, ¿cuál es el sentido de la palabra "terminación"? Es necesariamente el fin del contrato, de su existencia, pues como alguien dijera: si bien en algunos sistemas jurídicos el matrimonio es concebido como un contrato, no por ello el contrato debe ser concebido como un matrimonio; pero en sentido jurídico estamos hablando de resolución, de resiliación, de rescisión, y el debate siempre ha estado abierto. Lo esencial es saber que, habida cuenta que se trata de contratos sinalagmáticos, y las más de las veces de ejecución sucesiva, la decisión del juez en este sentido sólo puede tener efectos hacia el futuro, de suerte que las prestaciones que han sido cumplidas en ejecución del contrato no deberán ser deshechas o devueltas toda vez que resulte imposible poner a las partes en idéntica situación a aquella existente al momento de contratar; ello con dos precisiones suplementarias: de una parte, la situación no sería la misma para los contratos de ejecución diferida, para los cuales las cosas deben necesariamente volver al estado previo a su conclusión y, de otra parte, no hay que olvidar que encontrándonos en el terreno de la equidad, obligatoriamente el juez deberá tomar en su decisión todas las medidas pertinentes a fin de evitar que una parte se enriquezca en detrimento de la otra.

CONCLUSIÓN

A manera de conclusión es menester decir que en Colombia esperamos ver a nuestra Corte de Casación pronunciarse cabalmente sobre la teoría de la imprevisión, en particular en lo que al contrato de mutuo se refiere. En efecto, en Colombia, desde hace algo más de 30 años, buena parte de nuestra población urbana acudió al sector financiero con el objeto de obtener crédito para la adquisición de vivienda. Muchos préstamos fueron concedidos con una tasa de interés, la cual a su vez era fijada por el mercado, no obstante ciertas intervenciones del Banco de la República en su determinación. Durante la vigencia de muchos de estos contratos de mutuo las tasas de interés subieron a niveles tales que hicieron impagables los créditos concedidos a los prestamistas. Algunos han acudido ante la jurisdicción en solicitud de reequilibrio de sus deudas, situación que muy posiblemente conducirá a nuestros magistrados a establecer los verdaderos alcances de la revisión por imprevisión en Colombia.

El contrato no es un mecanismo de distribución de la riqueza sino un acto de disposición de intereses particulares, con reconocimiento social y muchas veces también con consecuencias en el plano social. Pero quien celebra un contrato se desentiende siempre de ello, por lo que pretender que se solidarice con un grupo de personas para él no sólo desconocidas sino indeterminadas puede ser una actitud ingenua; tenemos que evitar caer en lo que podría llamarse un pseudo-izquierdismo contractual. Quien se ve demandado en un juicio de revisión no acude ante la jurisdicción porque se espera de él, ahora con el concurso del juez, una

actitud solidaria. Por ello permítasenos decir que la teoría de la imprevisión no es una expresión del solidarismo contractual, pero tampoco del individualismo a ultranza como fue entendido a comienzos del siglo XIX. Se puede apreciar cómodamente, en particular para países en vías de desarrollo, que la teoría de la imprevisión no es más que un instrumento indispensable para minimizar el impacto de los vaivenes de la economía. Debemos perder el temor de una intromisión exagerada de los jueces en la vida contractual, pues, no sólo en Colombia sino en los demás Estados de derecho, la jurisdicción ha dado pruebas de moderación en sus decisiones, aunque para algunos dicha moderación resulte exagerada.