



Universidad
Rey Juan Carlos

TESIS DOCTORAL

*“EL PRINCIPIO DE REBUS SIC STANTIBUS, Y SUS TENSIONES EN LA APLICACIÓN DE
LOS JUECES DE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA”.*

Autor:
ALEX GARCÉS MEDRANO

Directoras:
SARA NÚÑEZ DE PRADO CLAVELL
MARÍA AMPARO NÚÑEZ MARTÍ

Programa de Doctorado en
CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

Escuela Internacional de Doctorado

2023

A la memoria de Irene Medrano de Garcés, por su amor incondicional.

Agradecimientos

Expreso mi agradecimiento a las profesoras Sara Núñez De Prado Clavell y Amparo Núñez Martí por su voto de confianza al aceptar esta dirección de tesis.

Gracias.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	10
CAPITULO I. “EL PRINCIPIO DE REBUS SIC STANTIBUS, Y SUS TENSIONES EN LA APLICACIÓN DE LOS JUECES DE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA”.....	14
1.1 CONCEPTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE REBUS SIC STANTIBUS.....	14
1.2 Los fundamentos del tema.....	15
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN:.....	19
OBJETIVOS GENERALES	20
OBJETIVOS ESPECÍFICOS:.....	21
1.2.1 Presentar los antecedentes históricos del principio general del derecho rebus sic stantibus.	21
1.2.2 Indagar algunos antecedentes de la teoría de la imprevisión en Colombia.	21
1.2.3 La teoría de la imprevisión en los fallos de la jurisdicción constitucional colombiana.....	21
1.2.4 Establecer la búsqueda del factor diferenciador de las decisiones de la jurisdicción civil y constitucional, en lo referente a la teoría de la imprevisión.....	21
METODOLOGÍA.....	21
Panorama general de los antecedentes históricos de los principios generales del derecho <i>pacta sunt servanda</i> y <i>rebus sic stantibus</i>	23
1.3 Diferencia entre reglas y los principios generales del derecho.	35
1.4 Antecedentes históricos de los principios generales del derecho.....	40
1.4.1 ÉPOCA ANTIGUA	40
1.5 Desarrollo histórico del principio <i>pacta sunt servanda</i>	49
1.5.1 EDAD MEDIA	53
1.5.2 EDAD MODERNA Y CONTEMPORÁNEA.....	54
1.6 Desarrollo histórico del principio <i>rebus sic stantibus</i>	54
1.6.1 EDAD MEDIA	55
1.6.2 Edad moderna y contemporánea.....	56
CAPITULO II. LATEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO Y ALGUNOS CASOS DEL DERECHO ESPAÑOL	59
1.7 La tensión que presenta entre los principios <i>pacta sunt servanda</i> y <i>rebus sic stantibus</i>	65
1.7.1 ¿La categoría jurídica “ <i>rebus sic stantibus</i> ” es un principio o una cláusula?.....	65
1.7.2 ¿A qué nos referimos con una tensión?	67
1.8 Los principios <i>pacta sunt servanda</i> y <i>rebus sic stantibus</i> como tensión excluyente.....	72

1.8.1	La tensión excluyente y el rompimiento de la tradición jurisprudencial.....	72
1.8.2	Los principios <i>pacta sunt servanda</i> y <i>rebus sic stantibus</i> ; como complemento.	79
CAPITULO III. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y SU CONTRASTE ENTRE LOS FALLOS DE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA.		85
la epistemología del derecho civil y el contraste de jurisdicciones		85
LA EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO EN PARTICULAR		90
PRONUNCIAMIENTOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES EN COLOMBIA		93
1.9	La imprevisión y su inaplicabilidad en la jurisdicción civil en Colombia	95
1.10	Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 9 de diciembre de 1936.....	104
1.11	Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 25 de febrero de 1937	105
1.12	Sentencia la Corte Suprema de Justicia del 23 de mayo de 1938	106
LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL		107
1.13	ALGUNOS LAUDOS ARBITRALES, NACIONALES E INTERNACIONALES DONDE SE HA CONTROVERTIDO CON LOS PRINCIPIOS <i>PACTA SUNT SER BANDA Y REBUS SIC STANTIBUS</i>	109
1.13.1	Laudo Arbitral No. 2478 de 1974 (<i>Laudo Arbitral No. 2478, 1974</i>)	109
1.13.2	Laudo Arbitral No.8486 (<i>Laudo Arbitral No. 8486, 1996</i>).....	111
1.13.3	Laudo Arbitral Juan Fernando Góngora Arciniegas vs. Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom (<i>Laudo arbitral Juan Fernando Góngora Arciniegas vs. Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, 1999</i>)	113
1.13.4	Laudo arbitral Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. vs La Nación - Ministerio de Comunicaciones. Año 2000. (<i>Laudo arbitral Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. vs La Nación—Ministerio de Comunicaciones, 2000</i>).....	113
1.13.5	Laudo Arbitral Aura Cristina Geithner Cuesta vs. Industria Electrosonera S.A (<i>Laudo Arbitral Aura Cristina Geithner Cuesta vs. Industria Electrosonera S.A, 2001</i>)	114
1.13.6	Laudo Arbitral No. 9479 (<i>Laudo Arbitral No. 9479, 2001</i>).....	114
1.13.7	Laudo Arbitral Dragados Hidráulicos Ltda vs. Concesionaria Tibitoc S.A. (<i>Laudo Arbitral Dragados Hidráulicos Ltda vs. Concesionaria Tibitoc S.A., 2022</i>)	115
1.13.8	Laudo Arbitral Concesión Parqueadero Calle 90 S.A. vs. Instituto de Desarrollo Urbano, IDU (<i>Laudo Arbitral Concesión Parqueadero Calle 90 S.A. vs. Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, 2003</i>).....	115
1.13.9	Laudo Arbitral Exconvia Ltda vs. Dragados Internacional de Pipelines - DIAP S.A. (<i>Laudo Arbitral Exconvia Ltda vs. Dragados Internacional de Pipelines—DIAP S.A., 2005</i>).....	116
1.13.10	Laudo Arbitral Noarco S.A. Vic Ltda y Obras Especiales Obresca C.A vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P (<i>Laudo Arbitral Noarco S.A. Vic Ltda y Obras Especiales Obresca C.A vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P, 2007</i>)	116

1.13.11	Laudo Arbitral P&P Construcciones S.A vs. Banco de la República (<i>Laudo Arbitral P&P Construcciones S.A vs. Banco de la República</i> , 2008)	117
1.13.12	Laudo Arbitral H. Rojas y Asociados Ltda. Banco de la República (<i>Laudo Arbitral H. Rojas y Asociados Ltda Banco de la República</i> , 2009)	118
1.13.13	Laudo Arbitral GDS Ingenieros Ltda. Constructec S.A. y J.E.C.R S.A. vs. Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE (<i>Laudo Arbitral GDS Ingenieros Ltda, Constructec S.A. y J.E.C.R S.A. vs. Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo—FONADE</i> , 2010) 118	
1.13.14	Laudo Arbitral D&S S.A, Construcciones Namus S.A, Sohincó Constructora S.A, Yamil Sabbagh Solano y David Vega Luna, Miembros de la Unión Temporal Aguas Tintal. vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P (<i>Laudo Arbitral D&S S.A, Construcciones Namus S.A, Sohincó Constructora S.A, Yamil Sabbagh Solano y David Vega Luna, Miembros de la Unión Temporal Aguas Tintal. Vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P</i> , 2011) 119	
1.13.15	Laudo Arbitral Plaza Imperial Holdings S.A.S. vs. Inversiones en Recreación Deporte y Salud S.A. Bodytech (<i>Laudo Arbitral Plaza Imperial Holdings S.A.S. vs. Inversiones en Recreación Deporte y Salud S.A. Bodytech</i> , 2013)	119
1.13.16	Laudo Arbitral R&M Lezaca y CIA. Ltda, Ponce de León Asociados S.A., Miguel Ávila Reyes e Hidroelectric de Colombia Ltda. vs. Instituto de Desarrollo Urbano (<i>Laudo Arbitral R&M Lezaca y CIA. Ltda, Ponce de León Asociados S.A., Miguel Ávila Reyes e Hidroelectric de Colombia Ltda. Vs. Instituto de Desarrollo Urbano</i> , 2014).....	120
1.13.17	Laudo Arbitral No.16369 (<i>Laudo Arbitral No.16369</i> , 2014).....	120
1.13.18	Laudo Arbitral Hidrotec S.A.S. Ingenieros Consultores Y Ponce De León Y Asociados S.A Ingenieros Consultores vs. Instituto Colombiano De Bienestar Familiar (<i>Laudo Arbitral Hidrotec S.A.S. Ingenieros Consultores Y Ponce De León Y Asociados S.A Ingenieros Consultores vs. Instituto Colombiano De Bienestar Familiar</i> , 2015).....	121
1.13.19	Laudo Arbitral Colombia Móvil S.A. ESP vs. La Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (<i>Laudo Arbitral Colombia Móvil S.A. ESP vs. La Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones</i> , 2016).....	121
1.13.20	Laudo arbitral Unión Temporal Concesión Vial Los Comuneros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (<i>Laudo arbitral Unión Temporal Concesión Vial Los Comuneros vs. Agencia Nacional de Infraestructura—ANI</i> , 2017).....	122
CAPITULO IV. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS FALLOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.....		123
1.14	Metodología.....	125
1.15	La revisión por parte de la Corte	130
CAPITULO V. INDAGACIÓN DEL FACTOR DIFERENCIADOR DE LAS DECISIONES DE LAS JURISDICCIÓN CIVIL Y CONSTITUCIONAL EN LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN COLOMBIA.....		136
1.16	Fallos de la Corte Constitucional contra decisiones de la Corte Suprema de Justicia.....	149

1.17	EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SU INCIDENCIA EN LA NATURALEZA POLÍTICA DE LAS DECISIONES JUDICIALES.	149
1.18	Los fallos de la Corte Constitucional colombiana y su contribución al rompimiento de la tradición exegética del Derecho.	151
CAPITULO VI. INSTAURACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CIVIL EN COLOMBIA Y SU RELACIÓN CON LA LEGITIMIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL		153
1.19	Legislación de Indias.....	164
1.20	La independencia en 1810.....	165
1.21	Constitución de 1821	166
1.22	Constitución de 1830	169
1.22.1	El fin de la esclavitud	172
1.23	Constitución de 1853	172
1.24	LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.....	176
1.24.1	La coherencia de la Corte Constitucional con la tradición doctrinal de la Teoría de la Imprevisión	182
1.24.2	¿Hay criterios establecidos para definir la situación del deudor posterior a la sentencia?	191
1.24.3	¿Ha procedido la Corte Constitucional contra providencias judiciales de la Corte Suprema de Justicia por casos de deudores en situación de secuestro, y/o desplazamiento forzado y/o desaparición?	193
CAPITULO VII. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL CONTEXTO DE LAS OBLIGACIONES CIVILES.....		196
1.25	EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES	202
1.25.1	¿Cómo llegan esas fuentes de las obligaciones al derecho colombiano?	206
CONCLUSIONES.....		209
BIBLIOGRAFÍA		217

INTRODUCCIÓN

El derecho como fenómeno histórico social se ha ido transformado de acuerdo a su entorno, porque permanentemente está siendo permeado por factores de orden antropológico, cultural, económico y social (Witker Velásquez, 2015). Lo que implica que hay instituciones jurídicas que son universalmente reconocidas en la cultura occidental, pero cada sociedad las aplica, imponiendo su impronta, su sello, sus particularidades. Por ejemplo, en los ordenamientos jurídicos de Iberoamérica y Europa Continental se aplica la institución jurídica de la prescripción, pero cada Estado determina el tiempo para que opere, los requisitos de forma y la manera de hacerla valer procesalmente. Así ocurre con la generalidad de las instituciones jurídicas (De Castro-Camero, 2010). Como veremos más adelante el derecho español y colombiano tienen sus orígenes en el derecho románico germánico y conservan la generalidad de instituciones jurídicas, pero en lo que se refiere a las fuentes del derecho, no son las mismas. A este aspecto es que nos referimos en el capítulo II de la tesis.

En el contexto descrito, uno de los aspectos más relevantes para el Derecho como disciplina es la decisión judicial. En ella el juez como un tercero neutral investido de autoridad por el Estado (jurisdicción) toma una decisión respecto de un conflicto jurídico social. Ellos toman esas decisiones -que se traducen en sentencias- y deben hacerlo con fundamento en unos criterios, que desde los tiempos antiguos se le denominan fuentes del derecho. La comunidad jurídica ha confluído en identificarlas como un elemento sustancial para la resolución de las controversias jurídicas. Por lo anterior, es relevante el estudio, análisis y comprensión de las

fuentes del derecho, precisamente porque se contribuye a establecer sus formas de aplicación y cuáles son sus rasgos particulares en cada Estado (Ansuategui Roig, 2004).

De las fuentes del derecho se puede decir que son el paradigma, patrón o referente a las que los juristas acude para dilucidar cómo resolver un conflicto jurídico social. Esas fuentes han mutado, pero mantienen la misma razón de ser: servir como carta de navegación en la decisión judicial. En el derecho contemporáneo Iberoamericano y de Europa Continental una de estas fuentes es: los principios generales del derecho.

Estas fuentes se caracterizan por ser categorías normativas que le sirven al operador jurídico, para resolver casos concretos, cuando las reglas escritas no le son suficientes. Su creación es antiquísima, y tiene sus antecedentes en las primeras etapas del derecho romano (Medellín Becerra, 2015). Han transcurrido aproximadamente tres mil años desde el origen del derecho romano hasta nuestros días y con el paso del tiempo se fue diluyendo el nivel de producción de dichos principios, de donde se infiere que la creación de ellos corresponde a una dinámica lenta y es un producto histórico social alimentado por aspectos de orden antropológico, cultural, social y económico. Por lo anterior hay una perspectiva según la cual ya los principios no se producen, sino que se descubren (Medellín Becerra, 2015).

Además de lo anterior, hay una presunción de que el legislador es racional al momento de la producción normativa y por tanto es capaz de regular todas las eventuales conductas de los destinatarios, por regla general a través de leyes, pero en determinadas circunstancias los supuestos de hecho consagrados en las normas jurídicas son rebasados por las dinámicas del comportamiento social. Por lo anterior, los juristas cuentan con otras fuentes del Derecho alternas que le permiten dilucidar la decisión jurídica en un caso concreto, lo cual se logra a

partir del ejercicio de la hermenéutica (Garcés Medrano, 2015), es decir la articulación de las distintas fuentes de acuerdo al caso en concreto.

Uno de los autores contemporáneos que aborda el tema es Ronald Dworkin, al establecer las dificultades que se presentan para los juristas al momento de pretender resolver una controversia sólo a partir de las reglas escritas. Cuando ellas no son suficientes, el autor plantea que se está frente a los “casos difíciles”, ante lo cual el juez tiene la alternativa de acudir a los principios como fuentes del derecho para resolver la controversia en cuestión. En este sentido, en reflexiones anteriores dijimos que Dworkin:

Planteo en los principios dos cuestiones centrales: la primera es que las reglas –a diferencia de los principios- son “normas... aplicables a la manera de disyuntivas, si los hechos que estipula una norma están dados, entonces la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es y entonces no aporta nada a la decisión”(Dworkin, 2002) es decir, la aplicación de las normas es del “todo o nada” (Garcés Medrano, 2015).

De acuerdo con lo anterior, como quiera que no hay una fuente con suficiencia absoluta al momento de proferir la sentencia el sistema le provee varios instrumentos al juez, entre ellos, los principios generales del derecho. En este sentido, nuestra Constitución Política colombiana hace referencia a las fuentes en el artículo 230 cuando dice:

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Así en nuestro ordenamiento jurídico, además de las otras fuentes, los principios generales del derecho están consagrados como “herramientas” de interpretación jurídica que le sirve al juez para resolver casos concretos. La doctrina ha desarrollado el tema con amplitud, y en el derecho comparado hay acuerdo en la identificación de algunos principios como la buena fe, el enriquecimiento sin justa causa, el *error communis facit ius*, el *pacta sunt servanda* y el *rebus sic stantibus*, entre otros. Este último principio es el eje medular de nuestra investigación.

CAPITULO I. “EL PRINCIPIO DE *REBUS SIC STANTIBUS*, Y SUS TENSIONES EN LA APLICACIÓN DE LOS JUECES DE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA”.

1.1 CONCEPTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE *REBUS SIC STANTIBUS*

En la época actual se le denomina teoría de la imprevisión y el derecho español lo denomina cláusula *rebus sic stantibus*. Este principio no tiene consagración expresa en nuestro Código Civil, por tanto, en materia civil y en el derecho público su reconocimiento ha sido jurisprudencial y doctrinal. Pero como veremos más adelante, sí fue estipulado por el artículo 868 del Código de Comercio. Nuestro propósito es dar cuenta del desarrollo conceptual y los alcances que se ha establecido en la jurisprudencia y la doctrina en Colombia, concretamente en la aplicación del principio *rebus sic stantibus* en materia civil.

Conceptualmente consiste en que, en aras de lograr la equidad dentro del negocio jurídico, en determinadas circunstancias dentro de un vínculo obligacional el deudor puede quedar exento de cumplir una prestación tal como se había pactado, porque las condiciones para su cumplimiento han cambiado, pero, sí tiene el deber de cumplirla revisando las prestaciones previamente acordadas, de tal manera que no le hagan más gravosa su situación. Es decir, que el deudor al cumplirla por el cambio de las circunstancias a lo inicialmente pactado, no le resulte más oneroso.

Recogiendo lo anterior, no está demás mencionar que los hechos de coyuntura con ocasión de la pandemia por el Covid19, los consecuentes confinamientos y las restricciones al ejercicio de la libre circulación y el libre mercado han alterado los vínculos obligacionales contraídos de forma previa a esta situación. Es decir, los contratos celebrados a comienzos del año 2020 -antes de la imposición de las medidas restrictivas a nivel mundial- sus posibilidades reales de cumplimiento fueron alteradas por la pandemia. Por tanto, en las eventuales controversias jurídicas que se presenten por estos casos le correspondería al juez acudir a la institución jurídica de la teoría de la imprevisión -o los principios generales del derecho- para resolver la controversia en concreto. En razón a que los deudores no estarían en condiciones de cumplir con las prestaciones tal como se obligaron a hacerlo, porque les resultaría más oneroso debido al cambio de las circunstancias reales.

1.2 LOS FUNDAMENTOS DEL TEMA

Esta institución jurídica se aplica en diferentes ramas del Derecho, porque en nuestro medio hace parte del derecho público y privado, y dentro de este del derecho civil y comercial. Desde el comienzo de la investigación teníamos claro que nuestro eje sustancial sería particularmente el principio *rebus sic stantibus*. En la medida que fuimos profundizando en ella, fuimos ajustando el tema estableciendo como eje medular la aplicación por parte de los altos tribunales en Colombia y esencialmente un análisis de por qué las jurisdicciones civil y constitucional han asumido posturas diametralmente opuestas en sus sentencias, en el sentido de que la Corte Suprema de Justicia no ha aplicado el principio y la Corte Constitucional sí.

Adicionalmente, es necesario indagar hasta donde se han mitificado las reseñas doctrinales de dicho principio. Es decir, en el caso colombiano las referencias de la comunidad académica jurídica son recurrentes en mencionar los antecedentes en los fallos de la Corte Suprema de Justicia, pero en términos prácticos este alto tribunal no le ha dado aplicación. Por tanto, las referencias de este resultan inocuas o con falta de contenido. Entre otras, parte de los propósitos de nuestra tesis es describir históricamente dicha situación.

Por lo anterior, lo que haremos es una revisión de los antecedentes históricos del principio, incluyendo algunas referencias del Derecho español y la eventual aplicación de la Corte Suprema de Justicia en Colombia. Seguidamente, realizaremos un análisis de cómo ha sido la aplicación del principio por parte de la Corte Constitucional en Colombia, tratando de dilucidar si hay alguna diferencia sustancial con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia. Si encontráramos tal diferencia, nos parece oportuno explicar a qué se debe este contraste de jurisdicciones. Para ello acudiremos a enfoques desde la concepción realista del derecho anglosajón y particularmente desde los *Critical Legal Studies* de Estados Unidos y su equivalente en América Latina la teoría jurídica crítica. En este último caso buscando un aporte teórico desde una perspectiva crítica en oposición a un análisis estrictamente dogmático jurídico. Otro aspecto medular es analizar a partir de la historiografía la conformación del Estado colombiano y el Derecho después del proceso de Independencia en 1810, y tratar de dilucidar cómo se configuró nuestro sistema judicial para dar cuenta de las posturas diametralmente opuestas de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional. Es decir, en lo referente a la aplicación de la teoría de la imprevisión, porque la Corte Suprema de Justicia ha sido más restrictiva en sus sentencias y la Corte Constitucional más contemporánea.

También pretendemos establecer si al momento del juez aplicar los dos principios como el *rebus sic stantibus* y el *pacta sunt servanda*, hacía énfasis en la confrontación (una tensión), entre las finalidades de cada principio y su propósito. En determinadas circunstancias frente a un problema jurídico concreto, le corresponde a la jurisdicción categorizar cuál principio prevalece en el caso concreto. Para este propósito la doctrina reconoce que ambos principios emanan del principio de la *bona fides*, es decir que se haga lo que se convino (Neme Villareal, 2014), pero sin perder de vista que cada principio tiene una lógica distinta, y su vez son diametralmente opuestas, en tanto que el *pacta sunt servanda* impone de manera imperativa someterse a lo estipulado, mientras que el *rebus sic stantibus*, considera como una eventual eximente de responsabilidad del deudor las condiciones sobrevinientes al momento de cumplir la obligación.

Desde comienzos del Siglo XX nuestra dinámica jurídica reconoció a través de la jurisprudencia y la doctrina diversos principios. En el caso específico del *rebus sic stantibus*, comenzó a ser mencionado por nuestra Corte Suprema de Justicia al momento de resolver las controversias de su competencia desde el año 1936 (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1936) y casi 40 años después en 1971, el Código de Comercio en el artículo 846 recogió sustancialmente este último (*rebus sic stantibus*) o la “teoría de la imprevisión” cuando estableció:

Código de Comercio, artículo 868:

"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".

De acuerdo con lo expuesto, en el Código de Comercio acoge el principio *rebus sic stantibus* y lo convierte en una regla porque está expresamente consagrado, pero además añade el concepto de la equidad como un criterio que el juez de la causa comercial debe considerar al momento de resolver la controversia. Por el contrario, terminado el siglo XX este principio no tuvo consagración expresa en el Código Civil colombiano y por tanto su reconocimiento ha sido de carácter jurisprudencial a partir de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y después de la Constitución de 1991 por la Corte Constitucional.

Adicionalmente, la creación de la Constitución de 1991 traería consigo nuevos referentes de interpretación del Derecho y además el reconocimiento de fuentes auxiliares como la equidad. Categoría jurídica que ya había sido establecida en el referido artículo 846 del Código de Comercio de 1971 y que el derecho constitucional comenzó a definir como un concepto jurídico indeterminado. Concomitantemente desde hace varias décadas se reconoció el principio *rebus sic stantibus* en el derecho administrativo a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado como máximo órgano de esta jurisdicción. De acuerdo con lo anterior, nuestro Código de Comercio acogió sustancialmente el principio del *rebus sic stantibus*, pero le dispuso al juez la posibilidad de resolver la controversia conforme al concepto de la equidad, sin tener claridad sobre los alcances de dicha categoría jurídica, es decir, si era un principio, un criterio auxiliar o una regla.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN:

En materia contractual son varios los principios que puede contribuir a dilucidar una eventual controversia jurídica. Por ejemplo, la buena fe; la teoría de la causa; lo accesorio sigue la suerte de lo principal; *pacta sunt servanda* (el contrato es ley para las partes) y el *rebus sic stantibus* (la teoría de la imprevisión). En los dos últimos mencionados encontramos una especie de antagonismo, de confrontación. Es decir, que quien suscribe un contrato por regla general está determinado por el principio *pacta sunt servanda* (el contrato es ley para las partes); pero después de suscrito el contrato, eventualmente se presentan circunstancias sobrevinientes que alteran las posibilidades cumplimiento y el deudor no está en mora, además que de cumplir lo pactado le sería más oneroso de lo inicialmente acordado, entonces sería posible la aplicación del principio *rebus sic stantibus* (la teoría de la imprevisión). Lo que implica dos escenarios contractuales diversos, y con una especie de tensión entre ellos. Es decir, el deudor puede cumplir el contrato tal como se pactó o no cumplirlo a cabalidad por determinadas circunstancias sobrevinientes al mismo.

Dicho de otro modo, por definición, en una eventual concurrencia de los principios de derecho *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, se presenta una confrontación y por tanto el juez debe elegir entre uno y otro. Pero, la doctrina y la jurisprudencia han contribuido a buscar los límites de ambos principios y la manera cómo articularlos al momento de su aplicación.

Teniendo en cuenta lo anterior, haremos un análisis jurisprudencial de la aplicación del principio *rebus sic stantibus* desde las sentencias más significativas de la Corte Suprema de Justicia en 1936 (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1936), hasta los fallos más recientes y

algunos fallos de la Corte Constitucional creada en 1991; para establecer si dicha tensión se ha presentado en nuestro medio. Adicionalmente, el análisis se circunscribe a procurar establecer el reconocimiento de la teoría de la imprevisión en materia civil y comercial en contraste con las sentencias de la Corte Constitucional, para luego explicar por qué dos jurisdicciones tienen tratamiento tan diverso respecto de la misma institución jurídica.

Metodológicamente haremos a ejercicio a través de la identificación de sentencias hito (referentes), para identificar si la jurisprudencia ha mantenido la misma línea o si en ocasiones ha sido más progresista o restrictiva con la aplicación del principio. Estos aspectos serían el eje sustancial de nuestra tesis. Luego procuraremos dar cuenta de las diferentes posturas de la jurisdicción civil frente a la constitucional. Adicionalmente, acudiremos a algunas categorías de análisis de la teoría jurídica crítica para explicar los aspectos ideológicos y políticos que revisten las decisiones judiciales como en el caso de la teoría de la imprevisión. Planteado el anterior contexto, nos preguntamos: ¿Cuál ha sido la postura jurisprudencial prevalente de la Corte Suprema de Justicia colombiana en lo referente a la aplicación del principio *rebus sic stantibus* y qué diferencias hay con las sentencias de la Corte Constitucional? Además, identificar si hay diferencias sustanciales en los pronunciamientos de dichas jurisdicciones y por qué se presentan dichas diferencias.

OBJETIVOS GENERALES

Nuestro objetivo inicial es dar cuenta del desarrollo del principio de *rebus sic stantibus* a partir del análisis de la jurisprudencia y la doctrina, además de realizar un análisis de la eventual confrontación de jurisdicciones civil y constitucional en el derecho colombiano.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- 1.2.1 Presentar los antecedentes históricos del principio general del derecho *rebus sic stantibus*.**
- 1.2.2 Indagar algunos antecedentes de la teoría de la imprevisión en Colombia.**
- 1.2.3 La teoría de la imprevisión en los fallos de la jurisdicción constitucional colombiana.**
- 1.2.4 Establecer la búsqueda del factor diferenciador de las decisiones de la jurisdicción civil y constitucional, en lo referente a la teoría de la imprevisión.**

METODOLOGÍA

El presente estudio aborda los tres campos fundamentales de la investigación jurídica, a saber: jurídico-doctrinal, jurídico-social y jurídico-filosófica (Sánchez Zorrilla, 2011). Según Sánchez Zorrilla: Lo jurídico-doctrinal porque se abordan instituciones jurídicas desde la perspectiva dogmática, está relacionada con la validez y se indaga a través de la investigación hermenéutica y dogmática. Jurídico-social porque en determinadas circunstancias se contrastan dichas instituciones con su entono social, como lo haremos con el fenómeno del secuestro, desaparición y desplazamiento forzado, y jurídico-filosófica porque en el capítulo final de nuestra tesis cuestionaremos de manera crítica las razones de las decisiones judiciales en el tema que nos ocupa y su perspectiva es legitimidad moral y democrática y por tanto se aproxima desde la investigación jurídico-filosófica (Sánchez Zorrilla, 2011).

De acuerdo con lo anterior, la presente investigación se cimenta en el enfoque hermenéutico, es decir, toma especial relevancia la interpretación del texto jurídico, esto es, por un lado, las reflexiones sobre las nociones, conceptos, hipótesis y teorías sobre las instituciones jurídicas objeto de estudio, además de la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico. En términos del profesor Darío Herrera:

Interpretar no es, entonces, solamente, trasladar a nuestro lenguaje aquello que desde nuestra perspectiva parece importante o significativo. Por el contrario, interpretar significa poner al servicio del texto el propio lenguaje, de tal manera, aunque que lo que está interpretando pueda llegar hasta nosotros. En términos de Gadamer, “interpretar significa justamente aportar los propios conceptos previos con el fin de que la referencia del texto de haga realmente lenguaje para nosotros (Herrera, 2009)

En el contexto del Derecho, nuestro objeto de estudio es el ordenamiento jurídico en alguna de sus especificidades (los principios generales del Derecho), y nuestro método es la hermenéutica. Es decir, nuestro objeto de conocimiento son las normas en sentido general, y nuestro método de aproximación es la hermenéutica.

De manera más detallada, trataremos de establecer los límites conceptuales de lo que es un principio jurídico, sus antecedentes históricos, algunas referencias a las jurisprudencia española y colombiana. Para este fin nos parece oportuno que para comprender el principio de *rebus sic stantibus* es necesario involucrar su antagónico *pacta sunt servanda* y dar cuenta de la eventual confrontación que se presenta entre ambos, en otros términos, una especie de tensión. En cuanto a los antecedentes teóricos de los mismos, ya en el año 2015 habíamos mencionado (Garcés Medrano, 2015) lo que consideramos un antecedente histórico de los principios

generales del derecho y su aplicación en el derecho contemporáneo. Otro aspecto es realizar el análisis de la jurisprudencia usando el método de la línea jurisprudencial (López Medina, 2008) y finalmente una reflexión sobre la diferencia conceptual del tema entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, a partir de la elaboración teórica de los *Critical Legal Studies*.

PANORAMA GENERAL DE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO *PACTA SUNT SERVANDA* Y *REBUS SIC STANTIBUS*.

¿Qué son los principios generales del Derecho? Aproximación conceptual.

El estudio y análisis de los principios generales del derecho es bastante denso. El acervo de autores que se tendrá como soporte, da cuenta de ello, pero la variedad de estudios del tema puede inducir al lector desprevenido, a incurrir en una confusión conceptual, porque al término se le atribuye un significado polivalente. En unos casos se asume como valores, en otros, como categorías normativas, otros como fuentes del derecho, otros como normas de conducta (Alcalde Rodríguez, 2008). En último caso -a priori-, se considera que el concepto, podría contener parte de las características descritas.

De acuerdo con lo anterior, surgen dos preguntas como ¿cuáles son los límites conceptuales del término principios generales del derecho? y, ¿cuál principio fue primero en el tiempo, el *pacta sunt servanda* o el *rebus sic stantibus*? Precisamente, el propósito es dar cuenta del debate conceptual que se presenta en torno al tema, a partir de la reflexión literaria que se

encuentra sobre el asunto. Además, de establecer históricamente, cuál principio surgió como contrapartida de su antecesor.

Distinción entre valores, principios y normas.

Para responder el primer interrogante, se inicia con una reflexión del planteamiento del profesor Giovanni Sartori en cuanto a las dificultades de los conceptos, en el campo de las ciencias sociales, su análisis, también, aplicable al derecho. Particularmente, lo que él denominó *el estiramiento conceptual*, es decir, darle el alcance de una definición de un objeto de conocimiento, a otro de manera semejante, sin detenernos a revisar sus particularidades.

El debate comienza por aceptar que -en ocasiones-, definir en disciplinas como el derecho, no es simple, pero ello no es óbice para que se renuncie a ello. Es una dificultad general de las ciencias sociales, que cuando se pretende definir siempre se presenta una tensión entre *intención y extensión* del objeto definido (Sartori, 2011b). Ambas categorías son inversamente proporcionales, lo que implica que, lo que se gana en una, se pierde en la otra.

Por lo anteriormente expuesto, el jurista debe procurar tener en cuenta este aspecto crítico y buscar un equilibrio en el alcance de los conceptos que opera, el cual estará determinado por el paradigma conceptual imperante (Kuhn, 1996), o la nueva noción, con ocasión de la falsación a la que fue sometido (Popper, 1983). En este sentido, la comunidad académica mantiene el modelo conceptual imperante o cede ante el nuevo referente conceptual.

Teniendo en cuenta lo anterior, se trata entonces de identificar que el ejercicio hermenéutico del derecho esté inmerso en una dinámica dialéctica, donde, uno de sus insumos,

los conceptos, juegan un rol preponderante, siempre que se establezcan los límites conceptuales de las instituciones jurídicas. De no ser así, se induce a los juristas, y particularmente al juez a yerros interpretativos que, en este caso, se puede traducir en injusticias (Peces-Barba Martínez, 1986). En el sentido descrito, el profesor Sartori dijo:

Salvo laudables excepciones, la mayoría tiende a seguir la línea de menor resistencia, es decir, la de ampliar el significado y por tanto el campo de aplicación de los conceptos que tenemos. Como el mundo se ha hecho más grande, se ha acabado por confiar en el estiramiento conceptual (*conceptual stretching*): o sea, en conceptualizaciones vagas e indefinidas. Pero hay más, alguno añade, por ejemplo, que el estiramiento conceptual supone también un intento de privar de valores a nuestras conceptualizaciones (*value-free*) (Sartori, 2011b).

Teniendo en cuenta lo anterior, es indudable que se hace necesario delimitar los alcances del concepto -principios generales del derecho-, o por lo menos, establecer unas características esenciales, a partir de las consideraciones que ha tenido la comunidad académica a lo largo de la historia entre las categorías propuestas.

Por lo tanto, se añade que algunos autores asimilan la definición de valores, principios y normas como si fuese una misma cosa, tal vez, porque son categorías generalizables. Pero se podría estar incurriendo en el estiramiento conceptual, en razón a que, si fuesen lo mismo, se producirían y aplicarían de igual manera; formalmente serían iguales y desde el punto de vista interpretativo tendrán el mismo nivel funcional (Sartori, 2011b). De este modo, es necesario buscar la precisión conceptual y no incurrir en la extrapolación de significados, porque el

Derecho, requiere que el jurista precise, los alcances conceptuales de las instituciones jurídicas, en su elaboración y aplicación. Desde el punto de vista conceptual, Sartori indica:

Otra explicación es que el estiramiento de los conceptos es más que nada un «efecto búmeran» que proviene de las áreas en vías de desarrollo, o bien una reacción a las categorías occidentales por parte de los sistemas políticos del Tercer Mundo. Más allá de estas consideraciones, el estiramiento conceptual representa en realidad, en la política comparada, la línea de menor resistencia y el resultado de este estiramiento conceptual es que lo que se gana en capacidad extensiva, se pierde en precisión connotativa. Para cubrir cada vez más terreno, se acaba por decir poco, y ese poco que se dice se expresa cada vez con menor precisión (Sartori, 2011b).

La literatura jurídica cuenta con varios referentes obligados en el tema de los principios generales del derecho, como Del Vecchio, Esser, Bobbio, Dworkin, Alexy, entre otros. Del Vecchio (Del Vecchio, 1933), a comienzos de siglo pasado, en su discurso de inauguración de las lecciones de Filosofía del Derecho en la Universidad de Roma, el 13 de diciembre de 1920, hace un análisis de los principios generales del derecho, no como un estudio jurídico en abstracto, sino con ocasión de las discusiones que se presentaban en la época, particularmente las que suscitaba la legislación italiana.

El trabajo de Del Vecchio (Del Vecchio, 1933) da cuenta de una investigación sobre los principios generales del Derecho, en sí mismos considerados en su abstracta generalidad sobre los aludidos o invocados por el legislador en aquella disposición; en este respecto comienza por ser obra interpretativa del pensamiento legislativo la que acomete este autor acerca del sentido que haya de darse a la frase principios generales del Derecho.

Del Vecchio (Del Vecchio, 1933), a partir del análisis de contexto del Código Civil Albertino, quiso precisar que los principios generales no eran los del derecho natural, sino que, superada la primacía del iusnaturalismo, además que, se erigía el positivismo como la doctrina jurídica imperante en la época, por tanto, los jueces tenían la obligación de fallar a partir de sus insumos (las fuentes del derecho), entre ellas los principios generales. Descubriendo su generalidad, pero sin controvertir el ordenamiento jurídico.

Así, en la legislación, según ya se indicó, el postulado de que el juez debe sentenciar en todo caso, si no mediante una disposición precisa de la ley, al menos acudiendo a la analogía o, en último término, según los principios generales del derecho (Del Vecchio, 1933).

Adicionalmente, se planteó que al Derecho natural le corresponde una función supletoria e integradora de las reglas del Derecho positivo, dado que las reglas del legislador no son infalibles, y el juez, a pesar de ello debe resolver la situación jurídica en controversia.

Desde otra perspectiva, y desde su pronunciamiento en 1966, los planteamientos de Bobbio (Bobbio, 1993a) sobre principios generales del derecho, han sido una referencia recurrente por parte de la doctrina contemporánea. Al hacer un análisis -desde la teoría jurídica- sobre la relación entre normas y ordenamiento jurídico, llega a la conclusión que el ordenamiento no está estructurado solamente a partir de normas expresamente consagradas, sino de otras fuentes extra sistémicas. En el caso que nos ocupa, los principios generales del derecho. En este sentido dice el profesor Bobbio (Bobbio, 1993a):

Se ha dicho que la teoría del ordenamiento jurídico constituye una integración de la teoría de la norma jurídica, por lo que aquí se debe precisar que a esta integración se le han sido conducidos necesariamente por los resultados logrados en la primera parte en la

investigación de la definición del derecho. Para resumir brevemente dichos resultados, ya que no ha sido posible definir el derecho desde el punto de vista de la norma jurídica, se amplía el horizonte hasta abarcar la consideración en la que una norma es eficaz por una compleja organización determinada naturaleza y entidad de las sanciones, las personas deben aplicarlas y su ejecución. Esta compleja organización es el producto de un ordenamiento jurídico lo que significa entonces que una definición satisfactoria del derecho es sólo posible desde el punto de vista del ordenamiento jurídico Bobbio (Bobbio, 1993a).

Además de lo anterior, el autor había especificado, que una de las características de los principios generales es la generalidad, la cual se puede predicar de varias categorías jurídicas. Es decir, para alcanzar el estatus de máximas, deben ser transversalmente aplicables en varias dimensiones, por lo que el autor define este concepto de generalidad de los principios como:

1) De un instituto; 2) de una materia; 3) de una rama del derecho; 4) del ordenamiento jurídico. Se trata de normas que expresan concepciones elementales del Derecho y la justicia a las que obedece todo ordenamiento jurídico. (Bobbio, 1994).

Así, autores como Esser, Bobbio, Dworkin y Alexy (Garcés Medrano, 2015) pondrán la discusión de los principios en el escenario doctrinal del derecho occidental. Estando de acuerdo o no con sus posturas pondrán a la comunidad académica jurídica a necesariamente referirse a sus posturas contemporáneas sobre los principios. Las cuales siguen una especie de hilo argumentativo entre dichos autores.

El punto de partida de este nuevo paradigma de interpretación es la Hermenéutica desarrollada por Hans-Georg Gadamer (Gadamer, 1993), quien a su vez tuvo su referente en

Martin Heidegger. Gadamer -desde la filosofía- establece elementos para Esser (Esser, 1961) en el caso concreto del Derecho, implantará nuevos referentes hermenéuticos en cuanto al uso de los principios en la argumentación jurídica. Dworkin (Dworkin, 2002) tomará algunos referentes y Alexy (Alexy, 2008) consolidará la tesis del “balanceo”, acogiendo la importancia de los principios, pero con diferencias frente a lo planteado por Dworkin (Dworkin, 2002). Alexy (Alexy, 2008) introduce aspectos medulares a la tesis de la ponderación. Así, mientras que Dworkin (Dworkin, 2002) planteó en los principios dos cuestiones centrales: la primera es que las reglas –a diferencia de los principios- son “normas... aplicables a la manera de disyuntivas, si los hechos que estipula una norma están dados, entonces la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es y entonces no aporta nada a la decisión” es decir, la aplicación de las normas es del “todo o nada” (Dworkin, 2002. p.77).

Desde esta perspectiva, los principios no tienen lugar cuando el criterio expuesto posibilita la aplicación de las reglas. Alexy (Alexy, 2008) plantearía que los principios son aplicables en los casos específicos, a partir del “peso” y de la “ponderación” es el método de aplicación de los mismos, a diferencia de la subsunción usada para aplicar las reglas (Garcés Medrano, 2015).

Los juristas españoles también se han ocupado de este asunto, v.gr., el profesor Peces-Barba (Peces-Barba Martínez, 1986), al hacer un análisis de los valores consagrados en el artículo 1.1 de la Constitución española, pone de presente la importancia de los valores allí consagrados, y los alcances conceptuales -en su criterio-, que de ellos se deben entender. Así, plantea que puede haber correspondencia entre los valores y la positivización de estos, pero sin decir que es la prevalencia del derecho natural sobre el positivismo. Ahora bien, teniendo clara la distinción anterior, hay quienes consideran que la Constitución española lo que ha hecho es

positivizar los valores a través de reglas constitucionales. Es decir, quedaron expresamente consagrados como meta normas orientadas a la producción de otras normas, y no son excluyentes entre unas y otras (Freixes Sanjuan & Remotti Carbonell, 1992).

Por otra parte, el profesor Atienza y Ruiz (Atienza & Ruiz Manero, 2007), en su análisis plantea que desde cierta perspectiva hay diferencias entre reglas y principios, entendiéndose que las reglas comprenden enunciados cerrados, mientras que los principios son más abiertos, aunque -aclara Atienza y Ruiz (Atienza & Ruiz Manero, 2007)- en ocasiones ambos tienen cierto sentido de indeterminación. De acuerdo con lo anterior, para el profesor Atienza y Ruiz (Atienza & Ruiz Manero, 2007), si hay diferencias sustanciales entre reglas y principios.

Por su parte, el profesor García de Enterría (García De Enterría Martínez-Carande, 1963), al realizar un estudio sobre los principios generales en el contexto del derecho administrativo, recurrentemente alude a ellos como producto de la jurisprudencia en ese campo, en razón a que fueron los jueces -como ocurrió en Colombia- quienes desde inicios del siglo XX comenzaron a aplicarlos en sus providencias judiciales.

Adicionalmente, el tratadista García de Enterría (García De Enterría Martínez-Carande, 1963) da cuenta de cómo en su contexto (España), cada vez los juristas pretenden distanciarse una tradición estrictamente positivista que imperaba en la época. De acuerdo a lo anterior, el profesor García de Enterría (García De Enterría Martínez-Carande, 1963), le da lugar preponderante a los principios generales y su aplicación en la jurisprudencia como un nuevo horizonte hermenéutico. Es de reconocer, el nivel intuitivo del autor, en razón a que años posteriores a sus pronunciamientos, indudablemente el derecho occidental introduciría cambios importantes frente a una tradición exegética de interpretación, de aproximadamente un siglo.

A su vez el jurista Pérez Luño (Pérez Luño, 2000), al mencionar lo que en su criterio fue la *peculiaridad normativa de los principios generales del derecho*, planteó una postura crítica, afirmando que había mucha confusión de orden conceptual en torno al tema. El autor considera la expresión “principios generales del derecho” como una ambigüedad, en el sentido de que el término principio hace referencia al comienzo de algo, mientras que en el derecho -según él- más bien es una consecuencia. Además, plantea que el tema tiene un nivel de complejidad en razón a que eran necesarias la teoría y la filosofía del derecho para poder clarificar los alcances del concepto. Así mismo, establece tres aspectos que él considera centrales de los principios generales, como inicio, generalidad, y juridicidad.

También establece que, a partir de las escuelas jurídicas como el positivismo, finalmente tuvo que reconocer los principios generales como parte de sus reglas. La Escuela histórica donde los principios jurídicos son parte de las fuentes del derecho y los iusnaturalistas han reconocido una postura de los principios desde los valores. Todo lo anterior, aclarando el autor, que son posturas que resultan inescindibles, es decir, los principios generales del derecho juegan un rol, en una u otra dimensión (Pérez Luño, 2000).

Por otra parte, Sanchis (Prieto Sanchís, 1996) también plantea críticas frente a las posturas imperantes de los principios generales, aduciendo la imprecisión conceptual, la ambigüedad de su consagración como fuentes, su alcance interpretativo en materia constitucional, su diferencia formal de las normas, la dificultad para entenderlos como normas abiertas o mandatos de optimización, la menor importancia desde la perspectiva de las reglas, y su equivalente relación entre derecho y moral. Así, el autor desde su enfoque cuestionaría las posturas que se han presentado en el debate contemporáneo frente al tema.

Teniendo en cuenta la discusión planteada por los autores anteriormente mencionados y en correspondencia con lo esbozado por Freixes y Remotti (Freixes Sanjuan & Remotti Carbonell, 1992) , si hay diferencias sustanciales entre valores y principios; aduciendo que los valores si están expresamente consagrados, pero son espacios deónticos no legislados, entendidos como categorías normativas, que cuentan con un desarrollo conceptual amplio, y, por tanto, no definido en las normas regulares, v.gr., igualdad, libertad, paz, justicia, etc.

Por ejemplo, el texto constitucional español contiene normas jurídicas que pueden adoptar la forma de valores, principios y reglas. Los valores enumeran cláusulas generales o finalidades; las reglas contienen disposiciones específicas. Valores y reglas están positivados, es decir, constan de forma explícita y concreta, y pueden claramente apreciarse a través de una simple interpretación lingüística. Los principios se extraen de las reglas constitucionales, y, una vez determinados, tienen proyección normativa; consisten, pues, en palabras de Aragón (Aragón Reyes, 2002) en *fórmulas de derecho fuertemente consensuadas que albergan en su seno gérmenes de reglas jurídicas*; lo que equivale a afirmar que los principios no siempre constan explícitamente en el texto constitucional (salvo excepciones como la del principio de legalidad), pero que pueden fácilmente deducirse del mismo a través de una interpretación estructural y sistemática (Freixes Sanjuan & Remotti Carbonell, 1992).

La referencia a los principios hace parte del ejercicio epistemológico de cualquier disciplina, en razón a que trata de indagar el origen primigenio de su objeto (Pattaro, 1987). Pero desde esta perspectiva, hablar de principios resulta demasiado amplio, porque podría estar refiriéndose a comienzos, orígenes, condiciones previas, consideraciones generales, entre otros. Más bien, el propósito, es abordar los principios como categorías generalizables, que -desde la perspectiva jurídica- se traducen en referentes de conducta en un momento determinado, en el

caso concreto de la disciplina jurídica: las fuentes del derecho. Porque ellas sirven de parámetro o referente para que los juristas puedan resolver una cuestión de su competencia.

En el caso del ordenamiento jurídico colombiano, las fuentes más importantes son la Constitución y la ley, así lo establece expresamente la Constitución Política, pero considera a los principios generales del derecho como una fuente auxiliar. Este reconocimiento ya tiene una extensa tradición en el país, en razón a que la ley 153 del año 1887 (aún vigente) estableció que servirían al operador jurídico cuando no hubiese ley para aplicar un caso en controversia. Con el paso de los años, la doctrina les daría un desarrollo conceptual y la jurisprudencia colombiana una aplicación concreta a los casos de los particulares, por ejemplo, al abuso del derecho, el enriquecimiento sin justa causa, el error común creador de derecho y la buena fe.

Además de lo anterior, son diversas las definiciones que se han dado de los principios generales del derecho, eso es afortunado, en tanto que enriquece su narrativa desde el punto de vista conceptual y da cuenta de la importancia que el mundo jurídico le ha asignado al tema. La otra cuestión, es que las definiciones han sido tan diversas, como los distintos subcampos del Derecho, que los abordan como objeto de estudio. Así, se habla de principios desde el derecho civil, internacional, administrativo, constitucional; y en ocasiones, de manera más transversal, es decir, principios aplicables en diferentes áreas del derecho, como categorías axiológicas normativas, tal como lo describe Guastini (Guastini, 1999):

Otros pretenden que lo que distingue a los principios no es su contenido normativo, sino, sobre todo la posición peculiar que ocupan en el ordenamiento jurídico (o en uno de sus subsectores). los principios sería normas fundamentales, caracterizadoras, que confieren identidad axiológica del ordenamiento (o a uno de sus subsectores) y ofrecen

justificación a las restantes normas del ordenamiento en su conjunto o de ese particular subsector (Guastini, 1999, p.40).

Para establecer un límite conceptual, se podría acudir a una definición de los principios generales del derecho, de una manera general y específica. En el primer caso, hay aproximaciones como “la expresión de valores centrales, representaciones jurídicas generales o las opciones básicas de cada sistema jurídico” (Leguina Villa, 1987, p.8). Es decir, como máximas normativas que se deben tener en cuenta en determinados casos, para resolver una controversia jurídica. En este sentido Comanducci (Comanducci, 1998) indica que:

Los principios jurídicos pueden ser definidos, *per genus et differentiam*, como aquellas normas jurídicas que están configuradas como tales, sobre la base de una elección valorativa, en la fase de producción del derecho (por el legislador que atribuye a algunas normas el *nomen* de principios), o en la fase de aplicación del derecho a casos concretos (generalmente por los jueces), o bien en el razonamiento jurídico (por los jueces y por la dogmática).

De manera específica, son el fundamento que proporcionan criterios de interpretación y aplicación de las normas jurídicas, o sea, operan como fuentes del derecho. En síntesis, los principios generales del derecho son expresiones que dan cuenta de la necesaria valoración que un jurista debe considerar como criterio, para resolver determinado problema jurídico. Conforme a lo afirmado Peces-Barba (Peces-Barba et al., 2000) plantea que:

Los principios son criterios para la acción, estableciendo fines y modelando el ordenamiento de conformidad con estos, instruyendo a los juristas desde el legislador

ordinario hasta el último funcionario, de los cauces para tener un comportamiento correcto en la producción, aplicación e interpretación del derecho (Peces-Barba et al., 2000, p.346).

Desde el contexto de las fuentes, los principios generales del derecho han sufrido una especie de *metamorfosis* en su importancia, debido a que en la época actual han presentado un gran acumulado de desarrollo doctrinal y jurisprudencial, con un sentido práctico en el derecho contemporáneo (Estrada Vélez, 2016). De acuerdo con lo anterior, existe una gran correspondencia entre los principios generales y el juez, en razón a que este cuenta con un criterio razonable para resolver controversias jurídicas cuando las reglas no le sean suficientes. En este sentido, Cossio (Cossio, 1939) citado por (Bobbio, 2004), plantea que en el Derecho no hay lugar lagunas, porque el Juez en caso de encontrarlas, las “llenará” a partir de las fuentes del derecho, para el caso que nos ocupa: los principios generales.

1.3 DIFERENCIA ENTRE REGLAS Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

Los principios generales se asimilan a normas, ya que son reconocidos por el Estado -a través del Ordenamiento Jurídico- y tienen como fin la regulación de las conductas de los destinatarios. Pero se diferencian de las reglas -como especies de normas-, en razón a que aquellas (las reglas), tienen una particular estructuración, desde el punto de vista formal, esto es, una configuración formal -por regla general-, a partir de un supuesto de hecho, además de una copula o nexos y una consecuencia jurídica. En su momento, Guastini (Guastini, 1999) daría cuenta de este debate, cuando plantea que:

Algunos pretenden que el rasgo que caracteriza a los principios frente a las reglas radica en su peculiar estructura lógica, las reglas serían normas hipotéticas, que conectan precisas consecuencias jurídicas a no menos precisas (clases de) supuesto de hecho; en

cambio, los principios serían normas incondicionadas, es decir, carentes de supuesto del hecho tradicionalmente usado en la regla, o en cualquier caso con supuesto de hecho abierto, de manera que su campo de aplicación quedaría totalmente indeterminado (Guastini, 1999, p.39).

De esta manera, los principios generales del derecho son distintos a las reglas, a pesar de que pueden contener en su núcleo la forma descrita anteriormente. En otros términos, en las reglas es más diferenciable esta estructura formal, mientras que en los principios no. Al respecto Guastini (Guastini, 1999) afirma que se trata de un problema de derecho positivo y dice:

Para concluir sobre este punto, conviene observar que la identificación de los principios no es -como algunos podrían ver si recibe a pensar- un problema exquisitamente teórico, general o filosófico-jurídico, carente de consecuencias prácticas. Al contrario, la identificación de los principios (como, por otra parte, resulta de cuánto se ha dicho antes a propósito de una decisión constitucional) es un problema de derecho positivo (Guastini, 1999, p.40).

La doctrina española por parte del profesor Ruiz (Ruíz Ruíz, 2012), acude a la estructura normativa del Estado [español], para decir que al interior de todo sistema jurídico hay diferentes tipos de normas, y una de las distinciones entre ellas es de reglas y principios.

No todas las normas que integran un determinado ordenamiento jurídico son iguales, pues estas pueden ser de muy distinto tipo y pueden ser catalogadas conforme a diversos criterios. Así, por ejemplo, el derecho español distingue entre Constitución, leyes y reglamentos, y dentro de estos grupos, a su vez, entre ley orgánica y ley ordinaria, decreto-ley, decreto legislativo, real decreto, orden ministerial, etc. (...) Ahora bien, junto

a estas clasificaciones de las normas, existe otra que las divide en reglas y principios (Ruíz Ruíz, 2012, p.145).

La abundante literatura del tema asume posturas distintas. Por un lado, identifica principios y reglas como instituciones jurídicas disímiles, otros, las abordan como si fuesen una misma cuestión, y, por tanto, esa línea divisoria no es identificable, por ello denominan la distinción como débil (Pattaro, 1987). Dicho lo anterior, se puede afirmar, que cada una de las fuentes del derecho tiene sus particularidades, en este caso, los principios generales, tiene marcadas diferencias con otras normas del ordenamiento jurídico, v.gr. las reglas (leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos).

Ferrajoli (Ferrajoli, 2020) se suma a esta discusión, y plantea la distinción entre principios estáticos y dinámicos, asimilando los primeros a las reglas. En el segundo caso, está más relacionado, con el deber del Estado en el cumplimiento de sus fines, entendido que, por regla general, las democracias occidentales, no logran el óptimo de satisfacciones de sus asociados. En este sentido el autor se refiere a directivas *nunca* [plenamente] *realizadas*. Al respecto afirma que:

La primera igualdad es un *principio estático*, la segunda es un *principio dinámico*. Utilizando la distinción de uso de la filosofía del derecho, se indica que la primera es una *regla*, consistente en la prohibición de las discriminaciones de todas las diferencias personales. Mientras la segunda, al consistir en el deber de reducir las desigualdades materiales, es un *principio directivo*, nunca plenamente realizado y sólo imperfectamente realizable, que, por eso, equivale a una norma revolucionaria que impone a una reforma permanente del ordenamiento dirigida a su máxima actuación (Ferrajoli, 2020, p.15).

En el caso colombiano, la Corte Constitucional, sigue la tesis que distingue entre principios generales y reglas. Es así lo estableció en la sentencia C-083 de 1995, la cual en uno de sus apartes indica que:

Se trata entonces de principios que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución. Ahora bien, cuando se trata no de integrar el ordenamiento sino de optar por una entre varias interpretaciones posibles de una norma que se juzga aplicable, entran a jugar un importante rol las fuentes jurídicas permisivas (en el sentido de que no es obligatorio para el juez observar las pautas que de ellas se desprenden) tales como las enunciadas por el artículo 230 Superior como “criterios auxiliares de la actividad judicial” (Corte Constitucional, 1995) (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-083 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz: 01 de marzo de 1995)

Por ejemplo, la diferencia más evidente entre reglas y principios generales es que las reglas son creación expresa del legislador, los principios generales son una creación doctrinal y jurisprudencial. La regla es objetiva desde el punto de vista de su existencia, por tanto, el operador jurídico, verifica su validez y vigencia; los principios por el contrario “se descubren” (Medellín Becerra, 2015) para ser incorporados al ordenamiento jurídico. La regla está sometida a los criterios de vigencia, norma superior, inferior, ultraactividad; a los principios generales del derecho no le son aplicables estas características. La regla se crea para regular una situación jurídica concreta; los principios se aplican para llenar un “vacío” de la regla.

Además de lo anterior, la regla por su naturaleza se presume ser conocida por toda la comunidad, los principios generales no. La regla es de aplicación directa por la comunidad jurídica en general, es decir un servidor público [del Estado], una situación entre particulares, una actuación ante una autoridad del Estado; los principios sólo son reconocidos por los jueces. La regla admite ser aplicada de manera literal; los principios requieren un ejercicio hermenéutico y argumentativo.

Un ejemplo clásico es el tipo penal de homicidio en Colombia, el Código Penal establece en el “*Artículo 103. Homicidio. El que matare a otro, incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses*”, donde es identificable el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, mientras que la enunciación de los principios es más general, y es de desarrollo jurisprudencial, doctrinal y hermenéutico. Será el juez quien identificará el supuesto de hecho del respectivo principio. Desde el punto de vista metodológico con la regla se aplica la *analogía legis*, mientras que en los principios la *analogía iuris*.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, la comunidad de juristas ha coincidido en varios aspectos. Los principios y valores obedecen a categorías normativas distintas. En el campo jurídico, los valores son de textura más abierta, pero por regla general están expresamente reconocidos en los ordenamientos. En el caso colombiano la Constitución Política en el preámbulo establece como valores la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. En lo que se refiere al derecho español la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Los valores son cláusulas generales y finalidades. Los valores son *impredictibles* (Freixes Sanjuan & Remotti Carbonell, 1992).

Por otra parte, a diferencia de las reglas, los principios son *normas incondicionadas carentes de supuesto de hecho* (Guastini, 1999). Bobbio (Bobbio, 2004) dirá que son *normas que expresan concepciones elementales del Derecho y la justicia*. Y coincidiendo con todos, Del Vecchio (Del Vecchio, 1933) y Peces-Barba (Peces-Barba Martínez, 1986), consideran que están en el escenario del derecho positivo y son diferenciables del derecho natural.

Por su parte Manuel Atienza (Atienza & Ruiz Manero, 2007) plantea que las reglas son enunciados cerrados, mientras que los principios son más abiertos. Respecto de los principios Pérez (Pérez Luño, 2000) destaca como características relevantes que son inicio, su generalidad y juridicidad; mientras que García De Enterría (García De Enterría Martínez-Carande, 1963) los analiza como producto del reconocimiento jurisprudencial.

1.4 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

1.4.1 ÉPOCA ANTIGUA

En lo referente a la época antigua, el profesor Pattaro (Pattaro, 1987), respondiendo al interrogante, ¿cuál es el origen de la denominación principios generales del derecho? afirma, que tiene un origen griego, y explica la forma en que incidieron sus reflexiones desde el punto de vista conceptual. En este sentido dice:

En Aristóteles los principios de las ciencias son de tres tipos: axioma, definiciones, e hipótesis. Los axiomas (*acciomata*) son principios generales indemostrables comunes a varias ciencias. Aristóteles también los llama, *ta koina* o *koinai arxai*, principios comunes,

así como *koinai dixai*, opiniones comunes. Los axiomas son considerados diferentes de las definiciones y de las hipótesis porque estas últimas son propias de las ciencias particulares; los axiomas, en cambio, son comunes a varias ciencias (Pattaro, 1987, p.527).

Aduciendo que corresponden a *matrices aristotélicas*, los cuales hablaron de los *principios de la ciencia*, y los *principios de obrar*.

Ambas matrices aristotélicas, la de los principios de la ciencia, así como la de los principios del obrar, fueron recibidas en el pensamiento jurídico y canalizadas, en última instancia, en la noción de “principios generales de derecho”. Éste se produjo a través de dos vías maestras: el derecho romano y la reflexión metaética y ética sobre el derecho natural. La tradición iusnaturalista con frecuencia ha sido identificada, no erróneamente, con la filosofía del derecho (al menos con la filosofía del derecho de los filósofos, si no con la de los juristas, para usar una clara distinción debida a Bobbio (1993). Por lo tanto, se puede decir que, tomada de la filosofía general (Aristóteles, en este caso), la temática de los principios entró en el pensamiento jurídico a través de la ciencia jurídica romana, y de la filosofía del derecho (Pattaro, 1987, p.535).

Seguidamente, el profesor Pattaro (Pattaro, 1987) afirmó que será el derecho romano el que decepcionaría los planteamientos griegos de los principios y los aplicará a sus sistemas jurídico y político. De la articulación de estas variables conceptuales, surgen las explicaciones para comprender las instituciones jurídicas actuales. En el caso que nos ocupa: los principios generales del derecho. Es más, el profesor Pattaro (Pattaro, 1987), afirmará que la expresión principios generales del derecho, tendrá su origen en lo que los griegos denominaron las *definiciones*.

Las definiciones (*oroi, orismoï*) son proposiciones a través de las cuales se asume el significado (*el ti esti*) de un término. La definición no afirma nada sobre la existencia o la inexistencia de la cosa definida. La hipótesis (*yphotesis*) es una presunción de existencia. Mediante una hipótesis se asume la existencia del objeto o del conjunto de los objetos correspondientes al significado del término definido (Pattaro, 1987, p.527).

En su ejercicio, el profesor Pattaro (Pattaro, 1987) logra establecer una articulación, entre los planteamientos de Aristóteles y los principios generales del derecho. Logrando un mayor nivel de profundización en el tema, para lograr esclarecer concretamente los alcances del término objeto de estudio. En este sentido afirma:

Con respecto al propósito del presente ensayo, es suficiente recordar, dentro del marco hasta ahora observado, la evolución del concepto de *regula iuris*. El concepto, por un lado, parece ser descendiente de los principios aristotélicos de la ciencia, en particular de las definiciones, *oroi* u *orismoï*; por otro lado, parece ser el ascendiente del moderno concepto de “principio general del derecho” (Pattaro, 1987, p.538).

Otro sector de la doctrina tendrá como punto de partida de los principios generales del derecho la invención de las instituciones jurídicas romanas. Aclarando que, la fundación de Roma -como referente jurídico de Europa Continental e Iberoamérica- en el 753 A.C., no trajo consigo la creación de los principios generales del derecho, sino que su invención requirió la confluencia de prácticas y el pasar del tiempo del quehacer jurídico (Iglesias, 2010). De tal modo que el surgimiento del derecho romano *-per se-* en ninguna de sus categorizaciones, v.gr, el derecho arcaico, o las acciones de ley, hizo que los principios generales del derecho surgieran de manera espontánea, de un momento a otro, sino que son un producto histórico.

Lo anterior, en razón a que, durante la etapa correspondiente al derecho arcaico, la característica fundamental fue su naturaleza excluyente, porque el derecho tenía su fundamento en aspectos religiosos, y su definición primaria era el *fas*, y consecuentemente quienes los aplicaban eran los pontífices y sus destinatarios los quirites (Petit, 2007). En síntesis, era excluyente a ciertos grupos sociales, como los plebeyos y peregrinos.

Pero, estos pontífices tuvieron la necesidad de interpretar aspectos religiosos que tenía relación con el derecho civil, práctica que permanecería aproximadamente hasta el siglo V. Adicionalmente, se presentaron circunstancias como la de Cneo Flavio, hijo de Annio, un esclavo que había sido liberado (manumitido). Quien incidiría en la propagación de las reflexiones jurídicas, debido a que en su momento sólo era asequible para una clase privilegiada. Cneo Flavio incidirá en que este privilegio de acceso al derecho, se expanda a clases sociales menos favorecidas (Gelio, 2006). Lo anterior se evidencia a partir del siguiente hecho histórico anecdótico:

Cneo un día va a visitar a un amigo enfermo, cuando llegó al lugar había otros visitantes hijos de la nobleza romana, ellos por desprecio no le ceden la silla, y él (Cneo) como un acto reivindicatorio de sus derechos, manda a traer una silla curul, y la ubica en la puerta para obligar a que todos al salir le vean sentado (Gelio, 2006, p.350).

Lo anterior da cuenta de que Cneo Flavio, fue un personaje irreverente -al contravenir la tradición-, porque ya que no era la usanza; él publicaría las fórmulas procesales para defender ciertos derechos reservados a las personas privilegiadas de Roma, lo que a él le traería réditos políticos. A partir de ahí, a dicha publicación se le denominó el *jus flavium*. Así se consolidará “una obra de Tres partes, a saber, el texto de la Ley de las XII tablas, su interpretación y los

ritos de las acciones de ley”, que incidiría de manera importante al desenvolvimiento de las instituciones jurídicas romanas (Petit, 2007).

Coruncanio (Sohm, 1928), también incidió de manera importante en la publicidad del derecho, porque el primero en ejercer públicamente la jurisprudencia lo que -concomitantemente con otras circunstancias-, generaría un interés por el estudio del derecho de manera abierta por los grupos sociales en general, con los grupos socialmente marginados como los plebeyos. Esta situación traería como consecuencia la búsqueda y el logro del rigor argumentativo. Estos antecedentes, transformarían la manera de interpretar y ejercer el derecho en la época, y será una especie de transición a otros métodos de aproximación jurídica, que consolidaría el sistema de fuentes, entre ellas las respuestas de los prudentes o jurisprudencia.

1.4.1.1 La Regulae Iuris

Los juristas romanos pretendiendo seguir el mismo rigor “científico” de los griegos, que habían establecido que toda ciencia tiene principios, consideraron que el Derecho debía contenerlos, por lo que denominaron *Regulae* a los primeros principios del derecho romano (Tamayo y Salmorán, 2003).

De conformidad con el modelo griego, toda ciencia (episteme) tiene sus propios principios. Consecuentemente, la jurisprudencia necesita formular sus propios principios. Los romanos usaban la palabra *regula* como la traducción latina de *arxai* “primeros principios” (Tamayo y Salmorán, 2003).

Los concibieron como una especie de síntesis concreta que sirve de guía para resolver un caso particular. Esta síntesis se reunía en una premisa u oración que era categórica y concluyente al momento de establecer un referente de comportamiento, es decir, una proposición, que en

ocasiones parecen normas jurídicas, con la diferencia de no ser creadas por el legislador ordinario.

El conocimiento jurídico, manifiesto en los *nomina iuris* y en las *definitiones* no es aún suficiente para que la jurisprudencia romana satisfaga el modelo de la ciencia griega. Es necesario formular los primeros principios (Tamayo y Salmorán, 2003).

La virtud de los romanos al haber creado la red de instituciones jurídicas que hoy rigen a la sociedad está, en haber logrado su integración sistemática, es decir, la articulación de una y otra institución jurídica, como parte de un todo que se relaciona. Concurriendo bajo unos criterios que permiten en un caso concreto, establecer si son concomitantes, excluyentes, complementarias o si una prevalece sobre la otra. Las *Regulae* siguieron esta concepción sistemática del derecho, en el sentido de que en el tiempo se convertirían en unas fuentes del derecho contemporáneo.

Los juristas romanos llamaron *regulae* a los primeros principios del derecho (romano). Estas *regulae* (proposiciones generales) muestran la maestría con la que los juristas determinan el material relevante y la habilidad para aislar el elemento universal de la masa de casos y expresarlos en términos precisos, i.e. como *causae coniectio* (Tamayo y Salmorán, 2003, p.112).

Existe un importante acumulado de estudios sobre el asunto. Adicionalmente, la comunidad de juristas reconoce, la transición y la importancia que significó la *regulae* como el equivalente a los principios de la filosofía griega, pero en el contexto del lenguaje del derecho romano.

La comunidad de juristas reconoce en la etapa del derecho clásico, como la de mayor reflexión y de una exquisita producción jurídica. La fuente del derecho más importante fue la jurisprudencia. El uso recurrente de esta fuente, que se reflejó en un acervo importante de análisis de casos concretos, trajo consigo un reconocimiento social a los estudios realizados por los juristas de la época. Al final del derecho romano, la *regulae* se puede sintetizar como una situación aplicable de manera general a varios casos. En estos términos, Pattaro plantea:

Esto indujo a los glosadores a sostener que una regla es de *singulis quisi collecta universatis*. Bulgaro (Bolonia, 1166) ejemplificaba de la manera siguiente, el pez pertenece a quien lo pesca; lo mismo vale para la caza de animales y pájaros en estado salvaje. De estos casos, se reivindica la *regula*, de que aquello que no pertenece a nadie se convierte en propiedad del primero que lo posea. Placentino (Piacenza, c. 1135-Montpellier 1192), explicó que una causa es común a otra decidida del mismo modo y que esto da origen a la *regula*. Iohanes Bassiano (Cremona-Bolonia, c. 1197) sostenía por el contrario que una regla contenía conjuntamente diversas causas que tienen en común una misma *ratio* y participan de una misma *aequitas*, desplazando, así, el acento de la regularidad de las decisiones a la razón que justifica la regularidad de las decisiones (Pattaro, 1987, p.541).

Así, en el contexto del derecho clásico romano, se establecería una categoría conceptual como la *auctoritas*, es decir el saber socialmente reconocido. Lo que implicaba que la dinámica en que se iba desarrollando el derecho fue consolidando una preocupación social por argumentar de manera rigurosa las opiniones (*opinio iuris*) y las respuestas (*respondere*) a las controversias jurídicas que se presentaban en la época (Medellín Becerra, 2015).

Esta articulación argumentativa es a lo que hoy se denomina hermenéutica, y comenzó a construir en cada caso concreto, un acervo de reflexiones, sistemáticamente relacionadas de tal manera que se convirtieron en criterios de obligada referencia, dándole un estatus semejante a las normas de la época, lo cual permitía extender su aplicación a situaciones particulares, pero con ciertos aspectos recurrentes, en otros términos, fuentes del derecho. En medio de esta dinámica, se comienzan a reconocer los principios generales del derecho. En este sentido, el profesor Medellín (Medellín Becerra, 2015) plantea que varios principios de aplicación actual datan de esas épocas del derecho romano, y cita una variedad de ellos:

La buena fe; darle a cada uno lo suyo; no se debe dañar al prójimo; el abuso del derecho; el enriquecimiento sin causa; la imprevisión en los contratos; la teoría de la apariencia y la simulación; el fraude a la ley; el error de derecho; la responsabilidad civil extracontractual; la teoría de la causa; el contrato es ley para las partes; no hay derecho sin acción; el actor debe probar; la cosa juzgada; lo accesorio sigue la suerte de lo principal; las cosas en derecho se deshacen como se hacen; la madre siempre es cierta; la persona moral; el animus y el corpus para la posesión; lo que no es de nadie es para quien lo tiene; nadie da más de lo que tiene; nadie está obligado a lo imposible; en lo que está más siempre está lo menos; los derechos adquiridos; la condonación del dolo futuro no vale; las cosas de género no perecen; a nadie le es lícito alegar su propia culpa; el derecho en exceso se convierte en injusticia; el derecho público no se altera por pactos privados; la justicia es darle a cada uno lo suyo (Medellín Becerra, 2015).

Unos principios surgieron al mencionarse tácitamente, otros expresamente. Así, a partir de consideraciones como las de Paulo o Africano, se podía interpretar una regla que subyace en el planteamiento hecho, dicha regla se podría considerar como un principio. Según la profesora

Martínez (Martínez de Morentin, 2014), en un fragmento de Paulo en el Digesto (D.50.17.1) los juristas bizantinos, fueron quienes insertaron en la compilación de Justiniano el sentido interpretativo de las *regula* al decir:

Regla es la que expone brevemente la cosa, tal cual es. El derecho no se toma de la regla [regula], sino que la regla se hace con arreglo al derecho que hay. Así pues, por medio de una regla [regula], se hace breve narración de las cosas, y como indica Sabino, es como un resumen de la causa, que tan pronto como es viciada en algo, pierde su eficacia (Martínez de Morentin, 2014).

Es otra la discusión, de cuál será el momento en que surgen de manera específica, los principios de *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, pero lo descrito, muestra los antecedentes de cómo en el devenir social, los romanos fueron configurando, una de las instituciones jurídicas más importantes: los principios generales del derecho.

Analizados de manera general los antecedentes primigenios de los principios generales del derecho, es decir sus orígenes, en el siguiente aparte, se presenta la historia particular de los principios *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*. Para este propósito es necesario considerar, aspectos particulares de estos principios, por ejemplo, el hecho de que estamos en el escenario concreto del cumplimiento de las obligaciones.

A priori, se partirá de la hipótesis de que el principio *pacta sunt servanda* antecedió al de *rebus sic stantibus*. Por consiguiente, primero se desarrollará este.

Otra cuestión importante, es que en el caso específico del *pacta sunt servanda*, estamos en el escenario de los contratos, lo que implica revisar cómo se fueron configurando en el tiempo, por esa razón se mencionarán tangencialmente instituciones jurídicas como *nexun*,

sponsio, stipulatio, pactun, fides, fiducia. Mientras que, el *rebus sic stantibus* rebasa las obligaciones derivadas de los contratos y se amplía a otras fuentes, y se refiere más al cumplimiento de estas.

Adicionalmente, se revisará si ambos principios obedecen al mismo momento histórico. Es decir, si la expresión “el contrato es ley para las partes”, en su nacimiento es concomitante con “estando así las cosas”, o, por el contrario, nacen en épocas diferentes.

Varios autores señalan que, en estricto sentido los principios *pactan sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, tienen origen después del derecho justiniano, es decir, ya “cerrada” la producción jurídica de lo que se denomina Derecho romano, lo cual se pretende establecer en el próximo aparte.

1.5 DESARROLLO HISTÓRICO DEL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA*

Para resolver el segundo interrogante de este capítulo, se parte de la hipótesis de que el principio de *pacta sunt servanda* antecedió al *rebus sic stantibus*. Se considera que, a pesar de la densidad de literatura en el tema, los autores no han sido lo suficientemente explícitos en mencionar cuál institución jurídica fue primero en el tiempo. Además, considerando que no es una discusión menor, en razón a que permite identificar cuál principio nació con ocasión del otro, es decir, si el *rebus sic stantibus*, tiene un origen posterior al *pacta sunt servanda*. Se sugiere que este surgió como una forma de equilibrio obligacional, debido a que las circunstancias ameritaban eximir al deudor de lo inicialmente pactado. En correspondencia con lo anterior, Zegarra (Zegarra Mulánovich, 2004) -coincidiendo con la comunidad académica-

plantea que el principio *pacta sunt servanda* significa “los pactos deben guardarse”, es decir, las vinculan obligacionalmente.

“*Pacta sunt servanda*” significa literalmente que “los pactos han de observarse” o “deben guardarse”, pero se traduce también como, “los contratos han de guardarse”, o bien “las promesas” y “los contratos se deben cumplir”, o bien simplemente que unas y otros “obligan” (Zegarra Mulánovich, 2004).

A su vez, plantea que sólo hasta la edad media, el Derecho canónico va a ser determinante en la consolidación del principio *pacta sunt servanda* (Zegarra Mulánovich, 2004). Los antecedentes del derecho romano le habían dado un tratamiento distinto al vínculo obligacional de los acuerdos, y en términos generales había establecido que indefectiblemente debía haber consenso entre las partes, pero las promesas dadas en algunos casos, a través del juramento en el marco del derecho canónico, van a consolidar el principio de la buena fe y de contera el de *pacta sunt servanda*. Dicho de otra forma, para comprender el núcleo esencial del principio *pacta sunt servanda*, es necesario analizar varias instituciones jurídicas que le fueron consustanciales, y así contribuyeron a la estructuración del principio. Ellas fueron el *nexum*, *sponsio*, *stipulatio*, *pactun*, *fides*, fiducia (López Medina, 2012).

El *nexum* corresponde a la primera etapa del derecho romano, que consistía en el vínculo corporal a que se obligaba el deudor al no cumplir con la prestación, el incumplimiento tenía unas consecuencias muy fuertes, de tal modo que se pagaba con la esclavitud y la muerte, inclusive. Esta situación se modificó con la ley *poetelia papiria* (326 a.c.), la cual eliminó la esclavitud por deudas y comprometió los bienes del deudor.

La *sponsio* consistía en un procedimiento contractual del derecho arcaico, por tanto, era ritualista y ortodoxo. Se trataba de una pregunta, a la cual debía haber una respuesta utilizando el verbo *pondere*. Este procedimiento sólo era usado por los ciudadanos romanos (Gordillo Montesinos, 2000, p.95). La *stipulatio*, (estipulación o petición de promesa) era semejante a la *sponsio* a diferencia de que era del *ius gentium*, es decir para los *peregrinos* (extranjeros).

El *pactum* (pacto) inicialmente era un acuerdo dirigido a eliminar total o parcialmente la acción (*de pascisci*, hacer las paces; Vide, D. “, 14, 1, 1, 1) (Gordillo Montesinos, 2000). En el derecho arcaico, era una forma de evitar la reparación del delito cometido mediante una indemnización.

Así lo establecían as XII tablas 8,2. “*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*; el *pactum* evita la aplicación de la ley del talión mediante una *transactio*. Aquí, pacto significa transacción, y se caracteriza por la renuncia, gratuita o mediante compensación, a la persecución judicial de un derecho. Como prototipo de los “pacta”, la transacción da lugar a un *exceptio* que puede oponer el demandado si el demandante que antes transigió ahora ejercita acción en su contra (p.159).

Estas formas de obligarse, se fueron modificando de acuerdo a la dinámica social, y a la etapa del derecho correspondiente, en la etapa del derecho clásico según Gordillo (Gordillo Montesinos, 2000), se modifica el procedimiento de la reclamación, es decir la acción. Al respecto él dice:

En el derecho clásico la transacción es un pacto por el que se renuncia a la acción a cambio de entregas efectivas o promesas formales, que pueden ser recíprocas, y al que se

pueden agregar unas estipulaciones; en el derecho postclásico se le considera un contrato “innominado” (p.159).

La *lex Poetelia Papiria*, del año 326 a.c., marcará un hito importante en la institución jurídica de las obligaciones -guardadas las proporciones- tal como se concibe hoy, porque terminaría con el *nexum*, es decir, el vínculo corporal que tenía el deudor, de tal manera que, si no pagaba, se hacía esclavo del acreedor. Adicionalmente, a mediados del siglo I antes de Cristo, se acuña el término contrato, más o menos como lo comprendemos ahora (Zegarra Mulánovich, 2004).

Servio Sulpicio Rufo (cónsul en el a. 51 a.C.) y, sobre todo, Marco Antistio Labeon (aprox. 50 a.C. - 17 d.C.) “...contrato (...) [es] una obligación recíproca, que los griegos llaman *synailagma*, como la compraventa, la locación-conducción, la sociedad...” (Zegarra Mulánovich, 2004, p.291).

De manera posterior, en el siglo II d.c., refiriéndose al contrato Gayo (S II d.c.) emplea la expresión “acto lícito dirigido a crear obligaciones” (Zegarra Mulánovich, 2004, p.293). Para contrarrestar el juramento que se practicaba desde el derecho arcaico, el Derecho Canónico impulsor del consensualismo (Zegarra Mulánovich, 2004, p.301).

Tal vez entre otras causas, para corresponder con lo planteado en los evangelios. En este sentido, el *Decretum Gratiani* será la norma canónica que implementará el principio con los alcances de como lo conocemos hoy (Zegarra Mulánovich, 2004). Una cuestión anecdótica da cuenta de la necesidad de respetar los acuerdos eclesiales, de tal modo que luego las partes no pudiesen retractarse unilateralmente de ellos, sin acudir a las formalidades que tradicionalmente los habían amparado (Zegarra Mulánovich, 2004).

En este contexto, será acuñada finalmente la frase *pacta servanda sunt* con alcance de principio general. La fuente más antigua que la recoge es la colección de Derecho Canónico conocida como *Decretalium Gregorii IX Libri Quinque* o *Liber Extra Decretum Vagantium Decretalium*, preparada bajo la dirección de San Raimundo de Peñafort y promulgada en el año 1234 por el Papa Gregorio IX. En el libro I de esta colección, el canon que encabeza el título *De pactis*, está rubricado: “*Pacta quantumcumque nuda servanda sunt*” (Zegarra Mulánovich, 2004, p.304).

1.5.1 EDAD MEDIA

Sumado al reconocimiento expreso del principio, se va configurando el consensualismo en el derecho común, entre otras, por la dinámica del derecho comercial. Pero, en este contexto todavía el principio no había adquirido el alcance categórico que tiene hoy en día (Zegarra Mulánovich, 2004, p.307). Posteriormente, se acuñaron frases como “toda convención vale [tanto como] una estipulación” (Zegarra Mulánovich, 2004, p.308); “los bueyes se atan por los cuernos y los hombres por las palabras”, de ahí categóricamente afirma que no hay un quiebre entre el realismo del derecho romano clásico, sino una ruptura con el ritualismo imperante (Zegarra Mulánovich, 2004, p.309).

Posteriormente, el voluntarismo contractual jugará un rol determinante en la configuración del principio (Zegarra Mulánovich, 2004, p.310). Será Grocio (1925), el autor más agudo para recoger las ideas del voluntarismo contractual, y establecer los alcances conceptuales de lo que hoy es el principio *pacta sunt servanda*. Ideas posteriormente recogidas por el iusnaturalismo racional, a través de Pufendorf (1632-1694) y Heinecio (1681-1741), y los inspiradores del Código Civil francés, español, portugués e iberoamericanos; además de las doctrinas de Domat (1625-1696) y Pothier (1699-1772) (Zegarra Mulánovich, 2004, p.314).

1.5.2 EDAD MODERNA Y CONTEMPORÁNEA

Entre otras características que distinguen a esta época de la historia, está la codificación de los códigos civiles. Particularmente, el de Francia, que se convertiría en un referente de los códigos de España, Italia y Portugal; seguidamente, Chile y Colombia. Por lo que Zegarra (Zegarra Mulánovich, 2004) indica que:

Estas palabras son coherentes con el contenido de la norma. Con este artículo, el *Code* comienza a tratar del efecto de los contratos, después de definirlos, clasificarlos y regular sus condiciones de validez. Y lo primero que dice de ellos es que tienen una eficacia vinculatoria similar a la de la ley para las partes que los han celebrado (o sea, el sentido moderno del *pacta sunt servanda*) y, a renglón seguido, como su primera consecuencia, que los contratos son irrevocables e irreformables, tanto para cada una de las partes unilateralmente “como para el mismo juez”, salvo causa legalmente tipificada (Zegarra Mulánovich, 2004, p.317).

1.6 DESARROLLO HISTÓRICO DEL PRINCIPIO *REBUS SIC STANTIBUS*

La profesora Martínez (Martínez de Morentin, 2014), categóricamente afirma que la cláusula *rebus sic stantibus* no fue formulada por los juristas romanos, y, Rivera y Barcia (Rivera Restrepo, 2015) refieren que su origen corresponde al Derecho medieval intermedio. Pero el derecho romano sí incidió en su elaboración, a partir de varios textos (Martínez de Morentin, 2014). El texto de Africano lib 7, *Quaestionum*, D.46.3.38 *pr*, solamente si permaneciera en *se comenzó a acuñar la frase* “el mismo estado en el que se hallaba cuando se interpuso la estipulación”. El digesto D.12.4.8, hace referencia a que, cuando una de las partes no tenía edad

legal para contraer nupcias, sólo se podrá reclamar la dote entregada si se hubieran modificado las circunstancias por las que se hubiere dado a título de dote. El texto D.19.2.54.1, que se refiere a la eventualidad del uso de la pena entre arrendador y arrendatario, dependiendo de las circunstancias, del negocio jurídico; los anteriores son ejemplos, entre otras (Martínez de Morentin, 2014). En correspondencia con lo anterior, el profesor Díaz (Díaz De Lezcano Sevillano, 1996) afirma que este principio es posterior al derecho romano:

La investigación histórica no ha permitido, hasta hoy, determinar con exactitud el origen de la cláusula, sí parecer claro que su elaboración no se haya en las fuentes jurídicas romanas. En éstas al no haber penetrado el dogma general sobre la eficacia vinculadora de las promesas, no puede encontrar excepción el principio de la condicionalidad de los vínculos consensuales a la persistencia de un estado de hecho determinado el derecho romano, por tanto, pasó por alto esta doctrina en los términos de extensión que posteriormente obtuvo y con la que actualmente se aplica. No obstante, existen algunas proposiciones y explicaciones de contenido moral y no jurídico que en cierto modo parecen plantear el problema (Díaz De Lezcano Sevillano, 1996, p.74).

De todas formas, no se puede afirmar que -en estricto sentido- la cláusula *rebus sic stantibus* fue una creación del derecho romano. Indudablemente sí incidió, pero, su concreción va a corresponder con los desarrollos jurídicos de otra época.

1.6.1 EDAD MEDIA

Se dará un paso de la aplicación restrictiva de las cláusulas establecidas por Bartolo, Baldo y Tiraquello a mediados del S. II (Martínez de Morentin, 2014) que se puede sintetizar en “son perpetuos los actos y disposiciones realizados, siempre que se mantenga el mismo estado de

cosas”; a unas con carácter generalizables. El jurista Alciato (Martínez de Morentin, 2014) le pondrá una impronta al asunto, al poner de presente la distinción entre contratos unilaterales y bilaterales. En este sentido afirma, la profesora Martínez que será el precursor de la doctrina moderna.

La distinción entre negocios unilaterales y bilaterales se ha atribuido a Alciato. El autor superó el estilo habitual de los juristas de la época, avanzando en sus reflexiones más allá de lo marcado por la glosa, gracias a su intuición y su fino sentido jurídico. También en este tema en particular tuvo el mérito de haber sido el precursor de la doctrina moderna. Pareciendo obvia la razón por la cual puede ser admitida la revocación del acto unilateral en el caso de un imprevisto cambio en la situación de hecho original, por el contrario, en un acto bilateral, en un contrato, solo podría ser admitida la revocación concurriendo determinados presupuestos (Martínez de Morentin, 2014, p.342).

Posteriormente, se sumaron otros juristas que argumentaron la necesidad de restringir la cláusula, como *Surdo*, *Graciano*, *Barbosa* y *sobre todo la jurisprudencia de la Rota romana*. Y de manera posterior, se acentuaría en los contratos de tracto sucesivo (Martínez de Morentin, 2014).

1.6.2 Edad moderna y contemporánea

El derecho francés pierde vigencia el *rebus sic stantibus* por causa del racionalismo y prevalencia del principio de la autonomía de la voluntad Domath (1694) y Pothier, (1761) (Zegarra Mulánovich, 2004, p. 314).

La gran guerra, se vuelve a aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, en 1916 por el Consejo de Estado francés que falla aplicando la cláusula:

Este tribunal admite la aplicación de la teoría de la imprevisión para revisar el contrato que había suscrito Compañía de alumbrados de la ciudad de Burdeos con la municipalidad de dicha ciudad, en cuya virtud, la primera se había obligado a suministrar electricidad bajo ciertas tarifas. Con la ocupación germana de la cuenca carbonífera del norte de Francia, los galos debieron recurrir al carbón de la región de Gales, carbón que adquirirían a un mayor precio. Entonces se presentó la siguiente cuestión ante el tribunal: el mayor coste que significaba la adquisición de carbón galés debía ser asumido por la Compañía de electricidad o, se debía proceder a la revisión de la cláusula del contrato que establecía el precio en que se sustraería dicha energía. El principal problema con que se encontró el tribunal fue el principio del *pacta sunt servanda*, contenido en el Código civil francés, en virtud del cual los contratos legalmente celebrados tienen fuerza de ley para los contratantes y por ello deben ser respetados por éstos. Sin embargo, prevaleció el interés público y el tribunal procedió a revisar el precio de la energía fijado en el contrato (Rivera Restrepo & Barcia Lehmann, 2016, p.36).

El Código Civil italiano de 1942, en su artículo 1467:

“En los contratos con ejecución continua o periódica o con ejecución diferida, si el desempeño de una de las partes se ha tornado excesivamente gravoso por la ocurrencia de hechos extraordinarios e imprevisibles, la parte que adeuda tal cumplimiento podrá solicitar la terminación del contrato, con los efectos establecido por el art. 1458.

No se puede solicitar la rescisión si la carga superviniente entra dentro del riesgo normal del contrato.

La parte contra la que se solicita la rescisión puede evitarla ofreciendo enmendar los términos del contrato de manera justa”.

Con ocasión del Holocausto Judío en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, y los sobrevinientes juicios de los Tribunales de Núremberg, unos juristas cuestionarán la manera en que el positivismo, a ultranza -según ellos- derivará en una especie de legalismo que fue permisivo con las prácticas de abusos de Derecho Humanos.

De esta forma, la identificación de las deficiencias del positivismo en cuanto a lo descrito anteriormente, le sirven de fundamento, para la apertura de su planteamiento en cuanto al principio de proporcionalidad. Al respecto, el profesor Alexy (Alexy, 2008) toma como referencia el sistema constitucional alemán, donde –dice el autor- conviven dos “concepciones básicas del sistema jurídico: la del constitucionalismo y la del legalismo”. Este sistema es el “caldo de cultivo” para su argumentación, en razón a las dinámicas que generaron al sistema la ocurrencia de dos guerras en hasta la mitad del siglo XX. Es decir, la barbarie del holocausto puso de presente, el riesgo que representó que el sistema jurídico estuviese subordinado, sin ninguna posibilidad de argumentación frente al poder del tirano. Las posturas de los jueces alemanes, posteriores a la II Guerra Mundial, intentaron involucrar el contenido axiológico de las disposiciones constitucionales. Su ejemplo más relevante es de la concepción constitucionalista del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Garcés Medrano, 2015).

En cuanto a este principio, no es fácil concluir que es posterior al *pacta sunt servanda*. Entre otras razones, porque la codificación recogerá ambos en el mismo periodo. Lo que sucede es que el *pacta sunt servanda* tuvo resistencia. Y será la primera guerra mundial la que establecerá las bases para una aceptación del principio por parte de la doctrina y la jurisprudencia jurídica europea.

CAPITULO II. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO Y ALGUNOS CASOS DEL DERECHO ESPAÑOL

En la época contemporánea, no se debe perder de vista que el Derecho como disciplina siempre está sujeto a la dinámica del comportamiento social, por consiguiente, es bastante probable que las normas expedidas por el legislador siempre se queden cortas para regular dichas conductas. En ese escenario, los principios generales del derecho –como parte de las fuentes del Derecho- son importantes para coadyuvar a las decisiones judiciales. Juegan un rol dentro del marco de discrecionalidad del juez. En otros términos, es lo que la profesora Encarnación Fernández, a partir de la metáfora de Lesbos denominó *la flexibilidad como un rasgo esencial de la experiencia jurídica* (Fernández Ruiz, 2016).

Dicho de otra forma, cada sistema jurídico tiene unos parámetros para el uso de las fuentes, ejercicio que se debe realizar con la mayor rigurosidad por los juristas, entre otras razones del cambio de paradigma del rol de la ley en los sistemas democráticos. Así, el juez encuentra en las fuentes una contribución importante para la resolución de controversias jurídicas. En este escenario la decisión del juez es preponderante en las sociedades democráticas contemporáneas (Ferrajoli, 1999. Pág 69).

Es indudable que la teoría de la imprevisión se sustenta en el principio *rebus sic stantibus*. Este ha sido reconocido principalmente por la doctrina y la jurisprudencia, porque son los jueces quienes tienen la competencia para aplicarlo o no. Pero hay una diferencia de orden conceptual de la jurisprudencia en el derecho español y el colombiano. En Colombia se trata de una fuente de derecho, reconocida expresamente por la Constitución Política que en artículo 230 dice:

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial” (Constitución Política de Colombia, 1991).

Mientras que, en el derecho español, a diferencia del colombiano los principios generales del derecho no tienen un reconocimiento expreso en la Constitución Política como fuente del derecho. Como mencionamos anteriormente, desde hace aproximadamente ciento treinta años Colombia ha tenido una tradición jurídica de reconocer los principios generales del derecho, como fuente del derecho, tanto que la Ley 153 de 1887, en su artículo 8º los reconoció y esta norma aún se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico. La Corte Constitucional -como nuestro órgano de cierre- ha producido importantes sentencias refiriéndose a ellos, como la C-083 del 01 de marzo de 1995, donde ella estableció importantes consideraciones a esta institución jurídica. En este sentido la Corte Constitucional estableció:

¿A qué alude entonces, es ahora la pregunta pertinente, la expresión principios generales del derecho en el contexto del artículo 230 de la Carta del 91? Si el juez tiene siempre que fallar (en nuestro ordenamiento tiene además el deber jurídico de hacerlo), y en el Estado de derecho, como exigencia de la filosofía del sistema, debe edificarse la

sentencia sobre los fundamentos que el mismo derecho señala, ¿qué debe hacer el fallador cuando los elementos contingentes del derecho positivo se le han agotado sin encontrar en ellos respaldo para su decisión? No hay duda de que la situación descrita, por vía de hipótesis, es una situación límite, nada frecuente, pero demandante de una previsión del propio ordenamiento. El nuestro, lo autoriza a recurrir a contenidos extra sistemáticos, a los que el propio sistema refiere formalmente V.gr.: el derecho natural, la equidad, los "principios generales del derecho", expresiones todas que claman por una concreción material que sólo el juez puede y debe llevar a término (Corte Constitucional Sentencia C-083, 1995).

En la sentencia descrita la Corte Constitucional, describe la analogía *iuris* como el ejercicio que lleva a cabo el juez, consistente en extractar de las instituciones jurídicas principios que le son inherentes para aplicarlos a situaciones concretas, sin rebasar o desconocer el derecho positivo. Por el contrario, identificar dichos principios le sirven para llenar eventuales “lagunas jurídicas”. Es decir, el ejercicio hermenéutico de la analogía *iuris* es como la extrapolación de categorías normativas implícitas en las reglas de derecho, que se aplican en un caso concreto, a partir de un riguroso ejercicio hermenéutico (Corte Constitucional Sentencia C-083, 1995).

El derecho colombiano, además de las anteriores, también incluye la jurisprudencia, la doctrina y la equidad. De acuerdo con lo anterior, desde la perspectiva de las fuentes del derecho, y particularmente de los principios generales del derecho, hay coincidencia sustancial entre ambos sistemas jurídicos, en tanto que para uno y otro son fuentes subsidiarias de interpretación jurídica. Pero, si hay una marcada diferencia en lo referente a la jurisprudencia, la cual, en Colombia es una fuente expresamente consagrada en la Constitución Política, pero el sistema español no.

Los principios generales como fuente del derecho y la teoría de la imprevisión en el Derecho Español

De manera general el Código Civil español expresamente no consagra el acogimiento de los principios como fuente del derecho. Este en su artículo 1.1. dice “*Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*” (Código Civil español). De manera posterior dice en el artículo 1.6.: “*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*” (Código Civil español). A pesar de que la enunciación semántica es semejante, es claro que en Colombia hay consenso en la comunidad jurídica de reconocer los principios como una fuente de derecho, mientras en España *resulta problemática* (Aguiló Regla et al., 2015). Rey Pérez la considera en el contexto de una tensión entre el *constitucionalismo y la democracia* (Rey Pérez, 2011). García Figueroa expresamente dice que “no puede ser fuente de derecho”(García Figueroa, 1999).

En contraste con lo expuesto en el derecho español las fuentes del derecho tienen su sustento en el Código Civil, el cual las identifica como la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Desde la promulgación del Código Civil español en 1888, en su artículo primero se establecieron cuáles serían las fuentes del derecho español. Donde expresamente se estableció como una de ellas los principios generales del derecho. Adicionalmente, el principio *pacta sunt servanda* está consagrado en el artículo 1091 del Código Civil español y el 1134 francés.

En cuanto a las consideraciones específicas del principio *rebus sic stantibus* la doctrina española reconoce como antecedentes, en primer lugar que el *pacta sunt servanda* como principio rector de los contratos no es absoluto (Freytes, 2017), sino que en el derecho español de manera incipiente se establecieron los antecedentes de lo que sería el reconocimiento y aplicación de la teoría de la imprevisión. Es decir, comenzó a considerar situaciones en las que no se aplicaría de manera absoluta el principio de *pacta sunt servanda*, sino que se tendría en cuenta situaciones contractuales más flexibles para el obligado, por ejemplo:

“La revocación de las donaciones por superveniencia de hijos o por ingratitud (artículos 644 y 648); la pérdida del plazo cuando el deudor resulte insolvente o desaparezcan las garantías (artículo 1129); la suspensión del cumplimiento de las obligaciones en la compraventa por variadas circunstancias sobrevenidas (artículos 1467, 1502 y 1503); la rescisión de la compraventa cuando ésta no incluya todo lo expresado en el contrato (artículo 1469); la rescisión del arrendamiento cuando obras realizadas en el inmueble impidan su habitabilidad (artículo 1558, p. 3)”(Freytes, 2017).

El mismo autor cita como antecedente, la ley 493, párrafo 3º, del Fuero Nuevo de Navarra en el cual expresamente se reconoce los elementos estructurales para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, es decir, obligaciones de tracto sucesivo, que sus condiciones se ven alteradas por causas no imputables al deudor, este podrá pedir al juez la revisión en aras del principio de equidad contractual.

Las controversias que se suscitan en torno a la aplicación de estos dos principios, según la jurisprudencia española, tiene varias instituciones jurídicas que confluyen en el mismo propósito: la búsqueda del equilibrio de las prestaciones, en los contratos de tracto sucesivo, con ocasión

del cambio de las condiciones fácticas, al momento de cumplir la prestación. En este sentido Lucía Vázquez y Pastor Jiménez han planteado:

Ahora bien, no obstante, nuestro particular objeto de estudio, conviene no perder de vista esas otras teorías análogas tales como la doctrina de la presuposición, la excesiva onerosidad, la frustración del fin del contrato, la base del negocio y la imprevisión. En última instancia, lo que persiguen todas ellas es establecer la regla de que la alteración sobrevenida de las circunstancias ha de influir en el régimen jurídico de la relación obligacional; de ahí que se les considere como doctrinas asimilables a la de la cláusula *rebus sic stantibus*. En puridad, se diferencian fundamentalmente porque abordan el mismo problema desde puntos de vista distintos. Así, como ha señalado el Tribunal Supremo, tales teorías «no son sino distintos mecanismos que la jurisprudencia y la técnica doctrinal utilizan para enmendar el pretendido desequilibrio producido en el cumplimiento del contrato a lo largo del tiempo en que, de forma continuada, haya de producirse. (Vázquez & Jiménez, 2015, p. 67)

Se infiere de lo expuesto por los autores que para aplicar la teoría de la imprevisión se requiere, un contrato de ejecución en el tiempo, la modificación de las circunstancias sobrevinientes a la celebración del contrato, que además deben ser imprevisibles, extraordinarias, ajenas del riesgo normal del negocio jurídico y rompen con el equilibrio económico del mismo.

En el criterio de estos autores el Tribunal Supremo español ha mantenido una postura restrictiva en la aplicación de la imprevisión, en correspondencia con lo que ha sucedido con la Corte Suprema de Justicia en Colombia, que lleva una tradición de casi cien años mencionando

la imprevisión, pero no la ha aplicado a un caso concreto. En el caso del derecho español, para un sector de la doctrina por restricciones de orden procesal, la como plantea Vázquez:

Ahora bien, la revisión del contrato por parte del juez no será factible si la parte que insta la aplicación de la cláusula *rebus* no ha especificado en el suplico de escrito de demanda en qué consistiría el reequilibrio contractual que solicita, y ello por una sencilla razón: el sometimiento de nuestro ordenamiento procesal al principio de justicia rogada. (Vázquez & Jiménez, 2015, p.73).

1.7 LA TENSIÓN QUE PRESENTA ENTRE LOS PRINCIPIOS *PACTA SUNT SERVANDA* Y *REBUS SIC STANTIBUS*.

1.7.1 ¿La categoría jurídica “*rebus sic stantibus*” es un principio o una cláusula?

En el contexto de este escrito, nos hemos referido a los principios generales *rebus sic stantibus* y *pacta sunt servanda*, pero debido a que -particularmente en el derecho español- es bastante recurrente el uso de la expresión “cláusula”, en adelante la denominaremos así. Al respecto Henríquez Salido manifiesta “En conclusión, la cláusula condensa un concepto jurídico que tiene su fundamento en doctrinas civilistas sobre el riesgo imprevisible”. Eso como colofón del análisis semántico y jurídico, que ella hace de la institución jurídica, y que da cuenta de lo que hemos planteado. Adicionalmente, refiriendo a la cláusula ella dice:

Se ha convertido en una fórmula oracional, una combinación de palabras con un orden fijo. Su aplicación denotaría «que se han producido cambios sustanciales y circunstancias nuevas relevantes» en un tema puntual, originado en un tiempo pasado «a

muy largo plazo», con incidencia en el presente en los «actos y negocios jurídicos» (Henríquez Salido et al., 2016, p.194).

Frente a lo descrito anteriormente, hay posturas diametralmente opuestas, que consideran que no se trata de una cláusula (Henríquez Salido et al., 2016), porque esto supone que debe estar expresamente consagrada en los contratos. Situación que no sucede con los principios que ha ocupado esta tesis, y particularmente, con el de *rebus sic stantibus*. Es decir, como lo mencionamos en el primer capítulo, si hablamos de un principio, por regla general, no hace parte de la consagración expresa del ordenamiento jurídico. En este sentido los profesores Rivera y Barcia, plantean que:

Estimamos que la denominación cláusula *rebus sic stantibus* es equívoca y poco feliz, ya que la imprevisión no constituye una cláusula del contrato. La denominación correcta es aquella que le otorgó en 1916 el Consejo de Estado francés, a propósito del caso que enfrentó a la Compañía de Gas de Burdeos con la Municipalidad de dicha ciudad, es decir, “teoría de la imprevisión” (Rivera Restrepo & Barcia Lehmann, 2016, p.143)

La opinión que antecede, no es la mayoritaria en España, entre otros (Trigo Sierra & Pérez-Pujazón, 2015); (Fernández Ruiz, 2016); (Díaz De Lezcano Sevillano, 1996); (Vásquez & Jiménez, 2015); (Revilla Giménez, 2017). Adicionalmente, el término “cláusula”, debe comprenderse en su intensión, como lo explicamos en el capítulo primero de esta tesis. En el sentido de que los términos del lenguaje, mantienen una tensión entre la denotación y la connotación (Sartori, 2011b). En este caso, en el derecho español ha prevalecido la denotación del concepto, es decir, es generalmente aceptado el término “clausula”, a pesar de que

literalmente o en estricto sentido no lo es. En conclusión, acogemos la denominación cláusula teniendo en cuenta las posturas mencionadas anteriormente.

1.7.2 ¿A qué nos referimos con una tensión?

La eventual tensión que se presenta entre estas dos instituciones jurídicas corresponde a las diferentes posturas de la comunidad académica de los juristas. Así, la mayoría confluyen en “líneas gruesas” de la aplicación de los dos principios, sus diferencias están más determinadas, por sus énfasis, límites conceptuales, la necesidad de regulación, y el beneplácito o las críticas a los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo Español.

En otros términos, la tensión jurídica es la eventual confrontación que se presenta entre dos o más instituciones del derecho, particularmente en su etapa de aplicación por parte de la comunidad de juristas, es decir, cuando este debe elegir cual es la institución adecuada para aplicar al momento de resolver un conflicto jurídico. Precisamente Robert Alexy da cuenta de este fenómeno en el derecho constitucional, al considerar que la mayoría de sus principios, viven en permanente confrontación, y que, por tanto, en una situación determinada, sugiere el test de proporcionalidad, como una cuestión procedimental para determinar cuál es el que se debe aplicar (Alexy, 2003).

Extrapolando el método propuesto por Alexy, no es sugerir aplicar el “test de proporcionalidad” para resolver la eventual confrontación de los principios *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, sino para dar cuenta de la confrontación de dos instituciones jurídicas, que en su esencia pueden resultar antagónicas.

Otro aspecto que contribuye a la comprensión del tema es que, por sus antecedentes en el derecho romano, los principios *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, se circunscriben, en

primera instancia al derecho privado, esto es, son consustanciales a él, en razón a que este, desde sus orígenes contribuyó a su configuración. Pero de manera posterior, como sucedió con un número considerable de instituciones del derecho privado; se extendió su aplicación al derecho internacional público, e incluso, de manera más general, se presenta un tránsito de su aplicación en el derecho constitucional contemporáneo (López Medina, 2012). Por eso, en ocasiones se hace necesario enfatizar el análisis en los estudios doctrinales de la ponderación, el balanceo y el test de proporcionalidad (Alexy, 2003).

Pero nuestro análisis corresponde al ejercicio hermenéutico que solamente se circunscribe a la aplicación de los principios en el derecho privado. Es decir, se nos presenta un problema y es tratar de establecer si ¿Los principios *-pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*- en su aplicación siempre están en pugna? O ¿Hay otras alternativas de integración en el marco del ordenamiento jurídico? Lo anterior, es una recurrente situación que debe resolver la comunidad de juristas, porque se debe dilucidar cuál se aplica en un caso concreto. Además, la situación se complejiza debido a que los supuestos normativos de estas instituciones tienen alcances diferentes en las legislaciones europeas y colombiana.

En conjunto con lo anterior, hay que considerar que dentro de la Comunidad Europea como en América Latina, estamos bajo el supuesto de un derecho en común, por pertenecer a las mismas raíces romanas. Pero, en ocasiones es sólo eso, un supuesto, porque de la manera como en el contexto del derecho comparado estos ordenamientos jurídicos pueden confluir en los límites conceptuales de determinadas instituciones jurídicas; en otros casos varían en ciertas ocasiones, como es el caso de los principios que estamos abordando, donde nos hemos encontrado variedad de interpretaciones en torno a ellos.

De acuerdo con lo anterior, las expresiones utilizadas en otros ordenamientos para hacer referencia a este fenómeno no siempre son equivalentes: *Imprevisión*, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, *Störung der Geschäftsgrundlage*, *Hardship*, *Impracticability*... La diferencia terminológica y las dificultades de traducción obedecen, en buena medida, como veremos, a la falta de identidad de los supuestos que se incluyen en los distintos análisis doctrinales, jurisprudenciales y en los textos de referencia en los procesos de armonización del Derecho de contratos (Parra Lucán, 2015, p.4).

Considerando todo lo anterior, y en lo que corresponde a este capítulo, circunscribimos nuestro problema, a establecer en primer lugar, si la comunidad de juristas al aplicar los principios *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus* se le presenta una tensión excluyente. Es decir, si la aplicación de un principio hace nugatorio o imposible aplicar el otro. En segundo lugar, y opuesto a lo anterior, verificar si en su aplicación los principios resultan alternos o complementarios.

En primer lugar, está la doctrina que, de forma explícita o implícita, encuentra una confrontación en el núcleo esencial de las dos instituciones jurídicas. *Prima facie*, si se trata del principio *pacta sunt servanda*, es que las partes quedan indefectiblemente obligadas a cumplir con el objeto del contrato. Mientras que, si se trata del *rebus sic stantibus*, ya celebrado el contrato de tracto sucesivo o de ejecución instantánea con algunas salvedades, se sobrevienen situaciones para el deudor, que le imposibilitan el cumplimiento y, por tanto, en una eventual indemnización, esta, sería considerablemente onerosa para él, y en favor del acreedor. Es decir, estamos en el escenario de dos instituciones jurídicas antagónicas, y, por consiguiente, el operador jurídico, aplicará una o la otra.

En el sentido anterior, un sector de la doctrina española (Martínez Velencoso, 2011) plantea una crítica a los recientes fallos del Tribunal Supremo de España, amparado en autores como (Coderch, 2009). Se plantea que los riesgos contingentes de un contrato, no siempre se pueden establecer como un criterio para la aplicación de la figura del *rebus sic stantibus*, sino que es necesario, separar las condiciones en las que se materializa el contrato, de las situaciones posteriores a él, indudablemente, revisando las circunstancias particulares que inducen a su cumplimiento (Martínez Velencoso, 2011).

Como dijimos anteriormente, la tensión, se infiere de los pronunciamientos, que son diversos, pero se pueden sintetizar, teniendo en cuenta -en todo caso-, que la aplicación del principio *rebus sic stantibus*, de forma implícita involucra -por oposición- el de *pacta sunt servanda*.

Es decir, lo anterior involucra, que, si el juez en su ejercicio argumentativo aplica el *rebus sic stantibus*, lo ha hecho, dando prevalencia a este, sobre el *pacta sunt servanda*. De donde deducimos una especie de bipolaridad tácita en una articulación dialéctica de estos dos principios. En otros términos, y para el caso que nos ocupa, la existencia de un *principio rebus sic stantibus*, es bajo el supuesto del reconocimiento de la existencia del otro. Ahora, si bien es cierto algunos de los pronunciamientos, están relacionados con las posturas del Tribunal Supremo de España (en adelante el TS), el análisis jurisprudencial lo realizaremos en el capítulo tercero. Por ahora, nos dedicaremos a estudiar principalmente lo que ha dicho la doctrina.

Desde el punto de vista conceptual, los alcances de estas dos instituciones jurídicas, están determinados por la regla general de que los contratos son ley para las partes, es decir, los

extremos contractuales quedan obligados a cumplir el objeto de lo pactado, lo que implica que en el contexto de un contrato de *tracto sucesivo* o -en ocasiones- uno de ejecución instantánea que se deba cumplir en el futuro, y la alteración de las circunstancias se presentan antes del cumplimiento; previamente asumen los riesgos que eventualmente surjan, después de celebrado en el negocio jurídico.

Pero, es probable que, al momento de ejecutarse, las circunstancias cambien ostensiblemente, de tal manera que agravan de forma desequilibrada, la situación del deudor. Por consiguiente, ya no se aplicaría la máxima de “la ley para partes”, sino la de “el estado actual de las cosas”. Lo anterior, traería como consecuencia, que el juez, debe modificar el contrato en cuanto a sus prestaciones o eximir de la obligación al deudor. Esta es una controversia de gran calado, en tanto que pone en juego los postulados fundamentales del derecho civil europeo e iberoamericano. Ese es el objeto central de la controversia que nos ocupa.

Añadiendo que, por regla general, “la cláusula” -como la denomina la doctrina española- no está expresamente consagrada en el ordenamiento jurídico, por tanto, eso complejiza más el tema. Porque teóricamente las partes quedaron comprometidas con ocasión de la autonomía de su voluntad, pero dadas estas circunstancias, un tercero (el juez o arbitro) modificaría sustancialmente el contrato, y mucho más complejo es que haya una parte vencedora y otra vencida en juicio, eventualmente, el sujeto activo y pasivo de la obligación cambien sus roles.

Los diferentes pronunciamientos de la doctrina los podemos clasificar así:

Una postura es la de quienes piensan que el Tribunal Supremo de España ha roto la tradición de casi un siglo de sus pronunciamientos, al darle aplicación del principio *rebus sic*

stantibus, por encima del *pacta sunt servanda*, siendo que aquel no está regulado. A estos lo llamaremos el rompimiento de la tradición jurisprudencial.

Es indudable que hay sector de la doctrina que asume una postura crítica contra el TS, por aplicar del principio *rebus sic stantibus* -según ellos- en menoscabo del *pacta sunt servanda*, en razón a que dicho principio no ha sido regulado expresamente. Además, que en la celebración del negocio jurídico las partes, previamente debieron considerar el alea del riesgo, como parte de este, y suman a sus argumentos que el juez debe ajustarse el derecho vigente, y a la “ley” del contrato.

Como consecuencia de lo anterior, el juez debe ser sumamente cauteloso, conservador y cuidadoso, porque en su decisión, modifica el contrato; y el resultado puede ser una medida arbitraria, y desequilibrada, para el acreedor, ¿Cuál? Que el cumplimiento de la prestación por parte del acreedor no se satisfaga por parte del deudor.

1.8 LOS PRINCIPIOS *PACTA SUNT SERVANDA* Y *REBUS SIC STANTITBUS* COMO TENSIÓN EXCLUYENTE.

1.8.1 La tensión excluyente y el rompimiento de la tradición jurisprudencial.

Son varios los pronunciamientos de los doctrinantes en este sentido, por ejemplo los que apoyados en los fallos del Tribunal Supremo de 30 de junio y de 15 de octubre de 2014 (Trigo Sierra & Pérez-Pujazón, 2015), ponen de presente el cuidado que debe tener el juez en su fallo, para no generalizarlo y permanezca como una medida no regular. Pero además de eso se infiere

cierto descontento, por los juristas, por las consecuencias jurídicas que eso puede tener. En este sentido dicen:

Las dos resoluciones confirman el destierro de aquellas posiciones que mantenían que se trataba de una doctrina residual, fundada en un principio de equidad, peligrosa en sus consecuencias y de excepcional y cautelosa aplicación para sostener su aplicación normalizada en el ámbito del Derecho de Obligaciones y la objetivación de su fundamento técnico, que vendría dado por los principios de buena fe y conmutatividad en el intercambio de bienes y servicios (Trigo Sierra & Pérez-Pujazón, 2015, p.92)

De acuerdo con lo anterior, algunos autores, subrayan varios aspectos del asunto. En primer lugar, que se rompa con la tradición jurídica del TS, que había mantenido el principio como de carácter residual. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, si la cláusula del *rebus sic stantibus* era marginal frente a la del *pacta sunt servanda*, es un riesgo que aquella se equipare, es decir, en determinadas circunstancias los juristas las pongan al mismo nivel, para efectos de decir una controversia.

En esta misma orilla doctrinal se encuentra quienes consideran como *desconcertante* (Vásquez & Jiménez, 2015) la dinámica del cambio jurisprudencial que ha tenido el TS, entre otros en el cambio del concepto de crisis económica (Vásquez & Jiménez, 2015), aspecto que según sus críticos se había valorado de diferente manera por el TS.

Otros, son más agudos en su crítica al mencionar que no hay rigor por parte del TS, e incluso el desconocimiento de los límites conceptuales de las instituciones jurídicas, denominando su labor como poco rigurosa (Martínez Velencoso, 2011) y su postura ya no es ni siquiera en el sentido de sea el legislador quien expresamente consagre la “cláusula” sino, que el

TS revise el contenido de sus sentencias y los alcances de los mismos. “Por ello, coincido plenamente con el profesor Salvador Coderch en el sentido de que sería conveniente la revisión de la formulación jurisprudencial de la mencionada doctrina, precisando su supuesto de hecho y sus consecuencias jurídicas”.(Martínez Velencoso, 2011, p.3). Lo anterior coincide con lo que hemos denominado una tensión, en razón a que un sector de la doctrina, le ha producido un alto sentido de inconformidad con los fallos del órgano judicial de cierre español.

Otra postura crítica es la de María Ángeles Parra Lucán quien considera que la ausencia de consagración expresa de la cláusula *rebus sic stantibus*, es una situación problemática, y más con el reciente fallo del TS, porque deja establecido que el precedente judicial, en el sentido de asumir como no necesario, la declaración expresa del legislador. Esta jurista sugiere que el sentido de los fallos del TS, inducen al legislador a no manifestar expresamente la “cláusula”, en razón a que sus fallos son autosuficientes. Al respecto dice:

Estas sentencias respaldarían la suficiencia del ordenamiento para proteger los intereses de deudores afectados por la crisis, sin necesidad de pronunciamiento expreso del legislador sobre la posibilidad de exigir una revisión de los contratos. De esta forma, el Tribunal Supremo pretende reivindicar el papel de los tribunales a la hora de determinar el impacto de la crisis en las relaciones contractuales, complementando las medidas que haya podido promulgar el legislador con alcance general o para determinado sector del tráfico jurídico. (Parra Lucán, 2015, p.9)

Aunque por definición las sentencias del TS son controvertibles y por eso el derecho facilita al ciudadano los recursos jurídicos correspondientes, habría que revisar qué nivel de obligatoriedad tiene la jurisprudencia del TS. Aspecto importante, dado que en el caso

colombiano por regla general la jurisprudencia de la Corte Constitucional hace tránsito a cosa juzgada constitucional, es decir es obligatoria para todos los juristas. Discusión interesante pero no corresponde el desarrollo de este trabajo.

Sumado a lo anterior, otras voces ponen de presente, el giro interpretativo que ha tenido la aplicación de la cláusula, en el derecho español y europeo (Henríquez Salido et al., 2016). En el caso del TS, el cual -en criterio de algunos-, ha pasado de una interpretación restrictiva de la cláusula, a una aplicación más recurrente. En este sentido Henríquez dice:

En el proceso evolutivo de su valoración por el TS español ha pasado «de ser una cláusula peligrosa» y de «cautelosa admisión» y con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación («alteración extraordinaria», «desproporción desorbitada» y circunstancias «radicalmente imprevisibles») ... a ser posible su admisión con ciertas premisas fundamentales, porque «los contratos han de ser cumplidos». En el corpus estudiado, predominan las interpretaciones concordantes con el excesivo rigor del *pacta sunt servanda* y «en el inicio de su acogimiento se proclamaba que debiera ser acogida con precaución muy cautelosa»(Henríquez Salido et al., 2016, p.197)

La anterior postura, confluye con las reiteradas críticas, expuestas al largo de este trabajo, que, además, le ponen de presente a los jueces del TS, una especie de alerta entre los doctrinantes, debido a que se trata de una institución jurídica con una taxonomía jurisprudencial y doctrinal. Y mientras el legislador decide regularla de manera expresa, un sector de la doctrina ha manifestado sus voces en el sentido de que así sea a nivel jurisprudencial, se establezcan unos parámetros argumentativos sólidos, que permita mayor claridad -por parte del TS para la comunidad de los juristas.

Otra perspectiva que refuerza esta “orilla” doctrinal, tiene que ver con la prevención, en el sentido de que la aplicación de la cláusula debe ser de carácter restrictivo, como plantea la jurista Revilla, quien dice que “La evolución de la regla *rebus sic stantibus* la reviste como cláusula peligrosa de aplicación estricta en nuestro Derecho” (Revilla Giménez, 2017). Según este enfoque, la regla general es que se debe aplicar el “*pacta sunt servanda*”. Por eso, mencionamos al comienzo de este capítulo, que hay una especie de bipolaridad de estos dos principios en los contratos bilaterales de tracto sucesivo, particularmente cuando se alega la teoría de la impresión, porque si se invoca una, así sea de manera pasiva se está haciendo alusión a la otra. Adicionalmente, agrega la autora, que la “normalización” del uso de la cláusula (Revilla Giménez, 2017), está determinada porque el juez se ampare en la imprevisibilidad de las condiciones económicas, las cuales, como ya hemos mencionado, España y gran parte de la Comunidad Europea han sufrido crisis económicas. En este sentido la profesora plantea:

A lo largo de la resolución el Tribunal Supremo centra la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* en la imprevisibilidad de las circunstancias, para intentar su normalización a través de los parámetros de la buena fe y la excesiva onerosidad, y desde el punto de vista del derecho comparado, el reconocimiento del que gozaba en el Derecho europeo (Revilla Giménez, 2017, p.187).

En la misma línea crítica a los planteamientos del TS están los que ponen de presente, lo que ellos denominan una “confusión” generada con ocasión de los fallos del tribunal. Por ejemplo, los juristas Yerga y Badarji, quienes dice:

Esta brevísima referencia a la TS, 1ª, 30.6.2014, aunque lo es a modo de *obiter dictum*, parece considerar vigente la doctrina tal cual se expuso en esta sentencia, lo que

en vista de las resoluciones que acabamos de comentar no hace sino generar mayor incertidumbre sobre cuál será el criterio que finalmente sienta la Sala Primera sobre esta cuestión (Yerga & Bardají, 2015, p.11).

Respecto a lo anterior hay que decir, que los argumentos expuestos son bastante cuestionables. Es decir, es respetable que un sector de la doctrina no esté de acuerdo con los argumentos de los fallos del TS. Pero, en este caso concreto, esgrimir que, en los contratos a largo plazo, las partes debieron prever una cláusula que resolviera una eventual alteración del mercado, y por tanto es procedente aplicar el principio de *rebus sic stantibus* por parte del Tribunal. El argumento expuesto no ataca la médula del debate, precisamente porque se trata de un principio que en ocasiones le sirve de fundamento al operador jurídico al momento de resolver la controversia.

Además de lo anterior, no es razonable pensar que, para una de las partes por el hecho de no haberse percatado de incluir una salvedad en el contrato, respecto de la variación de los cánones de arrendamiento, es óbice para negársele la posibilidad de aducir la onerosidad que implica cumplir lo pactado, con ocasión de los considerables cambios de las variables macroeconómicas.

Ahora bien, en el escenario de la tensión entre los dos principios, hay situaciones en las cuales el TS, de forma implícita ha reconocido dicha tensión, manifestando que no es posible aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* cuando se trata de contratos de opción y cuando se trata de derecho de superficie, por estar sometido a reglas especiales. Esta es la reflexión que hace la abogada Leonseguí, quien manifiesta lo siguiente:

Si como pone de manifiesto la TS de 26 de julio de 1993 «la cláusula *rebus sic stantibus* es fruto de la equidad y del principio equilibrador de las prestaciones en los negocios onerosos», y la TS de 6 de octubre de 1987 niega la aplicación de la cláusula al derecho de superficie que «por su carácter de derecho real con virtualidad *erga omnes* e inscribible en el Registro de la propiedad (...) está sometido a un estatuto, cuya rigidez no encaja con las doctrinas propugnadas por la recurrente (aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*) que son propias de las relaciones negociales de índole personal dentro del campo del derecho de obligaciones (Leonseguí Guillot, 2012, p.242).

Hay quienes dan cuenta de la tensión entre los dos principios, pero no lo hacen necesariamente a partir de las críticas a las sentencias del TS, sino que consideran que hay un vacío legal, y, por tanto, puede ser completado por el legislador. La cuestión es que, si el legislador no asume su rol, a los jueces no les queda más alternativa que resolver las controversias jurídicas con las fuentes tradicionales de su sistema. A pesar de lo anterior, la profesora Vivas Tesón, plantea:

Dicha ineficacia contractual se sitúa entre el dogma de la fuerza obligatoria del contrato y la conveniencia de poner límite al excesivo sacrificio de un contratante que, como consecuencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, se encuentra seriamente perjudicado por un contrato que, de manera sobrevenida, se ha transformado en desfavor suyo. Si no contase con el derecho a desistir del contrato ni tampoco se tratara de un supuesto de imposibilidad sobrevenida, se vería en un callejón sin salida preso de su propia voluntad (Vivas Tesón, 2010, p.142-143).

En síntesis, hay críticas a las posturas del TS en lo referente a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Un sector de la doctrina de le parece acorde los lineamientos establecidos por el alto tribunal, mientras que otro considera que su aplicación ha sido inadecuada. El debate sigue planteado y con ocasión de la pandemia generada por el Covid19, en el futuro cercano será objeto de controversias la teoría de la imprevisión.

1.8.2 Los principios *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*; como complemento.

En este numeral, se ubican los que piensan que es afortunado que el TS aplique el principio cláusula del *rebus sic stantibus*, porque le sirve al juez como criterio, y lo hace con fundamento en las circunstancias sobrevinientes que alteran las condiciones equitativas del contrato, porque logra la equidad. A estos los llamaremos los equitativos.

Postura que además desde la perspectiva de la filosofía del derecho tiene menos arraigo en el positivismo imperante en nuestra época, y, por el contrario, encuentra un criterio extra sistémico al derecho, como la equidad, como parámetro al momento de tomar decisiones jurídicas. Por ejemplo un sector de la doctrina, que plantea que se está modificando el argumento sustentado en la teoría subjetivista (Castiñeira Jerez, 2014), y se está pasando a las objetivista, que considera adecuada la postura del TS tanto que, está logrando diluir el antagonismo de los dos principios, y por el contrario, los está haciendo compatibles, o complementarios. En este sentido el profesor Castiñeira, valora como *acertada* (Castiñeira Jerez, 2014) la decisión del TS. Al respecto dice:

En este sentido, la fundamentación objetiva de la figura, alejada de los anteriores criterios subjetivistas, resulta ya claramente compatible con el sistema codificado.”

Afirma el TS, además, que la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* no es incompatible con la aplicación y plena vigencia del principio *pacta sunt servanda*, en la medida en que la aplicación de la doctrina se deriva de otras reglas y fundamentos igual de importantes y compatibles con dicho principio, en concreto, la regla de la conmutatividad y el principio de la buena fe (Castiñeira Jerez, 2014, p.7)

Por su parte la profesora Martha L. Neme V., contraviniendo a quienes están en la “orilla” de la tensión de los principios, manifiesta que, en ocasiones, las eventuales contradicciones que se encuentran entre uno y otro principio son aparentes y por el contrario lo que hacen es complementarse a partir del principio de la buena fe. En este sentido dice:

La propia complejidad de las reglas *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, así como los innumerables puntos de contacto entre una y otra, ponen en evidencia una serie de antinomias entre las mismas, la mayor parte de las veces aparentes, cuya resolución debe ser afrontada a la luz del principio común del cual emana: la buena fe. (Neme, 2014, p.21)

Estas posturas, se sustraen de las permanentes críticas por parte de la doctrina a las sentencias del TS. Asumiendo cierto sentido de complementariedad o de sistematicidad en las instituciones jurídicas del *pacta sunt servanda* o el *rebus sic stantibus*. Desde esta perspectiva el principio de buena fe se convierte en un articulador de los principios, y según estos autores, acaba con la pugna que tradicionalmente otros han identificado.

Sumados a las posturas que hemos mencionado en lo que consideramos el lado doctrinal, que valora de manera positiva los recientes pronunciamientos del TS sobre la cláusula del *rebus*

sic stantibus, también se encuentran quienes argumentan, que, de no hacerlo corresponde con una postura formal, rígida y decimonónica del derecho. Es decir, los pronunciamientos del TS, por el contrario, los ven como una postura progresista y contemporánea del derecho. Para reafirmar su tesis, a diferencia de los críticos del TS, proponen, necesariamente acudir a la figura del *rebus sic stantibus*, porque logra el equilibrio contractual, y en algún sentido la justicia.

Por ejemplo, Encarnación Fernández-Ruiz quien por supuesto, previamente, hace las salvedades correspondientes, en el sentido de que si bien es cierto el juez debe encontrar el *quid ius* (Fernández Ruiz, 2016) del asunto, esto es, el análisis de las circunstancias y las relaciones jurídicas que rigen el vínculo contractual en su origen, pero también en su cumplimiento. Además de buscar un equilibrio al aplicar la cláusula, sin atentar contra la seguridad jurídica.

Resuelto el anterior presupuesto, la autora pone de presente que al juez pretender aplicar la cláusula del *rebus sic stantibus* se puede presentar “la tensión entre seguridad y justicia, entre autonomía de la voluntad y exigencias objetivas de la realidad y entre permanencia y evolución” (Fernández Ruiz, 2016, p.292). A posteriori, afirmará que es posible resolver la tensión, revisando detalladamente las condiciones que la tradición jurisprudencial ha establecido, y que, al analizar las sentencias del 17 de enero de 2013, del 30 de junio de 2014 y del 15 de octubre de 2014; en su criterio, el TS, lo hizo de manera adecuada. En otros términos, califica como objetivos los argumentos y análisis, llevados a cabo por el fallador (Fernández Ruíz, 2016), queriendo significar acertados. Por esta razón la ubicamos en el contexto de quienes no encuentran una pugna no sólo en los principios objeto de este escrito, sino que encuentra argumentativamente sólidos los fallos y pronunciamientos del TS. En este sentido dice:

La reciente revisión por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de su posición acerca de la doctrina *rebus* ha incorporado los resultados de esta elaboración técnico-jurídica en las SSTS de 30 de junio y 15 de octubre de 2014, lo cual ha permitido aplicar la doctrina *rebus* sobre bases objetivas o por lo menos objetivables y sin detrimento de la seguridad jurídica. (Fernández Ruiz, 2016, p.318).

Es de resaltar que quienes asumen con una connotación positiva los pronunciamientos del TS, argumentando que el desconocimiento de la cláusula corresponde con una interpretación del derecho antigua, conservadora y formalista. Por el contrario, el hecho de que el Tribunal reconozca dicha cláusula contribuye, entre otras cosas, a la equidad. En este sentido Rivera plantea:

La cláusula *rebus sic stantibus* se erige, precisamente, como uno de esos institutos que moralizan el frío rigor de las normas del Derecho obligacional, al igual que la teoría de la causa, cuestionada fuertemente actualmente en el espacio europeo, las obligaciones naturales, cuya relevancia práctica –se dice– es escasa, entre varios otros institutos, teniendo aplicación –aunque restringida según la jurisprudencia– en el Derecho civil (Rivera Restrepo, 2015, p.45).

Un argumento adicional de este sector de la doctrina es que el acervo jurisprudencial y doctrinal y la consecuente aplicación de la “cláusula” es vista como un insumo para el juez decidir al momento que se presenten eventuales alteraciones a lo pactado en el contrato, es decir, volvemos al escenario del ya mencionado lugar de importancia que asumen estos principios como fuentes del derecho, y por tanto como criterios para el juez al momento de proferir su fallo.

Esta postura es contraria a la que argumenta críticas contra el TS, se sitúa en el deudor de la obligación que, en determinada circunstancia, está en la imposibilidad de cumplir con la

prestación, porque por causas no imputables a él, le resulta demasiado onerosa. Así, el juez de la causa debe acudir a la “cláusula” como un deber de justicia y equidad, que se aplica es en el momento de cumplir con la obligación y no en las circunstancias que dieron nacimiento al negocio jurídico. En este sentido otro jurista español plantea:

Dentro de las soluciones de tipo judicial nuestra jurisprudencia exhuma un viejo procardo medieval, "*contractus qui habent tractum succesivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*". Esta denominada cláusula sobreentendida o tácita, que al parecer existe en todos los contratos de tracto sucesivo ("*rebus sic stantibus*"), permite que al alterarse las circunstancias pueda revisarse o resolverse el contrato. Los antecedentes y el fundamento de esta solución de tipo judicial (cláusula "*rebus sic stantibus*") constituye el objeto de este trabajo porque precisamente ella es la que preferentemente utiliza nuestro Tribunal Supremo a estos efectos (Díaz De & Sevillano, 1996, p.73).

Así, esta perspectiva de interpretación, sin esclarecer una postura en favor o en contra de los pronunciamientos del TS, no es crítica del alto tribunal y trata de hacer un desarrollo histórico y conceptual de la *cláusula rebus sic stantibus* en España. Mientras que el profesor Freytes sí realiza un análisis del eventual cambio del enfoque tradicional que -según su criterio- presentó los recientes pronunciamientos del TS. Este autor considera como apropiados los fallos del TS, y a diferencia de sus críticos los califican como pertinentes, al aplicar la cláusula del *rebus sic stantibus*, se justifica haciendo un paralelo entre la “la vieja” tradición jurídica, y la “nueva” manera de avocar la teoría de la imprevisión. En esta misma línea está Alejandro Freytes, quien dice:

El Tribunal Supremo abandona la concepción tradicional de la doctrina *rebus sic stantibus*, objetiviza la aplicación de la excesiva onerosidad aportando los fundamentos del desequilibrio (que los finca en la causa y en la buena fe contractual), brinda las consecuencias que esa mutación provoca en el negocio afectado (adaptación por renegociación o resolución del contrato) y supera los requisitos tradicionales (imprevisibilidad absoluta y extraordinariedad del cambio de circunstancias).

Sin hesitación alguna, es este un buen comienzo en la ardua tarea de conceptualizar y definir el impacto de la mutación de las circunstancias fácticas existentes al tiempo del perfeccionamiento contractual, en pos de una eventual incorporación de la figura -a través de sus múltiples especies ya acogidas en el ordenamiento comunitario: imprevisión, presuposición, etc.- al sistema positivo español (Freytes, 2017, p. 256).

Este autor, como (Díaz De Lezcano Sevillano, 1996) también se fundamenta en la premisa latina *contractus qui habent tractum sucesivum et dependentiam defuturum rebus sic stantibus intelliguntur* (“los contratos a término o de tracto sucesivo se entienden permaneciendo las cosas en el mismo estado”) (Freytes, 2017). Coincidimos con este autor en el sentido de que el principio no tiene origen el derecho romano, pero con ocasión de la discrecionalidad que se le concedió al juez a partir del *bona fide negotia*, en ese contexto, ellos podrían dirimir las controversias de manera equitativa. Este autor encuentra una tensión en la postura tradicional que había mantenido el Tribunal Supremo con fundamento en la Ley de Navarra citada anteriormente.

En síntesis, hemos analizado en este último acápite una serie de autores que, con ocasión de las sentencias del TS referidas a los principios de *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, en los cuales el Tribunal aplica este último como criterio de equidad y justicia; se diferencian sustancialmente de las posturas críticas contra las sentencias del órgano judicial, fundamentados en los argumentos expuestos. Uno de los planteamientos que surgen en la discusión, es la alusión a las teorías de la causa y el negocio jurídico, además del principio de la buena fe.

CAPITULO III. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y SU CONTRASTE ENTRE LOS FALLOS DE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA.

LA EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO CIVIL Y EL CONTRASTE DE JURISDICCIONES

La epistemología es un subcampo de la filosofía que tiene por objeto estudiar y analizar las formas de aproximación al conocimiento. Es decir, se ocupa de que el conocimiento en cuanto a su construcción y por tanto reflexionar si este es consistente, coherente y con explicaciones racionales. En el campo concreto del Derecho, la epistemología jurídica indaga en torno al sujeto cognoscente, las problemáticas del Derecho como campo del saber: como objeto. Además de analizar, criticar y establecer los fundamentos conceptuales y teóricos en cuanto a los métodos de aproximación de este. Según Marrero es: Es una parte de la filosofía del derecho que aplica los métodos e ideas de la epistemología general al estudio de los procesos cognitivos en el campo del derecho (Marrero, 2015)

A pesar de que a lo largo de la historia en el desarrollo del conocimiento subyace la reflexión sobre las metodologías, las formas de aproximarse al mismo y las validaciones, en el campo jurídico estas reflexiones pertenecen más al pensamiento contemporáneo del Derecho, en razón a que por diferentes dinámicas sólo desde la modernidad hasta el siglo XX se realizaron reflexiones en torno al Derecho como disciplina y su relación con la ciencia, entre otras razones por la confluencia de fenómenos históricos, políticos y sociales que inducirán a cuestionar sobre la forma como se construye el Derecho en la sociedad.

Podríamos afirmar que no hay un cuerpo epistemológico propio del Derecho que se haya construido desde la antigüedad. Pero si es indudable que desde la época antigua hasta la actualidad hay un acervo de reflexiones en torno al conocimiento que tuvo incidencia en la forma como se fue configurando el Derecho como área de conocimiento. Así, desde el mundo de las ideas de Platón y la lógica de Aristóteles; la patrística de Tomás de Aquino y la escolástica de Agustín de Hipona en la Edad Media; el empirismo en la modernidad, las tesis de Kelsen; hasta la teoría crítica en el siglo XX el Derecho como un subcampo del saber se vio permeado por los nociones, conceptos, hipótesis y teorías de cada etapa de reflexión epistémica.

Hasta finales del Siglo XX las reflexiones epistemológicas del Derecho se habían realizado desde la filosofía del derecho. Sumado a lo anterior la obra de Kelsen, la “Teoría pura del Derecho” al comienzo del siglo XX, consolidará la teoría jurídica (Mejía Quintana, 2006). Lo que permitirá diferenciarla de la filosofía del derecho como campos de reflexión sobre un mismo objeto. Y desde estos dos subcampos se seguirá reflexionando sobre temas epistemológicos del Derecho.

Adentrados ya en la epistemología jurídica, en la comunidad académica hay dos frentes de estudio: uno que se ocupa del derecho sustancial y otra del derecho probatorio, tal como lo plantea Páez:

Tradicionalmente, el término se había utilizado para hacer referencia al conocimiento *del* derecho. En su nueva acepción, el término designa más bien el estudio de los problemas en torno al conocimiento de los hechos, en el marco de un proceso judicial. Una expresión equivalente sería *filosofía de la prueba jurídica* (Páez, 2015).

El Derecho como campo de estudio (Bourdieu, 2000) se ha visto afectado en su configuración por estas y otras formas de aproximarse al conocimiento. La anterior afirmación es aplicable desde una perspectiva del Derecho en general, esto es, el que integra el ordenamiento jurídico como medio de regulación del Estado. Lo que implica la integración del derecho penal, administrativo, internacional, etc. Y dentro de cada área, por ejemplo, el derecho privado unos subcampos como el derecho comercial, de familia y civil. A pesar de que el derecho como medio de regulación del Estado es uno solo, cada una de estas áreas ha desarrollado metodologías y formas propias en la forma de analizarse, interpretarse y aplicarse a los casos concretos.

Ejemplos de lo anterior se identifica en cuanto al desarrollo epistemológico de los Derechos Humanos y otra el derecho civil. En razón a que sus objetos y sus formas de argumentación y validación adquieren dinámicas diferentes. Los Derechos Humanos tiene una fundamentación filosófica en torno a la dignidad humana, concepto que es relativamente reciente, en razón a que surge con ocasión del final de la II Guerra Mundial. Mientras que el

derecho civil ha mantenido una tradición de sus instituciones jurídicas desde el derecho romano hasta nuestros días.

Otro ejemplo es si comparamos el derecho internacional frente al derecho comercial, en el primero los actores son sujetos internacionales como Estados u organizaciones internacionales, con una regulación difusa, dependiente de dinámicas políticas, donde los jueces no tienen la jerarquía funcional que mantienen al interior de los Estados. Mientras que en el derecho comercial los actores por regla general son comerciantes, con una regulación más profusa, unas reglas de juego más concretas donde hay terceros como jueces y árbitros para resolver las eventuales controversias que se presentan entre los particulares.

Similar a las diferencias anteriores, sucede si comparamos el derecho penal y el derecho de familia. El primero con una densidad conceptual y una categoría que tiene como punto de partida como es: la *última ratio* es decir la postrera posibilidad a la que acude el Estado para resolver las controversias de los particulares, y tiene como fin proteger los bienes jurídicos de la sociedad. Entre otras razones por las implicaciones tan fuertes del derecho penal sobre la vida del individuo y la condición humana, como restringir la libertad y el ejercicio de derechos fundamentales que le son consustanciales.

Diferente a lo anterior sucede con el derecho de familia que es diametralmente opuesto a la *última ratio* penal, porque está presto a intervenir en los asuntos de los particulares y su ámbito fundamental es la familia. Y tiene como uno de sus actores centrales a los menores de edad, con todo lo que eso implica. Estableciendo como prioridad estos sujetos de derecho y de manera explícita ubicando sus derechos por encima de la comunidad. Por eso nuestra

Constitución Política plantea en su artículo 44 que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Todo lo anterior, para concluir que a pesar de que el Derecho como disciplina o como un área del conocimiento, a lo largo de la historia ha desarrollado sus propias categorías conceptuales y hermenéuticas, y que cada área del derecho en particular también ha adquirido unas formas de aproximación e interpretación que le son propias. Recogiendo la reflexión anterior, nos interesa analizar cómo se ha presentado esta cuestión en lo referente al derecho civil. Preguntarnos si esta área del Derecho tiene sus propias formas epistemológicas, y si eventualmente las tiene poder identificar cuáles son.

Como dijimos anteriormente, en razón a que no hubo desde la época antigua un cuerpo sistematizado de reflexiones sobre el Derecho como campo del saber, entonces nos correspondería indagar a nivel histórico cuáles han sido las deliberaciones epistémicas del Derecho. Por consiguiente, nos correspondería indagar en la Grecia antigua, la edad media, la modernidad y la época contemporánea. Además de los mencionados anteriormente, como el idealismo absoluto de Hegel (Hegel, 1985) y el idealismo trascendental de Kant (Kant, 2007), los planteamientos de Marx (Marx, 2008), el Vitalismo de Nietzsche, el Positivismo de Comte (Comte, 1934), el existencialismo de Kierkegaard, Martin Heidegger y Jean-Paul Sartre; y la Teoría Crítica de la Escuela de Frankfurt (Horkheimer, 2003). No nos puede faltar las reflexiones de la propuesta de Hans Kelsen (Kelsen, 2009), Hart (Hart, 1961) y Bobbio (Bobbio, 1993b) entre otros.

LA EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO EN PARTICULAR

Como mencionamos anteriormente, la indagación de un estatuto epistemológico del Derecho parte de reconocer que el Derecho visto como cuerpo de normas que integra el ordenamiento jurídico carece de una base conceptual para comprender fenómenos de la realidad social y por tanto de una red de conceptos propios que se autoconstituya en un campo de investigación (Botero Uribe, 2005).

Lo anterior significa que el Derecho concebido como el conjunto de instituciones jurídicas, no cuenta con las categorías conceptuales que son propias de las ciencias sociales en cuanto a la investigación, pero sí ha sido objeto de reflexión como concepto y de su quehacer (Bunge, 2011). A pesar de eso, los juristas sí han construido a lo largo de la historia un acervo de reflexiones en torno a la interpretación del Derecho como disciplina (Botero Uribe, 2005). Los filósofos del derecho han ido más allá de la interpretación y aplicación del derecho, por cuanto han cuestionado sus definiciones, metodologías, finalidades, entre otras cosas.

Las reflexiones mencionadas por evidentes razones han comprendido aspectos que van más allá de la interpretación. Lo que ha abarcado aspectos como la definición del Derecho (¿qué es?); las formas de aproximación (el/los métodos); sus finalidades (teleología) y su relación con la justicia (la legitimidad). Esta dinámica sí ha dejado como resultado un continente de nociones, conceptos y teorías que corresponden a la disciplina del Derecho. Podríamos afirmar que han sido abarcadas por la filosofía del derecho a partir de las categorías de la legalidad, legitimidad, eficacia (Mejía Quintana, 2006); (García Amado, 1993) y podríamos añadir la interpretación porque implica la articulación de las anteriores variables (Kalinowski, 1982). Lo que implica reconocer que, si se trata de indagar sobre la existencia del estatuto epistemológico del Derecho,

esa reflexión ha sido objeto de la filosofía del derecho. Y posteriormente de la teoría jurídica (Mejía Quintana, 2006).

Teniendo en cuenta lo anterior, nos surge una pregunta adicional y es si la filosofía del derecho se ha preguntado por un estatuto epistemológico del derecho civil. Esto debido a las características propias de cada área del derecho, tal como lo explicamos en párrafos anteriores. Nos parece interesante reflexionar en este aspecto, porque a priori podemos afirmar: Que nos contribuye a dilucidar la cuestión hermenéutica de la teoría de la imprevisión. Porque esta institución jurídica surge desde el derecho privado.

Como punto de partida podemos decir que el derecho privado en Colombia, entendido como el subcampo del derecho que se ocupa de regular las relaciones entre los particulares, comenzó con la tradición de del derecho traía una inercia de la Legislación de Indias impuesta por la Corona Española, hasta el proceso de Independencia entre 1810 y 1819.

Posteriormente ya constituidos como República será impostado por el Código Civil de chileno Andrés Bello que entró en vigencia en 1873 (Hinestrosa, 2006). Por tanto, la interpretación del derecho se circunscribiría a los lineamientos interpretativos que este había recogido del Código Civil Frances y del derecho romano. sería una especie de mezcla entre el derecho civil francés, *los métodos romanistas y privatistas alemanes* (López Medina, 2004) y la obra de Hans Kelsen, que se sintetizaría en el *formalismo jurídico* o *clasismo jurídico* (López Medina, 2004). Este *clasismo* sería cuestionado en la década de 1930 (López Medina, 2004), pero finalmente la tradición jurídica lo impondría años después, lo cual se vería reflejado en las obras civilistas de:

Los materiales con los que se construyó el clasismo en Colombia son, como veremos, el

Código Civil, la Ley 153 de 1887 (que le sirvió como manual de uso iusteórico al código) y la primera y muy innovadora generación de comentarios y tratados de derecho privado que analizaron el código que fueron ampliamente usados en la formación de los nuevos civilistas: entre ellos, todos de la última década del XIX, están las “*Explicaciones de derecho civil chileno comparado*” de Luis Claro Solar (Santiago de Chile, 1898), el “*Estudio sobre el derecho civil colombiano*”, de Fernando Vélez (1ª Edición, Medellín, 1898, 2ª edición, Paris, 1924), el “*Tratado de derecho civil colombiano*”, una colaboración entre el francés Edmond Champeu y el colombiano Antonio José Uribe (París, 1899) y, finalmente, el “*Curso elemental de derecho civil colombiano*”, de Eduardo Rodríguez Piñeres (1ª edición en Paris, 1919, la 2ª en Bogotá, 1923 y la 3ª, muy tardía, en Bogotá, 1990) (López Medina, 2004).

Esta sería la *conciencia jurídica* (López Medina, 2004) que se impondría en Colombia en materia civil, la cuál de alguna forma irradiaría las demás ramas del derecho. Por tanto, la epistemología de este subcampo jurídico obedecería a las lógicas del clasismo descrito. El cual fue objeto de críticas por parecer inconsistente. Hasta que aparece la obra de Hans Kelsen la cual, para la comunidad de juristas le impondrá una impronta de consistencia argumentativa y que se podría denominar *neoclasicismo* (López Medina, 2004). Posteriormente, la Constitución de 1991, impondría otras lógicas, porque la creación de la Corte Constitucional y sus pronunciamientos jurisprudenciales impondrá otros criterios hermenéuticos al derecho privado.

El análisis anterior, de la epistemología tradicional del derecho privado, en oposición a un enfoque más amplio y contemporáneo del mismo, será desarrollado en el capítulo concerniente al neoconstitucionalismo. Pero este análisis de las formas de aproximarse al conocimiento del

derecho civil, como el *clasismo* explicado anteriormente, será la forma tradicional de abordar el derecho privado, frente a unas posturas contemporáneas más ajustadas a las realidades y a las particularidades de los casos concretos. De antemano quedan descritas dos visiones diametralmente opuestas, la del clasismo acogida durante más de un siglo por la Corte Suprema de Justicia, en confrontación con el neoconstitucionalismo aplicado por la Corte Constitucional.

En Colombia el derecho privado contemporáneo avocará aspectos de la vida social que tradicionalmente no había hecho o abordado: Como la justicia, el matrimonio gay, los derechos de los animales, la incapacidad, entre otros. En los cuales se presentará una especie de giro hermenéutico y por tanto un enfoque epistémico distinto al tradicional.

PRONUNCIAMIENTOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES EN COLOMBIA

Son varias las reflexiones en torno a la teoría de la imprevisión en Colombia (Hinestrosa, 2020); (Becerra Toro, 1997. Pág.35); (Rocha Alvira & Martínez Cárdenas, 2009); (Caro Nieto & Castro De Cifuentes, 2018); (Polidura Castillo, 2017). Así la doctrina jurídica ha indagado sus antecedentes, importancia y característica como tipología teórica y que de forma medular se subsume en el principio de derecho *rebus sic stantibus*.

Como principio, es decir, como una categoría normativa que no tiene la característica de una regla jurídica porque no se les distingue el supuesto de hecho que de manera general tienen las reglas (Zagreblesky & Marina, 2011. Pág 110). En ocasiones son propios de un área del Derecho como el enriquecimiento sin justa causa o el abuso del derecho en materia contractual, en otras circunstancias -por su naturaleza- son extensibles a varios subcampos del ordenamiento jurídico, porque le son útiles al operador jurídico para resolver las controversias conservando su

esencia pero acogiendo las particularidades de cada área del Derecho, como sucede con la buena fe, que incluso en materia penal se ve menoscabada con una falsedad o con una estafa. Además, los principios son pertinentes –sobre todo- cuando el derecho positivo es insuficiente para el juez resolver el caso concreto.

De conformidad con lo anterior y como quiera que en el caso colombiano no hay norma expresa que en materia civil consagre la teoría de la imprevisión, tal como lo señala la Corte Constitucional (Sentencia T-726 de 2010), la puerta de entrada a nuestro ordenamiento jurídico es el artículo 8 de la ley 157 de 1887 que consagra la analogía como una de las posibilidades que tiene los juristas para aplicar el principio del *rebus sic stantibus*. Esta norma expresamente dice “*Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho*”. De esta manera se abre la posibilidad de que los juristas acudan a esta institución jurídica en su ejercicio hermenéutico.

Dicho ejercicio se ha llevado a cabo por el sistema judicial colombiano, pero en casi cien años de tradición jurídica hay un enorme contraste entre la poca o casi nula aplicación que se ha presentado con la teoría de la imprevisión en materia civil (Caro Nieto & Castro De Cifuentes, 2018), frente a su aplicación en otras áreas del derecho como el administrativo y la jurisdicción constitucional.

Es decir, a pesar de que las reflexiones doctrinales y jurisprudenciales confluyen recurrentemente citar las primeras sentencias de la Corte Suprema de Justicia desde el año 1936, durante varias décadas estamos ayunos de fallos que de forma concreta apliquen la teoría de la imprevisión en materia civil (Polidura Castillo, 2017). Mientras que su aplicación ha sido más

fluida en el derecho público por parte del Consejo de Estado y sin ambages por parte de la Corte Constitucional en lo que se refiere a las sentencias de tutela que amparan derechos fundamentales.

En esencia lo descrito anteriormente es nuestro problema de investigación. Dar cuenta, de cómo nuestro conflicto interno ha sido óbice para que la Corte Constitucional deba aplicar de manera rigurosa, eficaz y oportuna el principio *rebus sic stantibus*, en situaciones de personas que han sufrido el secuestro, desplazamiento y desaparición forzada. Es decir, nuestro conflicto interno que ha prevalecido durante varias décadas, con ocasión de problemas sociales de orden estructural, ha sido determinante para que al Corte Constitucional, nuestro órgano judicial de cierre, tome decisiones en lo referente a obligaciones que tienen como fuente contratos pero que por circunstancias ajenas al deudor, le ha correspondido al juez constitucional, revisar y modificar el cumplimiento de dichos contratos, sin eximir a la parte pasiva de la obligación del cumplimiento de la prestación.

1.9 LA IMPREVISIÓN Y SU INAPLICABILIDAD EN LA JURISDICCIÓN CIVIL EN COLOMBIA

En materia civil la sentencia más reciente y más significativa (Caro Nieto & Castro De Cifuentes, 2018); es la proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil el 22 de noviembre de 2012, con Magistrado Ponente William Namén Vargas. Se trata de la interposición del recurso extraordinario de casación interpuesto por el señor Rafael Martínez y otros particulares contra el banco Granbanco SA, con ocasión de una obligación adquirida a partir de un contrato de mutuo con intereses que tenía como propósito obtener el capital para la adquisición de un inmueble. Para este tipo de créditos el Estado colombiano creo una Unidad de

Peso Constante UPAC, -entre otras cosas- con el ánimo de inducir a las entidades financieras a facilitar los respectivos créditos a los particulares.

El recurso extraordinario de casación es contra una sentencia proferida en julio de 2009 por el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, es decir, un juez de menor jerarquía. El accionante buscaba que el juez modifique las condiciones de un contrato de mutuo y una hipoteca abierta suscrita como respaldo. La finalidad del recurso de casación es porque según el demandante resultaba excesivamente onerosa para el deudor en su ejecución.

Adicionalmente que dichos negocios jurídicos fuesen revisados y modificados, de acuerdo con las sentencias de la Corte Constitucional C-383, C-700 y C-747 de 1999, SU-846, C-955 y C-1140 de 2000; la Ley 546 de 1999; y una sentencia de mayo 25 de 1999 del Consejo de Estado. Y, por tanto, volver a liquidar los montos y devolver las cantidades a que haya lugar. Para este tipo de créditos el Estado colombiano había creado una Unidad de Peso Constante (en adelante UPAC), -entre otras cosas- con el ánimo de inducir a las entidades financieras a facilitar los respectivos créditos a los particulares. El cálculo de esta Unidad de Peso Constante UPAC fue establecido mediante la Resolución Externa del Banco de la República No. 26 del 09 de septiembre de 1994 y establecía:

Artículo 1. “El Banco de la República calculará mensualmente para cada uno de los días del mes siguiente e informará con idéntica periodicidad a las corporaciones de ahorro y vivienda, el valor en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante - UPAC-, equivalente al setenta y cuatro por ciento (74%) del promedio móvil de la tasa DIF efectiva de que tratan las Resoluciones 42 de 1488 de la Junta Monetaria y Externa No. 17 de 1993 de la Junta Directiva de las Doce (12) semanas anteriores a la fecha de cálculo.

Artículo 2. Lo previsto en el artículo anterior se aplicará para la determinación de los valores en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante –UPAC- a partir del 1º de octubre de 1994... (...)”.

Posteriormente esta fue modificada y el cálculo fue atado al DTF a través de la Resolución Externa del mismo ente No.18 del 30 de junio 1995, es decir ya no sería como lo establecía la anterior, sino que quedaba sujeta al “*interés promedio pagado por los bancos comerciales por los depósitos a término fijo*” (Corte Suprema de Justicia, 2012).

En otros términos, tal como lo dijo Eduardo Laverde Toscano el UPAC inicialmente se calculaba atado a “*la inflación, tal como originariamente se concibió el sistema, mediante los decretos 677 y 678 de 1972; o, las tasas de interés, tal como marginalmente y como mera recomendación (procurando, dice la ley) se consagró en la Ley 31 de 1992*” (Periódico el tiempo 31 de mayo de 1999 <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-897054>).

Este aspecto será determinante porque de manera posterior, cuando la Corte Constitucional avoca el conocimiento de una demanda sobre el Decreto 663 de 1993 Estatuto Financiero, declarará inexecutable la norma y por tanto la estructuración del UPAC, entre otras razones porque el gobierno se extralimitó en sus funciones al hacer una reglamentación de una ley contraviniendo normas de orden superior. Esto trajo como consecuencia que la figura financiera del UPAC dejara de existir.

Pero debido a que los valores del UPAC se modificaron por cuestiones de orden macroeconómico, generando un efecto inflacionario enorme, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, declararon inexecutable apartes del Decreto 663 de 1993, y nulo el artículo 1º de la Resolución 18 del 30 de junio de 1995 que ataba el cálculo del UPAC al DTF, lo que llevó

a la entidad financiera, -para dar cumplimiento a la Ley 546 de 1999 a reliquidar el crédito del deudor, y modificarlo a una nueva Unidad de Valor Real (en adelante UVR) que para contrarrestar los efectos nocivos descritos, estaría sujeta a los índices de Previos al Consumidor (en adelante IPC) y así concederle una especie de remedio por \$16.151.067, sin contar con el consentimiento de la deudora. La decisión de primera instancia fue negativa para el demandante y fue confirmada por el *ad quem*, es decir la Corte Suprema de Justicia.

La sentencia del Tribunal Superior de Bogotá objeto de revisión por la Corte Suprema, consideró que la imprevisión además de aplicarse a contratos sinalagmáticos de tracto sucesivo, también lo era para los unilaterales como el mutuo o comodato con prestaciones a cumplirse en el futuro. El Tribunal además reconoció como probados los efectos inflacionarios que tuvo el cambio de las reglas de juego en el UPAC, que fue objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional en las sentencias C-383, C-700 y C-747 de 1999 y del Consejo de Estado. Pero desestimó lo referente a los pagos que el deudor debió realizar en pesos. Porque según el Tribunal los efectos negativos del UPAC sólo se presentaron hasta el vigor de la Ley 546 de 1999, tiempo en el cual el deudor no estuvo en mora. Sólo hasta el año 2004 es que incurrieron en la mora.

Ya abocado el recurso de Casación el pronunciamiento de la Corte comienza por establecer la justificación social de la imprevisión, aduciendo que en determinadas circunstancias se pueden alterar los relativos equilibrios económicos de los acuerdos de particulares, por causas imprevisibles a las partes. Pero reconoce que en lo referente a la imprevisión no hay unanimidad en cuanto el Derecho comparado, aunque, a pesar de las diferencias, se confluje en la necesidad de revisión de las condiciones de cumplimiento de los negocios jurídicos.

Desde el punto de vista histórico planteó que en el derecho romano no hubo una regla general que tuviese los alcances modernos de la teoría de la imprevisión, y establece que el principio del *rebus sic stantibus* corresponde a la “escuela del derecho medieval inspirada en las fuentes romanas”. Es decir, es posterior al derecho romano.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia, después de realizar un estudio comparado sobre la Teoría de la Imprevisión coincide con autorizada doctrina ya citada en esta tesis, desde los antecedentes más antiguos como Africano y el derecho canónico, Bartolo de Sassoferrato. Luego da cuenta como el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756) incorpora la cláusula *rebus sic stantibus* e incluso da cuenta como el *common law* introduce una institución jurídica que se le asemeja.

A renglón seguido menciona el derecho francés desde la expedición de su Código Civil en 1804 por la prevalencia que le asigna al principio *pacta sunt servanda* desconoce la aplicación del *rebus sic stantibus*. Adicionalmente, el fallo da cuenta como el derecho alemán desarrolla el concepto base negocial subjetiva de tal modo que dicha base teórica fue recogida por una norma que entró en vigor en el año 2002.

En lo que se refiere al derecho español el fallo manifiesta que este no tiene norma expresa que mencione la teoría de la imprevisión, salvo su reconocimiento jurisprudencial, además de los debates doctrinales que se han presentado en torno al tema. La sentencia también hace referencia al Código Civil Italiano al mencionar la excesiva onerosidad como fundamento de la consagración de la cláusula en nuestro código del comercio, y la postura de la Corte Suprema de la República Popular China, además de otras legislaciones al plantear:

“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)”. Corte Suprema de Justicia, sentencia del (21) de febrero de dos mil doce (2012).

Después de este riguroso análisis por parte de la Corte Suprema de Justicia, establece los lineamientos que en su criterio se requieren para que la teoría de la imprevisión sea reconocida. Estos son:

1. La existencia y validez del contrato.
2. El negocio jurídico debe ser de tracto sucesivo o de ejecución en el tiempo, de conformidad con lo establecido en el artículo 868 del Código de Comercio, el cual dispone la regla para contratos de ejecución sucesiva, escalonada, periódica o diferida, cuyas prestaciones se proyectan en espacio temporal distante a su celebración.
3. Las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional deben ser sobrevinientes y darse en un espacio de tiempo con ciertas características. Debe ser posterior a la celebración del contrato, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato.

4. También 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.

5. Las circunstancias sobrevenidas al contrato, a más de extraordinarias, han de ser imprevistas e imprevisibles, y extrañas a la parte afectada.

6. Es indispensable un desequilibrio prestacional cierto, grave, esencial, fundamental, mayúsculo, enorme o significativo, y no cualquiera.

7. 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.

Pero más allá de la riqueza conceptual de la sentencia en mención, en este caso tal como lo planteamos al comienzo de este escrito, la Corte Suprema de Justicia no consideró pertinente la aplicación de la Teoría de la imprevisión al caso en revisión. Evidentemente, no podemos afirmar de forma categórica que esto obedece a una directriz particular de la Corte Suprema de Justicia, sino que *prima facie*, los reclamantes de la aplicación de la teoría de la imprevisión no han sido lo suficientemente argumentativos para que la Corte proceda a reconocerla (Caro Nieto & Castro De Cifuentes, 2018).

Las primeras sentencias de la Corte Suprema de Justicia en materia de Imprevisión.

Después de analizar la que consideramos la sentencia más reciente y relevante, y para verificar el argumento si se ha aplicado o no por parte de los jueces en Colombia. En este sentido, nos parece procedente revisar los fallos iniciales en materia de imprevisión. En el caso colombiano, nuestra literatura es recurrente en citar la sentencia 420568 del 29 de octubre de

1936, de la Sala de Casación Civil y Agraria, la cual tuvo como magistrado Ponente al Liborio Escallón (publicada en la Gaceta Judicial: Tomo XLIV n°. 1918 -1919, pág. 455 – 458).

Es el pronunciamiento más antiguo de la Corte Suprema de Justicia en lo referente a la Teoría de la Imprevisión. Se trató de un predio adquirido con una obligación hipotecaria satisfecha por los compradores en menor valor al contrato de compraventa inicial. El vendedor quiso reclamar la diferencia a su favor, demandando a los compradores la diferencia entre el valor de la compraventa y lo pagado por la hipoteca por los nuevos compradores. El vendedor recibe fallo desfavorable por parte de los jueces.

De acuerdo con el análisis realizado por la Corte que se llevó a cabo durante el fallo, se obtiene que la aplicación de la teoría de la imprevisión no procede porque esta teoría se aplica con la finalidad de modificar el contrato cuando se han presentado variación de las circunstancias, de tal modo que a la parte obligada le resulta muy oneroso el cumplimiento de la obligación.

Es por ello, que frente a lo solicitado por el demandante no procedió el fallo, debido a que los cumplimientos de las pretensiones fueron efectuados y no se generaron modificaciones circunstanciales en el contrato, por esta razón, la Corte Suprema no casó la sentencia, es decir, no modificó la sentencia de los jueces que funcionalmente están por debajo de su jerarquía. A pesar de lo anterior, -como ya dijimos- es fallo recurrentemente citado por nuestros los juristas, en razón a que la Corte hace distinciones de orden conceptual entre la autonomía de la voluntad, la teoría de la imprevisión, y las obligaciones contraídas de dar y hacer en el campo obligacional.

Se trató de un contrato de compraventa de un predio entre el señor Tomas Muñoz en calidad de acreedor y Emilio Hoyos en calidad de deudor, estableciendo que la forma de pago

del deudor debería realizarse a través del pago total del saldo de las obligaciones contraídas por el acreedor con el banco Agrario que ascendía a (\$4.598,15). Este predio previamente había sido comparado por el señor Tomás al Banco Agrícola Hipotecario por un valor de \$5.000 pesos, y había hipotecado dos predios a favor de la entidad bancaria. Esta obligación de saneamiento sería adquirida por el señor Emilio Hoyos en el contrato de compraventa que mencionamos inicialmente.

La problemática surge cuando se presenta un cambio inesperado en las condiciones de los créditos hipotecarios, dada la crisis económica mundial (los efectos de la crisis de 1929), de tal forma que le permite al señor Hoyos, sanear los bienes hipotecados por un valor de \$1.447,78, ahorrándose \$3.150, 37; suma que el acreedor, es decir, el señor Muñoz reclamó como un pago que le debía ser cancelado a él. Al respecto, la Corte negó dicha solicitud, aduciendo que el señor Hoyos había asumido una obligación de hacer, es decir de entregar los predios libres de gravámenes hipotecarios y no una obligación de dar o pagar un valor de \$4.598.15.

La Corte en esta sentencia, hizo referencia a la Teoría de la imprevisión sin tener relación directa con los hechos citados, porque si bien es cierto hubo una alteración en las circunstancias que generaron variaciones en el equilibrio de la prestación, dicha variación no constituyó una carga onerosa para el deudor, ni tampoco generó incumplimiento de la prestación al acreedor. Por el contrario, el deudor fue beneficiado financieramente y el acreedor obtuvo la satisfacción del cumplimiento de la prestación. Además, por tratarse de un contrato ya cumplido no era procedente la aplicación del principio.

Este pronunciamiento de la Corte inicia el camino de una serie de sentencias que se consideran precedente jurisprudencial, pero si se tiene en cuenta que no se aplicó la teoría de la

imprevisión, se puede inferir que es más una referencia conceptual que dada la recurrencia de su citación hay cierta confusión en la comunidad de juristas, en tanto que en términos prácticos en casi un siglo nunca se ha aplicado.

En otras circunstancias, si el contrato se hubiese revisado por la Corte en el momento de su ejecución, y se hubiesen tipificado los elementos esenciales de la imprevisión, como es un contrato sinalagmático, de tracto sucesivo, y que su ejecución implicara una carga más onerosa para el deudor por causas no imputables a él, tal vez la referencia a esta sentencia sería más coherente.

1.10 SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1936

Es una sentencia más antigua que la anterior, pero menos citada. Los hechos jurídicos consistieron en que el señor Jorge Ortiz celebró un contrato con el ministerio de correos y telégrafos en 1933 en el cual se comprometía a transportar el correo por los ríos de los Llanos Orientales y Arauca en lanchas, que inicialmente se pactó que fueran a vapor, pero posteriormente se acordó que fueran lanchas con motor; debido a esto al señor Jorge argumentó su incapacidad para cumplir con el contrato debido al excesivo incremento de los costos de operación del servicio, y a una serie de vicisitudes como: caídas de puentes, inundaciones y grandes sequías que impedían el uso de las embarcaciones. Adicionalmente, la ausencia de carreteras hasta el puerto dificultaba el traslado del combustible hasta las lanchas, generando un gran impacto en los costos de la prestación del contrato.

Ante los hechos mencionados, para la Corte no fue importante citar la teoría de la imprevisión, ni siquiera para rechazar su aplicación como sucedió en las anteriores sentencias.

Sino que se refirió a la fuerza mayor y el caso fortuito como situaciones que impiden el cumplimiento de un contrato. Y con ocasión de estos hechos, si tuvo una oportunidad para aplicar la teoría de la imprevisión, en razón a que, el cumplimiento del contrato por parte del deudor implicaba una situación más onerosa para él, pero la Corte no aplicó dicha teoría.

1.11 SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE 25 DE FEBRERO DE 1937

En esa época, a diferencia de la situación actual las demandas de constitucionalidad correspondían a la Corte Suprema de Justicia. La sentencia se trata de una demanda de constitucionalidad, más no a una demanda contractual, en la que el demandante pretende la inexecutable de varias leyes debido a la coyuntura económica que estaba atravesando el país, causada por la crisis mundial del año 1929; en este sentido la Corte señala que "*El problema aquí planteado, es el de dilucidar, dados los fenómenos económicos que trajo la crisis mundial, y la necesidad, no discutida, de regularlos, si el legislador tenía la facultad para decretar la rebaja de intereses sin consideración a los pactados bajo el imperio de una ley anterior*". Por tanto, la Corte declara ajustadas al ordenamiento jurídico las normas demandadas, argumentando que la teoría de la imprevisión no tendría lugar dentro del contexto de la sentencia dado que no era un medio para resolver prestaciones en curso que se volvieron excesivamente onerosas.

Así las cosas, la Corte cita la teoría de la imprevisión, aunque no se aplica al caso concreto, toda vez que corresponde a una demanda de constitucionalidad y no a un desequilibrio entre contratantes. Por tanto, ni el contexto de la sentencia, ni la definición que trae a colación la Corte va en coherencia con la aplicabilidad que se le debe dar a la teoría de la imprevisión.

1.12 SENTENCIA LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL 23 DE MAYO DE 1938

Se trató de un conflicto laboral entre Francisco Bravo y Pablo Rodríguez. Empleador y trabajador respectivamente, donde el señor Bravo le ordena de manera unilateral a su subordinado que se disminuya el sueldo en el valor de 50 pesos. Este no accede a su pretensión y entablan demandas mutuas. Los jueces que avocaron el caso conceden ciertas pretensiones a ambos, pero no acceden particularmente a una solicitud del señor Bravo fundada en el artículo 1602 del Código Civil que cita la teoría de la imprevisión, el cual dice “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”. La Corte hizo referencia a la esencia del artículo (*pacta sunt servanda*), pero aclarando que no se podía desconocer su extremo (*rebus sic stantibus*).

Teniendo en cuenta el contexto de la sentencia, en el que el señor Bravo no argumenta ninguna razón que justifique su solicitud de la disminución del sueldo del señor Rodríguez, por lo cual la Corte rechaza enfáticamente la invocación que, realizada por el señor Bravo de la teoría de imprevisión, porque la consideró inoperante y que no podía aplicarse sino a los contratos en ejecución y no a los ya cumplidos.

La Corte pone de presente que se pueden presentar hechos posteriores a la celebración contrato, y que por ser extraordinarios eventualmente pueden incidir en la revisión realizada por el juez en su momento de ejecución. Esgrimió además que, si estas circunstancias no previstas pueden inducir a que el contrato inicialmente celebrado pierda su finalidad, es por ello, que mediante el análisis del caso la Corte enfatiza mucho que cuando la parte no cumple lo celebrado

por fuerza mayor, no quiere decir que este se haga imposible para el cumplimiento de la obligación y por tanto no se verifican los presupuestos de la Teoría de la Imprevisión.

Considera, además, que es el juez es el encargado de determinar hasta qué instancia se obliga en la ejecución de un contrato o la eventual exoneración de las partes, dependiendo del caso. Si hubiese presentado las circunstancias que dieron lugar a adoptar nuevas condiciones en la celebración del contrato, el juez hubiese procedido en ese sentido. Pero consideró que dicho cambio no se presentó, por consiguiente, no aplicó los presupuestos de la Teoría de la Imprevisión. Además, que ninguna de las partes la alegó.

LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL

La jurisprudencia arbitral no ha corrido distintita suerte que la civil. Son considerables fallos, pero como ocurre con la jurisdicción civil, los laudos arbitrales han hecho referencia a la teoría, pero no la han aplicado para modificar las condiciones del cumplimiento de un contrato, por las contingencias que eventualmente se hayan presentado en el mismo. Los laudos en los cuales sí ha abundado la aplicación concreta de la teoría son los relacionados con contratos del Estado donde se ha reclamado por parte del contratista, el equilibrio contractual.

En correspondencia con lo anterior, Fernando Silva García (Silva García, 2007), realizó un trabajo de investigación sobre la jurisprudencia arbitral en Colombia en materia de imprevisión. Para ello, indagó los laudos arbitrales referidos al equilibrio económico del contrato público y privado, a partir de una revisión desde 1970 hasta 2004. Este ejercicio se realizó a partir de 68 laudos arbitrales, de donde se infieren 250 problemas jurídicos con sus eventuales soluciones. Para el investigador, el trabajo realizado por los tribunales de arbitramento cuenta con rigor conceptual y metodológico, además de un profundo ejercicio argumentativo de los

árbitros. Los laudos revisados se basaron en laudos que resolvieron controversias del derecho público y privado. Aunque en su gran mayoría están referidos al derecho público a partir de la contratación estatal y el equilibrio económico que debe derivar de la misma. Lo anterior pone de presente mayor tratamiento del tema que en el derecho privado.

La situación descrita ha sido objeto de críticas en ambas ramas del derecho, en el público porque la usanza es establecer en los contratos la cláusula compromisoria que establece que en una eventual controversia jurídica serán los tribunales de arbitramento los que resolverían la cuestión, así hay quienes infieren que es una causa por la cual el Estado es condenado recurrentemente, debido a que no son los jueces ordinarios de la jurisdicción contencioso administrativa los que resuelven las controversias del equilibrio económico.

Y la crítica desde el derecho privado, coincide con nuestra tesis en el sentido de que, así como la jurisdicción civil ordinaria –en estricto sentido- no ha aplicado la teoría de la imprevisión en materia contractual, la misma suerte han corrido los laudos arbitrales.

Según el Silva García (Silva García, 2007) una discusión históricamente permanente en el derecho público ha sido la obligación que se le impone al Estado de mantener el equilibrio económico del contrato, en consecuencia la jurisprudencia del Consejo del Estado siempre avaló dicho reconocimiento, pero de manera restringida. Pero con ocasión de un fallo –citado por Silva García - del Consejo de Estado en la sentencia del 9 de mayo de 1996, expediente 10151, se estableció un nuevo horizonte que comenzó a ser considerado en los laudos arbitrales posteriores a dicha sentencia. En el sentido de que “dio un giro importante al afirmar que el contratista tiene derecho a una indemnización plena en cualquier evento en que acaezca un hecho imprevisto e imprevisible” (Silva García, 2007). Pero a pesar del aparente cambio de paradigma en los

pronunciamientos sobre el equilibrio del contrato público, dicha situación no sucedió con la contratación privada “—dado que el fin perseguido es muy limitado, se trata de una teoría de alcance completamente excepcional. No tiene su correspondiente en derecho privado, y se diferencia completamente de la teoría general de la indemnización compensatoria” (el autor). Mientras que en derecho privado se han presentado alternativas a la aplicación de la teoría de la imprevisión, como la buena fe y la equidad natural (Polidura Castillo, 2017).

Desde esta perspectiva, los fallos arbitrales han presentado alternativas que según ellos pueden ser pertinentes para resolver las controversias relacionadas con el equilibrio contractual en del derecho privado. Es lo que se denomina “La corrección de situaciones atípicas de desequilibrio o excesiva onerosidad sobreviniente” (López Medina, 2008). Se denominan así, si se tiene como referente el artículo 868 del Código de Comercio el cual establece los tópicos que son necesarios para la aplicación de la teoría.

1.13 ALGUNOS LAUDOS ARBITRALES, NACIONALES E INTERNACIONALES DONDE SE HA CONTROVERTIDO CON LOS PRINCIPIOS *PACTA SUNT SER BANDA Y REBUS SIC STANTIBUS*

1.13.1 Laudo Arbitral No. 2478 de 1974 (*Laudo Arbitral No. 2478, 1974*)

Una compañía francesa demanda a una compañía por no haber entregado cierta cantidad de combustible a la que se había comprometido, debido a un cambio en el precio del petróleo, como consecuencia, el demandante aduce que esto es una violación del contrato de compraventa celebrado entre las partes. Mientras que el demandado establece que la no entrega del bien convenido se justifica porque i) una de las cláusulas del contrato establece que, en el caso de la devaluación del franco francés o el dólar estadounidense, las partes podrán examinar la situación

y tomar medidas para reestablecer el equilibrio contractual por las cantidades no entregadas y no pagadas. Esta cláusula se cataloga como una cláusula de imprevisibilidad y conlleva a una obligación de ajustar los precios del contrato inicial y de cambiar sus condiciones. ii) Adicionalmente, con la cancelación de las autoridades de Rumania de la licencia de exportación del petróleo o combustible conllevó a un caso de fuerza mayor, lo que para el vendedor significaría quedar exento de cualquier responsabilidad contractual por no haber entregado como correspondía el objeto pactado en el contrato.

Así, la Corte Internacional del Comercio estableció que, respecto a la primera afirmación, en la cláusula solo se encuentra el restablecimiento del equilibrio contractual para el evento en el cambio del franco francés o el dólar estadounidense, más no por el movimiento del precio en el mercado del petróleo, por lo cual, esta cláusula no significa que es una cláusula de revisión del precio. Además, esta cláusula no autoriza inmediatamente a las partes a cancelar el contrato si las negociaciones fallan. Pues, en este caso, el demandado pudo haber recurrido al arbitraje si consideraba que el nuevo precio era injustificado. Pues, la cláusula en ningún momento autorizaba al demandado a suspender unilateralmente las entregas previstas en el contrato.

Por otro lado, el segundo argumento tiene fuerza argumentativa y es aceptable. Sin embargo, para este caso, el demandado no invocó a tiempo la figura de fuerza mayor por la cancelación de la licencia de exportación por las autoridades de Rumania. Pero, de acuerdo con el contrato, la parte debía informar de esto a la contraparte sin demora alguna y por escrito de las consecuencias de la fuerza mayor. Por tanto, sin importar el precio que el demandante debió pagar para obtener las cantidades faltantes, se debe tener en cuenta que, bajo los principios generales de la ley encontrados en el Código Federal de las Obligaciones, la parte que fue afectada debe tomar todas las medidas necesarias para que esa afectación no incremente. Por lo

cual, la importancia del deber de notificar, cooperar y de mitigar por la parte afectada.

Para concluir, en este caso, cobra relevancia que en una situación en la que una parte se vea afectada, pero según el juez, debió hacer lo pertinente para reestablecer el equilibrio contractual así las condiciones del contrato cambien. Además, así las negociaciones fallarán entre las partes para establecer nuevamente el equilibrio contractual, esto no autorizaba a las partes a dar por terminado el contrato.

1.13.2 Laudo Arbitral No.8486 (*Laudo Arbitral No. 8486, 1996*)

Las partes realizaron un contrato de compraventa de una planta manufacturera de cierto producto relevante para el mercado turco, accediendo que el precio establecido era para toda la instalación. Dentro del contrato se estableció que, si el comprador no acepta el envío en la fecha establecida, deberá igualmente realizar los pagos en las fechas estipuladas en el contrato.

Además, en el contrato se estipuló en qué casos se podía aducir que hay exenciones “*Grounds of relief*” si se llegara a afectar la ejecución del contrato. Asimismo, se establecieron unos límites para los perjuicios y daños que pudieran ocurrir, en el que se estipuló que, si una de las partes debía compensación por daños, esta compensación no podía exceder el daño previsible al momento de firmar el contrato.

Por otro lado, se estableció una cláusula en la que se condicionaba al comprador al pago del 5% del precio de venta un año antes, y de abrir un crédito dos meses antes del envío de la mercancía. Debido a dificultades financieras el comprador solo pago el 3%, y no abrió el crédito en el tiempo estipulado. Por este motivo, la empresa manufacturera ofreció solo entregar la mitad de las instalaciones y el precio del contrato se modificó a la mitad del precio inicial. El

comprador le propuso al vendedor que se le redujera el 60%, pero la empresa manufacturera no accedió. Por lo cual, la empresa manufacturera inició el proceso de arbitraje, de acuerdo con lo estipulado en el contrato. La empresa manufacturera solicitó el pago correspondiente a la parte del sistema manufacturero que no podía venderse a otras personas debido a que fue realizado exclusivamente para el comprador turco. Así, el comprador turco argumenta que hay *hardship* debido a la baja de precios del producto en el mercado turco.

La Cámara de Comercio Internacional en adelante la ICC, consideró que la terminación del contrato por imprevisibilidad *hardship*, o clausula *rebus sic stantibus* no debe permitirse a menos que sea un caso excepcional. Además, los principios de *unidroit* establecen que, si en el contrato se produce una mayor carga económica para una de las partes, esta situación no es suficiente para asumir que haya *hardship*. En cuanto a los principios de la ICC sobre la fuerza mayor y el *hardship*, se ha establecido que no se puede argumentar por una de las partes que hay imposibilidad para cumplir con el contrato debido a que se ha vuelto poco rentable. Un ejemplo, es el caso de un Tribunal neerlandés que estableció que un decrecimiento abrupto en los precios de un producto o las fluctuaciones monetarias no justifican la terminación del contrato, pues estas dos situaciones se encuentran dentro las circunstancias previsibles y en la esfera de riesgos que debe tener en cuenta la parte afectada.

De esta forma, en el caso específico, la caída del precio del producto, así como la situación de comercio en Turquía solo es de preocupación para la parte demandada, siendo así, el riesgo recae en la esfera del demandado. Aquí hay que tener en cuenta que el demandado reconocía y previa la posibilidad de que esta situación comercial sucediera repentinamente en Turquía. Por lo cual, la ICC concluye que en este caso el demandado conocía el riesgo económico y comercial que podría causarse, y no se puede considerar como un caso de

imprevisibilidad. Por último, se debe tener en cuenta: i) el código civil neerlandés establece que la Corte puede modificar los efectos del contrato o resolver en parte o la totalidad del contrato a partir de la figura de la imprevisibilidad, si así lo solicita alguna de las partes, para situaciones que no eran previsibles para alguna una de las partes de acuerdo con criterios justos y razonables. Además, esta modificación o terminación del contrato puede tener efectos retroactivos, y no esto no debe realizarse si la/s situación/es debe/n ser soportada por una de las partes. ii). El Artículo 1.3 de los principios de la *unidroit* establece: “*Un contrato celebrado válidamente es vinculante para las partes. Solo puede modificarse o rescindirse de conformidad con sus términos o por acuerdo o según lo dispuesto en estos Principios*”. Entre otros, con fundamento en esta norma fue el fallo de la ICC.

1.13.3 Laudo Arbitral Juan Fernando Góngora Arciniegas vs. Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom (Laudo arbitral Juan Fernando Góngora Arciniegas vs. Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, 1999)

La regla *pacta* en el Estado de Derecho moderno, está sometida a excepciones: imprevisión, abuso del derecho, lesión subjetiva, principio de equidad, entre otras. El contratista busca su interés financiero, su beneficio, y tiene derecho a que se le asegure este mediante el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera.

1.13.4 Laudo arbitral Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. vs La Nación - Ministerio de Comunicaciones. Año 2000. (Laudo arbitral Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. vs La Nación—Ministerio de Comunicaciones, 2000)

La rigidez que daba al contrato el principio contenido en el artículo 1602 del Código Civil de que el contrato válidamente celebrado es ley para las partes, o sea “*pacta*”, que se reflejaba en el mantenimiento de las obligaciones contraídas por las partes de manera invariable, ha sido reemplazada por la flexibilidad del principio “*rebus sic stantibus*”, según el cual, el contrato debe mantenerse únicamente si subsiste aún la situación en que se hallaban las partes en el momento de la celebración.

1.13.5 Laudo Arbitral Aura Cristina Geithner Cuesta vs. Industria Electrosonera S.A
(*Laudo Arbitral Aura Cristina Geithner Cuesta vs. Industria Electrosonera S.A, 2001*)

En cuanto al *pacta* se establece que el juez debe respetar el acuerdo de partes celebrado por las partes, por lo cual no puede alterarlas para introducir apreciaciones personales. Además, la relación contractual debe entenderse circunscrita únicamente al texto de las cláusulas que conforman el contrato, siempre teniendo en cuenta la buena fe.

1.13.6 Laudo Arbitral No. 9479 (*Laudo Arbitral No. 9479, 2001*)

Hardship se presenta cuando ocurren eventos que alteran el equilibrio del contrato porque el costo del contrato, por ejemplo, cuando se ha vuelto muy oneroso el contrato para una de las partes. Además, para que se reconozca el *hardship* se debe tener en cuenta: i) el evento o situación debe ocurrir después de la ejecución del contrato, ii) debe ser un evento que no pueda preverse de forma razonable, iii) el evento debe estar por fuera del control de la parte afectada, iv) el riesgo producido por el evento o la situación no fue asumido por la parte que se encuentra en desventaja dentro del contrato. Se ha estipulado que si la Corte encuentra que hay *hardship* se puede: 1. terminar el contrato en una fecha y bajo los términos que se establezcan; o, 2. reequilibrar el contrato. En el caso, el Tribunal admite que se podría realizar una modificación al

acuerdo, pero no está convencido de que exista *hardship*. Asimismo, el Tribunal no acepta los argumentos del demandante sobre el cambio en la ley no puede ser una fuente de *hardship*, para el Tribunal esto si sucede cuando el contrato se vuelve muy oneroso para una de las partes. Sin embargo, para este caso, el Tribunal revisó la ley en disputa y no configuraba ningún desequilibrio contractual, por lo cual no tienen nada que ver con el *hardship*. Así, el árbitro confirma que si no se destruye el balance de las obligaciones no se puede constituir el *hardship*.

1.13.7 Laudo Arbitral Dragados Hidráulicos Ltda vs. Concesionaria Tibitoc S.A. (Laudo Arbitral Dragados Hidráulicos Ltda vs. Concesionaria Tibitoc S.A., 2022)

Pareciera que quedan contrapuestos dos antiguos y trascendentes principios: *pacta* y *rebus sic stantibus*. No hay, sin embargo, contraposición o contradicción alguna. El principio *pacta* es pilar de elementales necesidades de seguridad jurídica, pero su aplicación no es absoluta, sino que debe aplicarse sin perjuicio de otras instituciones igualmente trascendentes, como lo es la de imprevisión contractual. El contrato es ley para las partes en la medida en que no se hayan configurado los elementos constitutivos de la referida imprevisión. Es más, la misma regla según la cual los contratos son ley para las partes, reconoce que la fuerza normativa de los contratos puede quebrarse si se presentan ciertas causas que de conformidad con la ley son suficientes para determinar tal efecto. Y, precisamente, es la imprevisión contractual una de esas causas legales.

1.13.8 Laudo Arbitral Concesión Parqueadero Calle 90 S.A. vs. Instituto de Desarrollo Urbano, IDU (Laudo Arbitral Concesión Parqueadero Calle 90 S.A. vs. Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, 2003)

No es un caso que se centre en la discusión que hay entre el principio *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*. Se refiere al laudo arbitral de Beltrán Pinzón y Cía. S.A. contra Fondo Nacional de Ahorro (12 de mayo de 1999) sobre hechos no previsibles que afecta a una de las partes y que por tanto deben cambiar las condiciones iniciales para que se conserve el equilibrio o mantenimiento de la ecuación financiera del contrato.

1.13.9 Laudo Arbitral Exconvia Ltda vs. Dragados Internacional de Pipelines - DIAP S.A. (Laudo Arbitral Exconvia Ltda vs. Dragados Internacional de Pipelines—DIAP S.A., 2005)

Para el legislador no fue tarea fácil plasmar el principio del *rebus sic stantibus*, pues se presentaron grandes discusiones de tipo jurisprudencial y doctrinal en torno a si el principio del *pacta* consagrado en el artículo 1602 Código Civil tenía o no prevalencia sobre aquel. A lo que se llegó y que ha sido acogido por la jurisprudencia desde 1936, es que en aras de la justicia y de la equidad, es necesario que de presentarse una situación que genere un desequilibrio en la relación contractual, se aplique el principio *rebus sic stantibus* bajo estrictas y claras reglas, pues al fin y al cabo sigue prevaleciendo como regla fundamental, el principio de la normatividad de los contratos.

1.13.10 Laudo Arbitral Noarco S.A. Vic Ltda y Obras Especiales Obresca C.A vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P (Laudo Arbitral Noarco S.A. Vic Ltda y Obras Especiales Obresca C.A vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P, 2007)

Es posible que sobrepasando la diligencia de las partes en previsión de hechos que puedan afectar las condiciones de cumplimiento de sus obligaciones, acaezcan circunstancias de hecho diferentes a las existentes en el momento en que se pactó la obligación de manera tal que

tornan su cumplimiento en excesivamente oneroso para una de las partes. Frente a esta eventualidad la doctrina iusnaturalista entendió que existe una cláusula contractual implícita en los contratos de tracto sucesivo, dictada por la equidad, conforme a la cual las circunstancias de hecho existentes al momento en que se emitió la voluntad contractual deben mantenerse a lo largo de la ejecución del contrato. Principio que se formula en los siguientes términos:

contractus qui habent tractum succesivum et dependiant de futuro rebus sic stantibus intelliguntur. Así que ante el cambio de las circunstancias en que se realizó el acuerdo de voluntades, se le reconoce a la parte gravada por la alteración, el derecho a pedir la modificación de los términos de cumplimiento de las obligaciones a su cargo a fin de ajustarlos al cambio de circunstancias con el propósito de mantener el equilibrio entre prestaciones y contraprestaciones.

1.13.11 Laudo Arbitral P&P Construcciones S.A vs. Banco de la República (*Laudo Arbitral P&P Construcciones S.A vs. Banco de la República, 2008*)

En este caso se debate sobre la tensión de los principios *rebus sic stantibus* y *pacta sunt servanda* consagrado en materia contractual en el artículo 1602 del CC. y, desde luego, como relajación del principio de la fuerza mayor como causal de exoneración de la responsabilidad contractual en caso de incumplimiento. La jurisprudencia ha sido sumamente rigurosa en el análisis de las circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles posteriores a la celebración de un contrato de tracto sucesivo, de manera tal que al amparo de la teoría de la imprevisión no se abra un pretexto fácil para soslayar la intangibilidad de los contratos o se construya una figura reparadora de malos negocios, que mine la necesaria seguridad jurídica. De esta suerte, pues, los cambios deben ser verdaderamente graves, con entidad suficiente para que, excediendo notoriamente las previsiones de las partes, hagan intolerable, injusto y desorbitado el cumplimiento de la prestación pactada.

1.13.12 Laudo Arbitral H. Rojas y Asociados Ltda. Banco de la República (*Laudo Arbitral H. Rojas y Asociados Ltda Banco de la República, 2009*)

El contrato, tal como lo informa el artículo 1602 del Código Civil, es ley para las partes y una vez celebrado, debe ser atendido en los términos fijados por ellas, de los cuales no puede el juez apartarse sin quebrantar el principio recogido en la citada disposición. Caso distinto sería que se impusiera una revisión de dichos precios por una desproporcionada variación de las cantidades por construir en la medida que dicha información hubiese sido determinante en la estimación del precio unitario, o si existieren circunstancias extraordinarias que alterasen el equilibrio contractual. Por lo anterior, en los contratos a precios unitarios, más que en otros, está implícita la cláusula *rebus sic stantibus* que permite adecuar el contrato a las necesidades durante su ejecución y el principio de mutabilidad de los contratos encuentra sus límites sólo en el objeto del contrato y en la finalidad que motivó la celebración de este.

1.13.13 Laudo Arbitral GDS Ingenieros Ltda. Constructec S.A. y J.E.C.R S.A. vs. Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE (*Laudo Arbitral GDS Ingenieros Ltda, Constructec S.A. y J.E.C.R S.A. vs. Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo—FONADE, 2010*)

El restablecimiento de la ecuación económica, en los términos de la ley 80 de 1993, puede conducir al reajuste o revisión del precio de las obligaciones ya ejecutadas por el contratista, en tanto que la revisión judicial del contenido económico del contrato, en materia de derecho privado, está reservado a las prestaciones pendientes de cumplimiento. Las que se cumplieron de acuerdo con lo originalmente pactado, aun si tal cumplimiento significó un sacrificio importante, imprevisto e imprevisible para el deudor, corresponden a un pago debido,

no a un pago injusto, amparadas como están en la regla pactada, y son, por consiguiente, inmodificables, al menos por el juez.

1.13.14 Laudo Arbitral D&S S.A, Construcciones Namus S.A, Sohinco Constructora S.A, Yamil Sabbagh Solano y David Vega Luna, Miembros de la Unión Temporal Aguas Tintal. vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P (*Laudo Arbitral D&S S.A, Construcciones Namus S.A, Sohinco Constructora S.A, Yamil Sabbagh Solano y David Vega Luna, Miembros de la Unión Temporal Aguas Tintal. Vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P, 2011*)

El principio *rebus sic stantibus*, en los supuestos de la excesiva onerosidad de la prestación, no conlleva a la vulneración del *pacta*. Pues es justo que, si las circunstancias contractuales se alterasen, el contrato sea revisado excepcionalmente por las partes. Además, la revisión de los contratos por excesiva onerosidad debe seguir los principios de autonomía de la voluntad, las exigencias de la vida social, fuerza obligatoria del contrato, y el principio de buena fe. La teoría de la imprevisión no vulnera el principio de la autonomía de la voluntad, ya que a través de este último las partes crean los diferentes negocios jurídicos que requieren, acordando libremente sus términos y condiciones, mientras que la imprevisión busca regular aspectos de facto, posteriores a la celebración del contrato, que afectan lo estipulado. El principio *rebus sic stantibus* es compatible con el *pacta sunt servanda* y no busca anularlo ni sería lícito que lo hiciera en beneficio de alguna de las partes.

1.13.15 Laudo Arbitral Plaza Imperial Holdings S.A.S. vs. Inversiones en Recreación Deporte y Salud S.A. Bodytech (*Laudo Arbitral Plaza Imperial Holdings S.A.S. vs. Inversiones en Recreación Deporte y Salud S.A. Bodytech, 2013*)

La tesis que abarca el principio de *pacta sunt servanda*, según la cual, contratos deben cumplirse en la forma como fueron convenidos, vino a aminorarse tras las corrientes que propugnaban por el mantenimiento de los términos acordados siempre y cuando se mantuvieran las condiciones que regían cuando se convino el contrato, lo que dio origen al rescate del principio *rebus sic stantibus*. Por eso se suele decir que las partes deben cumplir lo estipulado siempre y cuando se mantengan las condiciones en que se obligaron.

1.13.16 Laudo Arbitral R&M Lezaca y CIA. Ltda, Ponce de León Asociados S.A., Miguel Ávila Reyes e Hidroelectric de Colombia Ltda. vs. Instituto de Desarrollo Urbano (Laudo Arbitral R&M Lezaca y CIA. Ltda, Ponce de León Asociados S.A., Miguel Ávila Reyes e Hidroelectric de Colombia Ltda. Vs. Instituto de Desarrollo Urbano, 2014)

Si durante la ejecución del contrato se presentan hechos (económicos, sociales, de trabajo, etc.) que cambian las condiciones previstas inicialmente para su ejecución, puede superarse el principio *pacta sunt servanda* según el cual el contrato es ley para las partes, y aceptarse que las obligaciones se cumplan por fuera de las condiciones previstas en el contrato.

1.13.17 Laudo Arbitral No.16369 (Laudo Arbitral No.16369, 2014)

En los casos en que cambien las circunstancias de forma gradual puede que el resultado final de esos cambios llegue a constituir *hardship*. Los requisitos para esta figura son: 1. que el evento o situación esté por fuera del control de las partes. 2. el evento debe ocurrir después de firmar el contrato y que razonablemente no se haya podido prever ese evento. 3. Que existiera al momento de la ejecución del contrato, pero no fuera conocido por las partes ni lo pudiera prever una persona razonable. 4. que el evento cause una alteración fundamental en el equilibrio de las

obligaciones contractuales, haciéndolo excesivamente oneroso. 5. que en el contrato no se haya previsto el riesgo o el evento, explícita o implícitamente. En cuanto al caso, el Tribunal establece que, aún si hay un colapso en el mercado no necesariamente significa que aplique la figura del *hardship*. Se determinó en el caso en concreto que, el contrato ya tenía unos parámetros establecidos, que a los ojos de la Corte indicaba que las partes entendían el riesgo de los cambios en el mercado y que al establecer que ninguna de las partes lo asumía, se generaba un riesgo compartido.

1.13.18 Laudo Arbitral Hidrotec S.A.S. Ingenieros Consultores Y Ponce De León Y Asociados S.A Ingenieros Consultores vs. Instituto Colombiano De Bienestar Familiar (Laudo Arbitral Hidrotec S.A.S. Ingenieros Consultores Y Ponce De León Y Asociados S.A Ingenieros Consultores vs. Instituto Colombiano De Bienestar Familiar, 2015)

De tiempo atrás la doctrina y la jurisprudencia, anteponiendo al principio *pacta*, el principio *rebus sic stantibus*, ha manifestado que ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haberse obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas.

1.13.19 Laudo Arbitral Colombia Móvil S.A. ESP vs. La Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Laudo Arbitral Colombia Móvil S.A. ESP vs. La Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, 2016)

El *pacta sunt servanda* es un principio “innato del derecho natural”, implícito a todo contrato en tanto emerge de su propia esencia, razón por la que lo consideran vigente con

independencia de que la legislación expresamente lo consagre. Ahora, la revisión del contrato se debe realizar si es con el fin de para solucionar el problema que origina la fractura del equilibrio prestacional del contrato que se mantiene en el tiempo. Pues, esta revisión se hace con miras a restablecer o reconstruir el equilibrio roto. De este modo, se refiere al concepto de *unconscionability* en el contexto del contrato entendido como algo inadmisibles o desmedido, sobre lo cual podría ampararse el juez para negar la aplicación literal del contrato o de desaplicar simples cláusulas contractuales cuando de no hacerlo, ello conduciría a resultados poco razonables para uno de los contratantes. Esto no se trata de cambiar el contrato y desconocer la voluntad de las partes contratantes, sino de adecuarla a las nuevas circunstancias con el fin de evitar la injusticia que de ellas puede surgir al romper el equilibrio de la prestación. Ahora bien, la doctrina como la jurisprudencia han puesto de presente que, ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento. Sin embargo, so pena de atentar contra la seguridad de la relación contractual e introducir en la misma un grave y dañino factor de perturbación jurídica, no cualquier variación del medio o entorno en el cual se celebró el contrato conduce a su revisión. Además, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es admitida por la jurisprudencia de las Cortes o Tribunales Supremos de diversos países (Alemania, Italia, España), pero con cautela, dado que la misma debe entenderse “subordinada al principio, esencial para el tráfico jurídico, de fidelidad al contrato: *pacta sunt servanda*” (Larenz, 1956)

1.13.20 Laudo arbitral Unión Temporal Concesión Vial Los Comuneros vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (Laudo arbitral Unión Temporal Concesión Vial Los Comuneros vs. Agencia Nacional de Infraestructura—ANI, 2017)

Una vez las partes suscriben el contrato, éste se convierte en ley para ellas y se torna obligatorio su cumplimiento en los términos pactados, de acuerdo con el principio *pacta* lo que no descarta que situaciones extraordinarias, posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes, puedan alterar la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, de tal manera que sin imposibilitar su ejecución, la hagan mucho más onerosa para la parte afectada, en lo que se conoce como el rompimiento del equilibrio económico del contrato, caso en el cual, en virtud del principio *rebus sic stantibus*, surge el deber de restablecerlo.

CAPITULO IV. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS FALLOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.

En el capítulo anterior analizamos la aplicación de la imprevisión en la jurisdicción civil, particularmente por la Corte Suprema de Justicia y los tribunales de arbitramento en materia civil. Lo hicimos de esa manera porque –en principio– la competencia para resolver controversias de carácter civil en lo referente al *rebus sic stantibus*, ha correspondido a la Corte Suprema de Justicia. Por consiguiente, nuestro análisis se centró en los fallos de esta corte durante varias décadas y llegamos a la conclusión de que en casi un siglo esa jurisdicción no ha aplicado dicha teoría en sus fallos.

En este capítulo, nos proponemos hacer un contraste con lo anterior, en el sentido de que la Corte Constitucional si ha aplicado la teoría de la imprevisión en sus decisiones judiciales. Consideramos que ese es el núcleo esencial de nuestra tesis. Es decir, el contraste de las dos jurisdicciones frente a la misma institución jurídica, esto es, la teoría de la imprevisión. Además, que la Corte Constitucional ha sido recurrente en la aplicación de la teoría.

Es decir, que nuestro análisis no se queda sólo en el marco teórico conceptual, sino que procura verificar la aplicación práctica del principio *rebus sic stantibus*. Para ello, es necesario tomar como punto de partida las sentencias de la Corte Constitucional en la materia. Pero se requiere hacerlo con un rigor argumentativo, ya desarrollado por la teoría jurídica colombiana, como es la propuesta metodológica de la “línea jurisprudencial” (López Medina, 2006).

El planteamiento central es romper con el enfoque tradicional al momento de abordar la jurisprudencia como fuente del derecho, que consistía en la compilación de un acervo de sentencias sobre una institución jurídica en particular, sin poder llegar a una conclusión concreta contrastada con una situación de orden fáctico, es decir un problema jurídico claro y las eventuales soluciones por parte de los jueces de cierre.

En otros términos, se trata de evitar caer en el conceptualismo (D. López Medina, 2008), entendido como el abordaje general y en “líneas gruesas” de determinada expresión jurídica. Por el contrario, el enfoque adecuado y si se quiere, crítico del asunto, consiste en problematizar sobre los pronunciamientos fácticos de las “altas cortes”, dicho de otro modo, una institución jurídica en particular, pero contrastada con situaciones cotidianas reales.

El término “altas cortes” mencionado anteriormente, se refiere a que con ocasión de la Constitución de 1991 la configuración institucional del sistema judicial quedó integrado por la Corte Constitucional que es el órgano de cierre en materia constitucional. La Corte Suprema de Justicia es el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, por ejemplo, las áreas de civil, familia y agrario, penal, laboral, y el Consejo de Estado que es el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir derecho público.

Adicionalmente, y teniendo en cuenta que aproximadamente después de dos siglos de habernos configurado como Estado, en las últimas décadas la jurisprudencia ha ido tomando un lugar que tradicionalmente no tenía, porque antes el ejercicio hermenéutico por parte de los jueces se limitaba al análisis del derecho positivo en una situación específica. En cambio, en la actualidad hay consenso en la comunidad académica que acogiendo el análisis del derecho positivo a un caso en particular, concomitantemente se contrasta con la interpretación de las condiciones fácticas del caso y de ese ejercicio fluye lo que se denomina una “subregla”(D. López Medina, 2008), que los juristas debemos considerar para casos semejantes.

De esta forma se acuñó el término precedente, en el sentido de que ciertos fallos de las “altas cortes” deben ser considerados por los jueces de menor rango al momento de proferir sus sentencias, y todos los juristas inclusive. Esto significa que en determinadas circunstancias son obligatorios por hacer parte del “precedente judicial” (Bernal Pulido, 2008). Llegando a un nivel tal que existe el deber legal de justificar si eventualmente no se acogen y eventualmente incurrir en un prevaricato o en un yerro interpretativo (Corte Constitucional sentencia C-037 de 1996).

Teniendo en cuenta estas consideraciones la hacemos extensible a todos los aspectos de esta tesis en los cuales mencionamos los términos “línea jurisprudencial”, “precedente judicial” o jurisprudencia en el derecho colombiano. Así se abre paso a la “hermenéutica del derecho jurisprudencial”(López Medina, 2008).

1.14 METODOLOGÍA

Consiste en tomar un tema jurídico en particular y relacionarlo con las sentencias de la Corte Constitucional a partir de “los hechos, las consideraciones o argumentos y la decisión”

(López Medina, 2008). Luego establecer la distinción del *obiter dicta* y la *ratio decidendi*. La *ratio decidendi* son las “expresiones o proposiciones de la sentencia que sean necesarias para explicar el resultado o decisión concreta, basado en los hechos del caso” (López Medina, 2008. Pág. 232). Mientras que el *obiter dicta* son “las formulaciones más generales del principio que no resulten necesarias para decidir los hechos concretos juzgados en ese momento” (López Medina, 2008. Pág. 232). Siempre realizando las respectivas “analogías fácticas” (López Medina, 2008), es decir las sentencias analizadas se fundamentaban en una situación fáctica semejante.

Lo descrito anteriormente, no sólo obedece a una metodología de orden académico y argumentativo, sino, que además hace parte de nuestro ordenamiento jurídico en tanto que la Corte Constitucional lo impuso en la sentencia C-037 de 1996, al analizar el artículo 48 de la ley Estatutaria de justicia 270 de 1996. En la cual quedó establecido en qué casos las sentencias de la Corte Constitucional hacen tránsito a *cosa juzgada constitucional*, es decir cuando son obligatorias para todos los juristas.

Dicho de otra forma, la jurisprudencia en torno a determinada institución jurídica ya no se indaga de manera general, sino que el investigador establece una situación problemática concreta y a partir de dicho problema analiza los pronunciamientos de la respectiva corte. Ese ejercicio se realiza en el supuesto de que es la Corte Constitucional el órgano de cierre en materia constitucional de conformidad con el artículo 241 de la Constitución Política, entre otras el numeral cuarto (demandas de constitucionalidad legal) y noveno (revisión de acciones de tutela).

Además de lo anterior, la Corte Constitucional expresamente se ha declarado incompetente para resolver algunos litigios en torno a la teoría de la imprevisión, a no ser que

esté de por medio la vulneración de derechos fundamentales o lo haga dentro del procedimiento de demandas de inconstitucionalidad. Así, en la Sentencia C-252 de 1998 expresamente se ha referido al asunto diciendo que:

“Si el cambio fuere tan grande, y ocasionado, además, por circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, que la obligación a cargo de una de las partes resulte excesivamente onerosa, es claro que ésta podrá invocar la teoría de la imprevisión, a la cual se refiere concretamente el artículo 868 del Código de Comercio”. Pero, éste es asunto que debe proponerse ante los jueces competentes y no ante la Corte Constitucional. (El subrayado es nuestro).

Así, analizamos si la Corte Constitucional en primer lugar aplica la teoría de la imprevisión y en segundo término si tiene en consideración los presupuestos conceptuales de la misma. En este sentido, a priori podemos decir que deben ser contratos de tracto sucesivo, bilaterales, que el deudor no se encuentre en mora y que la obligación no esté extinta. O sea que se trata de extraer esos detalles a partir de los fallos de la Corte, en razón a que no están expresamente consagrados en el código civil, sino en el artículo 848 del código de comercio.

En otros términos, a partir del supuesto que se trata de situaciones en las cuales se celebraron contratos bilaterales, de tracto sucesivo y que por determinadas circunstancias no imputables al deudor y no estando en mora, se alteran las condiciones de tal modo que de cumplir con la obligación le resultaría lesivamente oneroso más allá de lo que la condición de riesgo normales del negocio jurídico estipulaba.

Aclarado lo anterior, se procede a identificar la sentencia “arquimédica” es decir la más significativa y reciente, además que contenga los “hechos relevantes, tenga el mismo patrón

fáctico (al menos, el más cercano posible) con relación al caso sometido a investigación”(López Medina, 2008. pág. 168), es decir, que la sentencia desde el punto de vista estructural establezca unos parámetros jurídico-conceptuales en los términos que mencionamos anteriormente.

En correspondencia con lo anterior, ¿cuáles han sido los casos en que la Corte Constitucional ha aplicado con más reiteración la teoría de la imprevisión?

Hemos encontrado un “nicho citacional” (López Medina, 2008) en el desplazamiento y la desaparición forzada y el secuestro. Para resolver ese asunto, hemos encontrado la sentencia de la Corte constitucional de revisión de tutela T-726 de 2010.

Se trata de una acción de tutela interpuesta contra la decisión de dos jueces, uno de primera instancia y otro de segunda. Se trata de que el actor adquirió una obligación con la Caja de Crédito Agrario, la cual respaldó con una hipoteca. El deudor incurrió en un incumpliendo, ante lo cual la entidad inició proceso ejecutivo en su contra. La razón que esgrimió el deudor para su incumplimiento fue la condición de desplazado, lo cual –según él- le impidió cumplir con lo pactado en la obligación.

El accionante argumentó que en los procedimientos surtidos se desconoció su derecho a la defensa por carecer de abogado, además que había norma que consagraba que los procesos ejecutivos en personas de su condición de desplazado se debían suspender.

Adicionalmente, debido a los hechos planteados estaban dadas las condiciones para que el alto tribunal revocara los fallos civiles proferidos contra el accionante de la tutela. El juzgado de primera instancia manifestó que no se le vulneraron derechos al accionante y que su condición no justifica el derecho a apartarlo de las obligaciones civiles suscritas.

El juez de segunda instancia consideró ajustado a derecho el procedimiento. Los demandantes del proceso ejecutivo esgrimieron que ya se había surtido sentencia de segunda instancia y por tanto el proceso ya estaba terminado, por consiguiente, no había lugar a las pretensiones del accionante. El accionante interpuso tutela frente a las actuaciones judiciales descritas, la cual se surtió en el tribunal del Distrito Judicial de Bogotá. Este consideró que la tutela no era procedente porque las decisiones de los jueces que antecedieron se ajustaron a derecho y que *“no tenían aptitud para impedir el cobro forzado de la obligación, motivo por el cual no puede verse el desatino sumo que abre la puerta a la justicia constitucional”*.

El accionante impugnó la decisión de la tutela argumentando entre otras cosas que se estaba desconociendo el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, frente a situaciones fácticas semejantes.

Dicha impugnación le correspondió a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual decidió confirmar la sentencia de primera instancia. Manifestando que *“el resguardo solicitado deviene impróspero, en la medida que el peticionario incumplió el requisito de inmediatez, pues el amparo constitucional fue demandado el 12 de noviembre de 2009, es decir, 3 años después de proferidas las sentencias de primera y segunda instancia atacadas”*.

El accionante en esta etapa de la acción argumentó que *“la tutela pretende evitar un daño irremediable, producido por el remate del bien, pues me causaría graves lesiones, al adjudicarse el patrimonio por el cual tanto luché y que casi me cuesta la vida, para que se les entregue a terceros que se aprovechan de los bajos costos del terreno que ha sido arrebatado a una persona desplazada por entidades del Estado, vulnerando mis derechos fundamentales y las de mi grupo familiar”*.

1.15 LA REVISIÓN POR PARTE DE LA CORTE

La Corte Constitucional avocó el caso a través de la revisión eventual de las tutelas y esbozo como problema jurídico “*si las autoridades judiciales accionadas vulneraron el derecho al debido proceso del accionante, por cuanto en sus decisiones no consideraron su condición de persona desplazada por la violencia como una circunstancia capaz de influir en el cumplimiento de una obligación*”. Además de considerar su postura de la procedencia de los fallos de tutela frente a las providencias judiciales.

Adicionalmente, la Corte evalúa si “*es la condición de persona desplazada por la violencia una circunstancia que al impedir el cumplimiento de una obligación por razones ajenas a la voluntad del deudor es capaz de influir en el derecho del acreedor de hacerla exigible*”.

Un cuestionamiento central que hace la Corte: “*¿Es la condición de persona desplazada por la violencia una circunstancia que al impedir el cumplimiento de una obligación por razones ajenas a la voluntad del deudor es capaz de influir en el derecho del acreedor de hacerla exigible?*”

Este interrogante inicia resolviéndolo a partir de la definición de desplazado consagrada en el artículo 1° de la Ley 387 de 1997. Teniendo de presente que la condición de desplazado menoscaba la autonomía de la voluntad esencial en los negocios jurídicos. En la sentencia T-025 de 2004 la Corte Constitucional declaró “*un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada*”. En tanto que identificó como una población vulnerable que dada la situación de menoscabo de sus derechos fundamentales el Estado debía

darles un tratamiento preferencial para revertir las vulneraciones de que estaban siendo objeto. Además de coincidir con pronunciamientos jurisprudenciales, en el sentido de establecer las condiciones a favor de estas comunidades para “*afrontar condiciones extremas de existencia la atención necesaria para reconstruir sus vidas*” (resaltado de la CSJ) de acuerdo con las sentencias Su-1150-00, T-721-03, T-025-04, T-821-07, T-800-07 citadas por la Corte Constitucional.

El asunto medular de este fallo es que la condición de persona desplazada “*configura una fuerza irresistible e imprevisible, ajena a la voluntad del deudor*”. Lo cual vulnera la autonomía de la voluntad consustancial a las obligaciones derivadas de los acuerdos de voluntades. La Corte además explica que las personas que son víctimas de desaparición forzada, secuestro, desplazamiento forzado y toma de rehenes, para ellas se tipifica la fuerza mayor. La Corte toma como antecedente jurisprudencial las sentencias C-1186-08, T-015-95, C-690-96; T-1337-01; T-786-03; T-013-07; T-821-07. En razón a que la víctima cualquiera de estas situaciones negativas se le convierte en un hecho insuperable e irresistible. Y adicionalmente cita la sentencia T-518-05, que en las circunstancias descritas califica la obligación como inexigibilidad.

Además de lo anterior, la Corte analiza si la condición de personas desplazada deudora le impide a su acreedor exigir el cumplimiento de una obligación dineraria, sabiendo que dicho incumplimiento es por razones no imputables al deudor. Cita al tratadista Fernando Hinestroza con quien coincide que, por tratarse de una obligación dineraria de género, y por tanto la fuerza mayor daría la posibilidad de ser cumplida en algún momento.

La Corte Constitucional teniendo como referencia una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1937, reconoce varias instituciones jurídicas a las cuales se puede acudir para superar

los esquemas tradicionales de interpretación jurídica como “*abuso del derecho, responsabilidad civil, móvil determinante, enriquecimiento sin causa, fraude a la ley, buena fe, estado de necesidad, usura, imprevisión*”; y toma de manera particular la Teoría de la Imprevisión.

Dicho de otro modo, el Derecho históricamente fue configurando otras maneras de resolver determinados problemas jurídicos. Los cuales, al margen del supuesto de la racionalidad inteligente del legislador, siempre se van a quedar por fuera situaciones fácticas de las conductas de los particulares. En este sentido, siguiendo lo dicho por la corte suprema de Justicia en 1983 que manifestó “*De ahí que, frente al formalismo del texto literal de la ley, y por más acentuado que sea el carácter de jus strictum de las normas monetarias, aun los regímenes que se mantienen dentro de un cuadro de estricta seguridad jurídica conservan –como lo apunta Villar Palasi- válvulas de escape: el principio general de la buena fe, el abuso del derecho, la función de la causa ilícita, la cláusula rebus sic stantibus, son otros tantos portillos de salvaguardia de la equidad, de ajuste de situaciones materialmente distintos a su configuración formal*” .

Lo hace con el propósito de diferenciar la situación en la cual es procedente o no la fuerza mayor, que supone la imposibilidad del cumplimiento de una obligación y por tanto considerarla extinta. Sino que se refiere a ella como la situación en la cual “*se trate de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificulta en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad*”.

En este caso la Corte Constitucional encontró que era procedente la aplicación del principio “*rebus sic stantibus*” eje medular de la teoría de la imprevisión. Aspecto que autoriza

al juez a revisar las circunstancias en que se celebró el contrato y las condiciones para su cumplimiento.

La Corte Constitucional a la luz del artículo 8° de la Ley 153 de 1887 consideró que por analogía era procedente la aplicación del principio “*rebus sic stantibus*” teniendo como referencia los citados fallos de la Corte Suprema de Justicia. Donde reconoce que la imprevisión debe combinar factores objetivos y subjetivos que en el momento de la celebración del contrato la parte contraria –en el marco de la buena fe- lo hubiese suscrito, si una circunstancia en particular dependiera de él o previéndola la hubiese aceptado.

En referencia a esta circunstancia determinante del negocio jurídico, dice la Corte Suprema de Justicia se deben considerar tres situaciones. La primera, conocer lo determinante la circunstancia. Segundo, “*Que fuese únicamente la certidumbre respecto a la existencia, subsistencia o llegada posterior de la circunstancia en cuestión lo que motivase a la parte, que le atribuía valor, a prescindir de pedir a la otra parte su reconocimiento como condición*” y tercero “*que en el caso de que la seguridad de las circunstancias se hubiese tomado en serio, la otra parte contratante hubiese accedido a esa pretensión, teniendo en cuenta la finalidad del contrato, o hubiese tenido que acceder procediendo de buena fe*”.

La Corte en su análisis también tuvo en cuenta lo planteado en el artículo 868 del Código de Comercio. El cual contempla la institución jurídica de la imprevisión y faculta al juez para modificar la ejecución de los contratos de *tracto sucesivo*, es decir, los que se ejecutan en el tiempo. Siempre que se cumplan unas condiciones cómo que el cumplimiento de la prestación por parte del deudor implique una situación considerablemente onerosa, más allá de lo previsible

al momento de celebrar el negocio jurídico. En este caso el juez revisa circunstancias subjetivas y objetivas para efectos de realizar un eventual cambio.

Adicionalmente, el análisis aborda otras consideraciones expresas del derecho positivo como el Código contencioso Administrativo y la Ley 80 de contratación administrativa (de entidades del Estado).

Desde el punto de vista histórico se toma como referencia la situación de 1916 en que la compañía de Gas de Burdeos, con ocasión de la primera guerra mundial y los problemas de abastecimiento que generó, se le permitiera cumplir la prestación del contrato y asumiera parte de las pérdidas, a pesar de haber incumplido por las circunstancias de orden público. Así, se creó un precedente en el cual al juez se le permite modificar la forma del cumplimiento del contrato, que será el origen primigenio de la teoría de la imprevisión.

La Corte llega a la conclusión de que los supuestos revisados en el ordenamiento jurídico se tratan de contratos que se ejecutan en el tiempo, los cuales pueden ser revisados por los jueces cuando se presentan circunstancias que el deudor no pudo proveer y de haberlo hecho, o no hubiese suscrito la obligación o lo hubiese hecho en otras condiciones.

Pero está claro que, presentada la alteración mencionada, el deudor no queda exento de su cumplimiento por imposibilidad, sino que están dadas las condiciones para el cumplimiento, pero de hacerlo le resultan demasiado onerosas.

En lo que se refiere otra variable importante en este pronunciamiento como es la correlación entre la persona que es víctima de desplazamiento forzado y el cumplimiento de las obligaciones, la línea jurisprudencial analizada por la Corte Constitucional en este fallo tiene

presente la sentencia T-419 de 2004, donde el Banco agrario exigía el cumplimiento de una obligación a una persona en las circunstancias descritas.

De acuerdo con lo expuesto por la Corte esta concluye que una persona en condición de desplazamiento forzado en razón a que para el deudor su cumplimiento se vuelve ostensiblemente onerosa. Quedando claro en dichas circunstancias se aplica la teoría de la imprevisión lo que trae como consecuencia, no la terminación de la obligación, pero sí una revisión y modificación por parte del juez, si eventualmente no lo hace el acreedor.

Así la Corte expone unas subreglas que se derivan de su análisis que conminan al reconocimiento del hecho imprevisible para la persona desplazada, en razón a que *“a) la persona desplazada se encuentra en un estado de indefensión y vulnerabilidad, que le impide no sólo el pago de este tipo de obligaciones, sino también la satisfacción de condiciones mínimas de existencia; b) las relaciones contractuales se rigen por el principio de la buena fe y la igualdad; c) las relaciones entre particulares, más cuando uno de éstos presta un servicio público, se deben regir por el deber de solidaridad; y d) es evidente que con el desplazamiento variaron, por razones ajenas a la voluntad del deudor, las circunstancias iniciales sobre las cuales se adquirió la obligación que hoy se exige”*.

Adicionalmente, se le imponen cargas de no hacer al acreedor como *“Así, el acreedor debe abstenerse de a) cobrar anticipadamente la deuda, esto es, de hacer uso de la cláusula aceleratoria; b) de cobrar intereses moratorios por el incumplimiento, lo anterior con fundamento en que como no medió culpa del deudor, queda exonerado de responsabilidad y por ende del pago de este tipo de perjuicios, c) en caso de que se hubiere realizado una anotación negativa del actor, originada por el incumplimiento de su crédito en las bases de datos de la*

CIFIN y Datacrédito, gestione lo necesario para que éstas sean excluidas y d) se reconoce el derecho que le asiste a la entidad bancaria para reclamar el pago de intereses remuneratorios o de plazo causados a partir del momento del desplazamiento sobre las cuotas que hayan dejado de pagarse a partir de dicha fecha”.

Finalmente, la Corte Constitucional decidió levantar la medida cautelar establecida en contra del deudor, y revocar la sentencia de tutela proferida el por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

CAPITULO V. INDAGACIÓN DEL FACTOR DIFERENCIADOR DE LAS DECISIONES DE LAS JURISDICCIÓN CIVIL Y CONSTITUCIONAL EN LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN COLOMBIA.

En el primer capítulo realizamos un recorrido histórico del principio *rebus sic stantibus* y su antagónico el *pacta sunt servanda*. En el capítulo segundo llevamos a cabo un análisis de los pronunciamientos de la doctrina y jurisprudencia española y colombiana sobre estos principios, llegando a varias conclusiones. La primera es que la CSJ colombiana en una tradición de casi un siglo no ha aplicado la teoría de la imprevisión, mientras que la española sí. En el capítulo tercero pudimos establecer que en Colombia la Corte Constitucional –a diferencia de la Corte Suprema de Justicia- si ha aplicado la mencionada teoría en los casos que el deudor ha sido objeto de secuestro, desaparición y desplazamiento forzado.

En este capítulo queremos indagar ¿Por qué en Colombia la jurisdicción civil y constitucional, frente a los mismos supuestos de hecho consagrados en las normas jurídicas deciden de manera diferente? Es decir, que tratándose de obligaciones que surgen de contratos bilaterales, de tracto sucesivo, que el deudor no ha cumplido por causas sobrevinientes al mismo

y que de cumplir con la prestación le resultaría excesivamente oneroso, se reúnen los elementos fundamentales para aplicar la teoría de la imprevisión, pero las jurisdicciones han decidido de forma distinta.

Además de lo anterior, surgen otros cuestionamientos en lo referente a las decisiones judiciales porque el análisis se ha centrado en *los ganadores de los casos en disputa* y no en los *razonamientos legales sobre la problemática que se resuelve* (Cortés Salinas, 2020). Por ese motivo es que se ha hecho tanto énfasis en los resultados de la jurisprudencia, más no el contenido argumentativo de las mismas. En este sentido, más allá de los aspectos de orden formal o funcional, y dentro de un marco estrictamente argumentativo nos preguntamos ¿Cuál es el factor diferenciador de las decisiones de las jurisdicción civil y constitucional en la teoría de la imprevisión?

A priori consideramos que son varias las causas de esta aparente contradicción. Entre otras hipotéticamente consideramos una de ellas: El conflicto político. En razón a que la jurisdicción constitucional a diferencia de la civil se ha visto abocada a resolver controversias jurídicas que han estado permeadas por el conflicto armado, que han derivado en formas de coacción a las personas como los delitos de secuestro, desaparición y desplazamiento forzado.

Ese es el propósito de este capítulo dar cuenta de cómo en la época contemporánea el juez constitucional colombiano abarca aspectos que trascienden la esfera de la dogmática, es decir que van más allá de lo que tradicionalmente se ocupado el juez. Dicho de otro modo, el derecho contemporáneo no sólo ha traído consigo una “nueva” hermenéutica, sino que también ha trascendido el objeto. Se ha reconfigurado el reconocimiento de los derechos, por consiguiente, - en el caso que nos ocupa- a priori consideramos que el conflicto político induce al juez

constitucional a abarcar cuestiones como el secuestro, la desaparición y desplazamiento forzado. Las cuales, en el caso concreto de la teoría de la imprevisión la Corte Suprema de Justicia Colombiana no la había aplicado durante casi un siglo, pero el juez constitucional sí.

Por lo anterior afirmamos que el Derecho en le época actual no solamente se ha transformado el método de aproximación (la hermenéutica) sino que además hay una reconfiguración de los derechos subjetivos, por lo menos a partir de controversias jurídicas derivadas de situaciones como en el secuestro, el desplazamiento y la desaparición forzada. Aspectos que inciden en una perspectiva distinta entre el juez civil y el juez constitucional en lo que se refiere a la aplicación del principio *rebus sic stantibus* en sus fallos.

Para estructurar nuestro argumento en primer lugar daremos cuenta de algunas perspectivas de autores, qué desde el realismo jurídico y la develación de la subjetividad de las decisiones judiciales dan cuenta de la incidencia política en la decisión judicial. En segundo lugar, cómo el neoconstitucionalismo ha incidido en la naturaleza política de las decisiones judiciales. Y por último como los fallos de la Corte Constitucional colombiana en afinidad con lo planteado han contribuido al rompimiento de la tradición exegética del Derecho.

1. Algunas perspectivas del realismo jurídico y la develación de la subjetividad de las decisiones judiciales.

Hay una especie de avance en la literatura que procura explicar la naturaleza política de las decisiones judiciales. Es la literatura anglosajona y particularmente la norteamericana donde encontramos gran contenido que aborda este fenómeno. Es decir, que la situación se ha analizado considerablemente desde el enfoque del realismo jurídico. El cual tiene como insumo esencial el hecho social con todo lo que él envuelve, incluso aspectos de orden político. Por

tanto, para ellos es claro que el juez está permeado en sus decisiones por factores de esta naturaleza. Tal como lo afirma Fernández al describirlo como:

Un abandono de la búsqueda del significado auténtico de las normas constitucionales y su sustitución por el acomodo de los principios constitucionales a las necesidades sociales y a los valores mutantes de cada momento histórico (Fernández Segado, 2010)

Estas miradas teóricas nos ayudan a explicar por qué en el caso colombiano el tratamiento a la teoría de la imprevisión por parte del juez civil si bien es cierto le corresponde resolver un conflicto social, para decidir, él sólo se circunscribe a la tradición jurídica civilista justificando su decisión conforme a las formas. Mientras que el juez constitucional acorde con lo planteado por un realista jurídico como Tushnet, establece que una de las formas de operar el derecho es a través de las decisiones de los jueces y estos a su vez permeados por el entorno político (Tushnet, 2012). En síntesis, el primer enfoque acude a la fuente tradicional como la ley, mientras que el otro tiene consideraciones extra sistémicas al Derecho para tomar la decisión judicial.

Tushnet categóricamente dice que los derechos fundamentales no dependen de la Constitución sino de la política, es decir que el entorno político que rodea a los jueces, al margen de que ellos lo admitan o no, será el que determinará el sentido de las sentencias judiciales. En consecuencia, el autor plantea una pregunta ¿Por qué importan las constituciones? Entre otras respuestas dice:

La respuesta que doy aquí es diferente: la Constitución importa porque da estructura a nuestro proceso político. Y es que la fuente última –y a veces la inmediata-

de cualquier protección que tengamos de nuestros derechos fundamentales no es la Constitución sino la Política (Tushnet, 2012, p.11).

Lo anteriormente descrito, contribuye a explicar en el caso colombiano el alcance tan diferente que dos jurisdicciones le puedan dar a sus decisiones respecto del mismo tema. La Corte Suprema de Justicia afín al enfoque tradicional del Derecho, mientras que la Corte Constitucional incluye aspectos de orden social en sus pronunciamientos. En este sentido autores circunscritos a la escuela de los *Critical Legal Studies* han analizado y cuestionado cómo las decisiones de los jueces obedecen a factores de orden político e ideológico. Por ejemplo, desde esta perspectiva crítica se intenta describir cómo el derecho contemporáneo ha superado la concepción decimonónica y tradicional de un juez que decide de manera objetiva. Es decir, tiene un enfoque antiformalista y tradicional del Derecho y por tanto crítico (Garza Onofre, 2013). Por el contrario, sus decisiones se ven afectadas por factores de orden político y social (Kennedy, 2010. P.27). Este movimiento surge en Estados Unidos a partir de un encuentro académico en el que confluyeron reconocidos académicos:

No parece que haya demasiada duda en colocar como momento fundacional de los CLS la primera conferencia del grupo, celebrada en 1977 en la Universidad de Wisconsin (Madison). Dicha reunión nace como el encuentro entre algunos veteranos profesores de sociología de Yale (D. Trubek, L. Friedman, P. Selznick y P. Nonet) procedentes del Law & Society Movement 2, y un grupo de jóvenes profesores (D. Kennedy, M. Horwitz y R. Unger) e investigadores (K. Klare y M. Kelman) de Harvard que estaban desarrollando una crítica ideológica del derecho. Es necesario añadir a estas dos una tercera corriente de

corte marxista ortodoxa que completa el mapa ideológico de la primera conferencia y cuya figura más reconocida fue Mark Tushnet (Núñez Vaquero, 2010)

Uno de los autores más citados en esta escuela en el tema ha sido Duncan Kennedy (Pérez Lledó, 1993); (Garza Onofre, 2013); (Guthmann, 2012); (De Fazio, 2011); (Núñez Vaquero, 2010); quien abiertamente ha criticado los *formalismos resurgentes* que según él subyacen a los sistemas jurídicos (Kennedy, 2006)

En España el reconocimiento de esta escuela es relativamente reciente. *En 1989 Crítica Legal Studies (CLS) era en España un perfecto desconocido* (Pérez Lledó, 1993). Latinoamérica no es la excepción donde se comienza a explorar este enfoque a partir de 1980 (Wolkmer, 2003). Hoy podemos afirmar que la escuela latinoamericana afín a los *Critical Legal Studies* se circunscribe a las Teorías Críticas del Derecho. La que también ha cuestionado la especie de “sacralización de las instituciones jurídicas” que ha tenido una postura de estas como el referente limpio de toda contaminación externa. Es decir, desde el enfoque tradicional se ha “pontificado” el Derecho por el simple hecho de ser válido y, por tanto, debe entenderse como suficiente para resolver las controversias sociales. Esto es lo que se ha denominado *el razonamiento judicial ortodoxo* (Posner, 2011). Pero, en consonancia con estas perspectivas críticas del Derecho, consideramos que el juez no es objetivo en la decisión en tanto que él tiene una historia, unos antecedentes, una cosmovisión del mundo social. Tal como lo habíamos planteado en reflexión anterior:

Un punto de partida es la problemática en torno al discurso jurídico, en tanto que los juristas y particularmente el juez deben resolver controversias jurídicas afectadas por conflictos sociales, pero su insumo esencial son las fuentes del derecho y particularmente

la ley, lo que dificulta su posibilidad de comprender los diferentes fenómenos sociales que el Derecho como ordenamiento pretende intervenir (Garcés Medrano, 2019).

Dicho de otro modo el juez podría estar *cosificado y moldeado por los determinismos históricos y culturales* (Wolkmer, 2003. P.27). En términos de Posner citado por Salinas (Cortés Salinas, 2020) *los jueces son trabajadores y tienen las mismas necesidades y preocupaciones de cualquier otro trabajador: poder, dinero, reputación, prestigio* (Posner, 2011). Es decir, el juez en sus decisiones está permeado por sus valoraciones y representaciones, su subjetividad: su ideología. Por eso planteamos que *esto se demuestra, entre otras cosas en el tema probatorio, donde el juez, escoge de acuerdo a su criterio que pruebas y hechos corresponde con su discurso de la verdad.*(Garcés Medrano, 2019)

Además de lo anterior, desde el punto de vista hermenéutico la dificultad no sólo está en los aspectos externos que inciden en la decisión del juez. Sino que además en su ejercicio él debe realizar la valoración de las pruebas aspecto que implica una escogencia –según su criterio- y las reglas de la sana crítica. En este sentido plantemos:

Otra forma de demostrar la subjetividad y por tanto la ideología del juez, son las reglas de la sana crítica, cuya noción tiene su origen en el derecho español de 1885, cuando estableció en el artículo 317 del Código Procesal Civil “Los jueces y tribunales apreciarán según las reglas de la sana crítica la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos”. Institución jurídica que sería acogida en parte de Europa Continental e Iberoamérica, y que prevalece hasta nuestros días. Desde la doctrina jurídica se ha procurado establecer cuáles son sus límites conceptuales (Vicente y Caravantes, 1856); (Couture, 1958); (Taruffo, 2013); entre otros, en el entendido de que su aplicación debe

estar cargada de la racionalidad del juez, pero a pesar de eso no deja de ser una cuestión subjetiva, la cual supone que el sistema democrático ha decantado las instancias para que el profesional de derecho tenga la suficiente competencia intelectual y ética para garantizar su funcionamiento, pero eso no es óbice, para desconocer que la sana crítica en últimas contiene la carga subjetiva del juez (Garcés Medrano, 2015).

Adicionalmente, también van a incidir los alcances conceptuales que el juez tenga de las instituciones jurídicas, este aspecto está relacionado con la complejidad de la conceptualización. Es decir, parte de la complejidad del asunto está en que el juez es un ser humano que desde el punto de vista epistemológico tiene o no aciertos, de acuerdo con sus niveles de formación académica. En este sentido se plantea la *experiencia* y el *conocimiento a la mano*, así:

Para elaborara sus sentencias, los jueces involucran dos tipos de conocimiento.

Uno, por supuesto, es el conocimiento jurídico que adquieres en las escuelas y facultades de derecho, otro, es que obtienen a través de su experiencia en el Poder Judicial y en el transcurso de la vida cotidiana, el conocimiento a la mano, siguiendo la terminología de Alfred Schütz.(Cuellar Vázquez, 2008. p.27)

Desde el enfoque de los *Critical Legal Studies* ¿En qué confluyen los autores respecto de los factores más determinantes de la decisión judicial? Y ¿Cómo contribuyen a describir el caso que nos ocupa? Para ellos el juez no debe quedarse anquilosado en las formas del derecho, sino que es menester tener en consideración categorías de análisis diferentes a las que tradicionalmente brinda el derecho como disciplina. Así, Guthmann citando a Weber, dice:

En la decisión de los problemas jurídicos según el derecho racional material pueden influir ciertas normas cuya dignidad cualitativa es diversa de la que corresponde a

las generalizaciones lógicas que se basan en una interpretación abstracta: imperativos éticos, reglas utilitarias o de conveniencia, o postulados políticos que rompen tanto con el formalismo de las características externas como de la abstracción lógica (Guthmann, 2012, p.92).

Desde la anterior perspectiva la conceptualización de las ciencias sociales resulta pertinente para resolver controversias jurídicas. En tanto que permite al operador jurídico considerar otras categorías de análisis alternas al derecho para efectos de resolver determinada controversia. Así lo planteamos al afirmar que:

Porque el derecho como disciplina debe articularse con las ciencias sociales, y la red de conceptos que permitan al operador jurídico analizar, comprender, interpretar y explicar la realidad social, es decir, las imbricaciones de tipologías teóricas como parte del conocimiento y los fenómenos que se dan al interior de las sociedades en el escenario de la globalidad (Figuroa Rubio, 2011. Pág, 200). Esto implica que los jueces procuren un dialogo en torno a nociones, definiciones, conceptos, hipótesis y teorías que permitan unos niveles de reflexión críticos frente a las distintas situaciones que abarcan su objeto de conocimiento. En este caso las instituciones jurídicas.(Garcés Medrano, 2019)

Desde el horizonte de los *Critical Legal Studies* la explicación del por qué en las sentencias Teoría de la imprevisión la Corte Suprema de Justicia no aplique dicha teoría, mientras la Corte Constitucional sí lo ha hecho; no sólo obedece a cuestiones de orden formal, sino además porque la jurisdicción constitucional para aplicar dichos fallos ha tenido en consideración categorías de análisis extra sistémicas al Derecho tradicional en Colombia.

Por ejemplo, la Sentencia de la Corte Constitucional T-726 de 2010 (Corte Constitucional, 2010) la cual en consideración anterior la catalogamos como arquimédica (López Medina, 2008) da cuenta de nuestro argumento. La Corte dijo:

Se concluye que el hecho del desplazamiento forzado constituye un impedimento que influye en la exigibilidad de la obligación al hacer para el afectado por este delito y deudor de una obligación, más onerosa su situación. De allí que se imponga al acreedor la reestructuración de las obligaciones dinerarias, como efecto de lo que la doctrina ha denominado teoría de la imprevisión, como quiera que la consecuencia de dicha teoría es que ante una dificultad de características graves que influye en el cumplimiento de la obligación, el deudor continúa obligado a responder con la prestación, esto es, no queda exonerado de su cumplimiento, empero se impone un ajuste de acuerdo con la equidad contractual. De este modo, se concluye que el hecho del desplazamiento forzado es una circunstancia que influye en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas con anterioridad a éste, obligaciones cuya satisfacción dependía precisamente de la forma de vida de la cual fue sustraído el deudor (Corte Constitucional, 2010)

Esta postura de la Corte Constitucional parece evidente, pero si es así, ¿por qué la justicia ordinaria que avocó el caso no profirió un fallo en el mismo sentido? Las respuestas pueden ser diversas. En primer lugar, se podría argumentar que, a la Corte Suprema de Justicia colombiana, no le ha correspondido una controversia de esta naturaleza para pronunciarse como órgano de cierre en materia constitucional. En segundo lugar, que la Corte Constitucional es la competente para llevar a cabo la revisión de las acciones de tutela de todo el país lo que la faculta para pronunciarse sobre derechos fundamentales.

Pero es de observar que en el caso de la sentencia de la Corte Constitucional T-726 de 2010 (Corte Constitucional, 2010), previamente la controversia fue avocada por dos instancias de la justicia ordinaria, donde la Corte Suprema de Justicia es el máximo órgano de Casación y por tanto sus sentencias se convierten en un referente de los jueces en menor jerarquía. Así se demuestra el antagonismo del que queremos dar cuenta de estas dos jurisdicciones respecto de una misma institución jurídica.

Adicionalmente, hemos reiterado que por lo analizado en los fallos de la justicia ordinaria sus sentencias se realizaron con un enfoque tradicional y por tanto no tienen en cuenta factores relacionados con las condiciones del conflicto y el desplazamiento y su contexto. En el caso que nos ocupa un deudor desplazado que previamente había adquirido una obligación y por tanto no está en condiciones de cumplirla tal como lo había pactado.

La cuestión es aparentemente elemental, pero nuestro análisis también pone en evidencia que para la jurisdicción ordinaria en Colombia sea más relevante otros aspectos de orden dogmático y formal, que la inducen a un pronunciamiento no favorable al deudor, así este sea una persona víctima de secuestro, desplazamiento o desaparición forzada. En este sentido los juzgados de la justicia ordinaria consideraron aspectos ceñidos a la dogmática jurídica, como el juzgado civil municipal que avocó el caso en primera instancia:

“El Juzgado Cuarenta y Siete Civil Municipal de Bogotá señaló que “la acción ejecutiva que ha ocupado la atención de este operador judicial, no ha vulnerado en manera alguna derechos fundamentales como los que se pretenden endilgar, y como se viene diciendo, la situación particular del ejecutado no es razón que en el derecho sirva para apartarlo de obligaciones civiles como la que aquí se trata, donde solo hubiera

servido el agotar toda instancia ante las prerrogativas que en su momento pudiera haber obtenido de la entidad crediticia oficial que le había otorgado el crédito, hoy según se sabe extinta, de alguna de las entidades que por su naturaleza debieran atender tales casos de urgencia manifiesta, o de alguna de las creadas urgentemente por el mismo Estado para fines exclusivos de esa índole” Sentencia de la Corte Constitucional T-726 de 2010 (Corte Constitucional, 2010) .

Luego, el Juzgado Civil del Circuito que avocó el caso en segunda instancia, siguió la misma concepción jurídica del asunto y en este sentido planteó:

“no se estructuran los fundamentos de hecho que invocan los accionantes (sic) para que resulte viable la prosperidad de la acción invocada, pues la actuación se ha ajustado en un todo a la normatividad sustancial y procesal pertinente, por lo que no puede haberse incurrido en violación a derecho fundamental alguno, tanto de las partes como de terceros” Sentencia de la Corte Constitucional T-726 de 2010 (Corte Constitucional, 2010)

A diferencia de los planteamientos anteriores para la Corte Constitucional la restricción a la libertad del deudor termina siendo el aspecto definitivo del asunto. Precisamente su argumentación responde a una pregunta planteada por ella:

¿Es la condición de persona desplazada por la violencia una circunstancia que al impedir el cumplimiento de una obligación por razones ajenas a la voluntad del deudor es capaz de influir en el derecho del acreedor de hacerla exigible? (Corte Constitucional, 2010)

La Corte hace un análisis de lo que implica la condición de persona desplazada, entre otras cosas señala “(i) *la pérdida de la tierra y de la vivienda*, (ii) *el desempleo*, (iii) *la pérdida del hogar*, (iv) *la marginación*, (v) *el incremento de la enfermedad y la mortalidad*, (vi) *la inseguridad alimentaria*, (vii) *la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros* y (viii) *la desarticulación social, así como el empobrecimiento y deterioro de las condiciones de vida*”(Corte Constitucional, 2010) esa condición del ser humano tan crónica, le lleva a concluir que de cumplir con obligaciones previamente pactadas, le resultaría excesivamente oneroso, por tanto, decidió aplicar la teoría de la imprevisión. Es decir, que el deudor cumpla con la prestación pactada, pero no en los términos establecidos, sino en unas condiciones equitativas con su estado de vulneración. En este sentido la Corte consideró que la persona desplazada habría sufrido una situación de fuerza mayor, que debería ser valorada en la controversia jurídica y, por tanto, procurar la situación menos lesiva para el deudor en condición de persona desplazada. Al respecto la Corte dijo:

Así, para esta Sala es factible concluir que el hecho del desplazamiento forzado constituye un acontecimiento de fuerza mayor para quien lo padece, por cuanto este hecho no se deriva del afectado, sino que precisamente por ser forzado, no media la voluntad de quien lo sufre (inimputable). Además, es un hecho inserto en el conflicto armado o en la violencia generalizada que hace imposible evitar que se presente (irresistible) y que afecta el statu quo de quien lo padece sin que sea posible prever los inicios o al menos el alcance del mismo (imprevisible)(Corte Constitucional, 2010)

1.16 FALLOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL CONTRA DECISIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

En Colombia se ha presentado una tensión entre algunas decisiones de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, la cual da cuenta de dos visiones contrapuestas del Derecho en correspondencia con las Teorías Críticas del Derecho y los enfoques tradicionales. Adicionalmente, se puede verificar como en ocasiones un mismo caso o institución jurídica puede ser interpretado de forma distinta y por ende con consecuencias diferentes.

En Colombia a este fenómeno se le denominó “choque de trenes”, para dar cuenta de una confrontación funcional de organismos adscritos al Estado. Pero fundamentalmente es una confrontación del poder político que encarnan dichas organizaciones. De hecho, es una forma implícita de reconocer lo que tradicionalmente no se había aceptado: la naturaleza política de las decisiones de los jueces. Lo cual es objeto de este acápite de la tesis. La cuestión ha sido de tal magnitud que ha sido objeto de artículos periodísticos (Torres, 2020); tesis de posgrados; artículos académicos (Salinas Alvarado, 2017) y hasta libros sobre temas jurídicos.

1.17 EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SU INCIDENCIA EN LA NATURALEZA POLÍTICA DE LAS DECISIONES JUDICIALES.

Otro aspecto que nos ayuda a comprender la considerable diferencia de la aplicación de la teoría de la imprevisión en los fallos de la Corte Suprema de Justicia frente a los de la Corte Constitucional, tiene que ver con el concepto de neoconstitucionalismo. En razón a que, desde el

punto de vista conceptual, la Corte Constitucional colombiana con sus actuaciones se tipifica en los lineamientos conceptuales de este nuevo enfoque del derecho constitucional.

Como su nombre lo indica el neoconstitucionalismo es una nueva forma de concebir el rol de la Constitución en el Estado contemporáneo y por tanto la justicia. Como ya lo habíamos mencionado en reflexión anterior:

El debate teórico en torno al Neoconstitucionalismo contribuye a esclarecer cómo el ordenamiento jurídico introduce el reconocimiento de derechos de rango constitucional, que tradicionalmente antes no se habían reconocido. Para comprenderlo basta revisar el debate propuesto por el profesor Carlos Bernal Pulido entre Luis Prieto Sachís y Juan Antonio García Amado. En el texto “Neoconstitucionalismo a debate”. En él, el autor virtualmente los pone a discutir sobre sus posturas teóricas contrapuestas, en torno a la concepción del Derecho constitucional contemporáneo.

Se trata de dos visiones contrapuestas en la cual, una concibe a la Constitución Política como una “Constitución [que] es material y está provista de un “denso contenido sustantivo”, conformado por normas que establecen al poder no sólo, “cómo ha de organizarse y tomar sus decisiones, sino también qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir”. Aspecto que el juez debe resolver, argumentando sus decisiones(Garcés Medrano, 2015).

El neoconstitucionalismo se ha traducido en una nueva forma de racionalizar el derecho. Es decir, otro tipo de conciencia jurídica, distinta a la decimonónica y

tradicional. La cual es producto de un conjunto de circunstancias, que tienen como punto de partida, la importancia de los Derechos Humanos después de la II Guerra Mundial. Así, hechos como El Estado Social de Derecho, la dignidad humana, el giro hermenéutico, el Derecho de los Jueces, la globalización de los DDHH, los tribunales constitucionales de cierre, el reconocimiento de las minorías étnicas y políticas, entre otros, ha impulsado esta nueva concepción del derecho y por tanto se ha reflejado en sentencias como la Sentencia de la Corte Constitucional T-726 de 2010 (Corte Constitucional, 2010).

1.18 LOS FALLOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y SU CONTRIBUCIÓN AL ROMPIMIENTO DE LA TRADICIÓN EXEGÉTICA DEL DERECHO.

Para abordar este tema acudiremos a una serie de premisas que consideramos nos sirven de punto de partida. En primer lugar, que al interior de las sociedades se presentan conflictos. En segundo lugar, que los jueces –entre otras instancias institucionales- deben resolver los conflictos de su competencia. En tercer lugar, que en lo referente a la Teoría de la imprevisión el juez civil –como parte de la justicia ordinaria- es el competente para resolver la controversia social que se le presenta, pero desde el margen que le permite los supuestos de hecho consagrados en las normas civiles y la competencia establecida para él. Pero a diferencia del juez civil ¿qué sucede en situaciones donde confluye el mismo supuesto de hecho, pero aplicado por un juez de otra jurisdicción como es el juez constitucional? De acuerdo con los fallos analizados el proceder ha sido diferente. Es decir, la CSJ no ha aplicado la imprevisión muestras que la Corte

Constitucional sí.

Ahora bien, no está de más mencionar que la diferencia sustancial de las decisiones de la jurisdicción civil y constitucional frente al principio *rebus sic stantibus*, están afectadas por distintos factores, entre ellos los de orden formal. Es decir, el procedimiento y las competencias que el ordenamiento que el ordenamiento jurídico colombiano establece para cada jurisdicción. Así, las sentencias de la CSJ aparentemente más significativas sobre la teoría de la imprevisión, por regla general corresponden a recursos extraordinarios de casación. Por tanto, prima facie no es adecuado afirmar que esta Corte se resista de manera inicua a la aplicación de la teoría de la imprevisión (Caro Nieto & Castro De Cifuentes, 2018. Pág 156). Desde esta perspectiva más bien un factor es que las partes demandantes no ha logrado el acervo probatorio suficiente para obtener una sentencia favorable.

A su vez no podemos afirmar que la Corte Constitucional ha aplicado estos principios en situaciones concretas porque sea más proclive a ello, sino porque su competencia en las acciones de tutela –en principio- le otorga las facultades para ese fin. Pero estamos realizando afirmaciones a priori a partir de cuestiones de competencia. Por consiguiente, es necesario indagar si hay otros elementos que inciden en la diferencia de las decisiones, por ejemplo, de carácter ideológico y político.

CAPITULO VI. INSTAURACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CIVIL EN COLOMBIA Y SU RELACIÓN CON LA LEGITIMIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Colombia con ocasión de la modernidad del siglo XVIII se independizó de la corona española en 1810 y se configuró como una república independiente en 1821 cuando comenzó a acoger las tipologías políticas que se habían creado desde la Revolución Francesa, por ejemplo, el régimen del sistema democrático. El cual, entre otros, implicaba elecciones libres y periódicas, el voto y la división de poderes del Estado.

Corolario de lo anterior implicaba instaurar la escisión de poderes y la independencia del poder judicial que tenía como fin que los jueces pudieran resolver las controversias del grupo social, conforme al ordenamiento jurídico establecido. Para ese propósito contaron con el poder institucional del Estado, de tal manera que este (a los jueces) les otorgó la jurisdicción, lo que implicó que sus decisiones lo representaban y por tanto debían ser obedecidas.

Lo anterior, se presentó en el escenario de una democracia con ciudadanías de baja intensidad (O'Donnell, 1993), entendidas como aquellas en que ciertos grupos de ciudadanos no tienen acceso a ciertos derechos porque el Estado no se los podía garantizar, es decir una democracia más de carácter procedimental. Es decir, un régimen de gobierno en el cual las decisiones del poder político hubo una relativa participación de los ciudadanos, sin detenerse en observar el respeto de la integralidad de sus derechos. Desde esta perspectiva este nuevo Estado colombiano no avanzó con los cambios que comenzaron a inducir la Revolución Francesa y sus

consecuencias. Se quedó como una sociedad premoderna donde los derechos seguirán la inercia de la época colonial.

En otros términos, una democracia formal (Bobbio et al., 2007) que establecía las condiciones mínimas como elecciones “libres” y periódicas, el reconocimiento de las “ciudadanías”, división de poderes, etc. Pero sin avanzar en condiciones de libertad real y la democracia del “poder popular” (Sartori, 1993, p.13) o lo que se denomina una poliarquía (Dahl, 1989) entendida como una maximización de la democracia, con ocasión de la participación real de los distintos grupos sociales que conforman un Estado. Al respecto dice Dahl:

Así, pues, cabría considerar las poliarquías como regímenes relativamente (pero no completamente) democráticos; o, dicho de otra forma, las poliarquías son sistemas sustancialmente liberalizados y/o popularizados, es decir, muy representativos a la vez que francamente abiertos al debate público (Dahl, 1989, p.18)

Diametralmente opuesto a lo anterior, desde que nos independizamos de la Corona española las constituciones políticas alternaron en el reconocimiento de la ciudadanía y concomitantemente la esclavitud como una práctica económica y social. Adicionalmente, nuestra forma de democracia confluyó con criterios como el patrimonio, saber leer y escribir, tener empleo, ser casado y ser hombre. Esta última la exclusión que más perduró, porque la condición de hombre como criterio de ciudadanía se mantendría por casi ciento cincuenta años. Desde esta perspectiva la legitimidad política es bastante cuestionable, y se podría decir que se instauró un sistema democrático, en términos formales, según Bobbio:

Puede deducirse que por democracia se ha entendido siempre un método o un conjunto de reglas de procedimiento para la constitución del gobierno y para la formación

de las decisiones políticas (es decir de las decisiones vinculantes para toda la comunidad) (Bobbio et al., 2007, p.449)

Lo descrito -en el caso colombiano- corresponde con un sistema democrático formal, donde las elecciones periódicas, unas reglas de juego, partidos políticos etc., se tradujo en un Estado en el que el poder político -por las razones expuestas- estuvo restringido a la mayoría de la población, a diferencia de la democracia sustancial la cual, según el mismo autor:

Se refiere predominantemente a ciertos contenidos a su vez inspirados en ideales característicos de la tradición de pensamiento democrático, *in primis* el igualitarismo. según una vieja formula que considera a la democracia como gobierno del pueblo para el pueblo, la democracia formal es más que nada un gobierno del pueblo, la democracia sustancial es más que nada un gobierno para el pueblo. (Bobbio et al., 2007, p.452)

La cuestión es que en la época actual Colombia como Estado tiene los efectos de esta inercia de exclusiones de la democracia formal. Y no se han logrado las igualdades que plantea la sustancial. El Derecho como ordenamiento jurídico ha sido parte de esta estructura.

Desde el punto de vista político hay una confluencia en torno a la democracia (Bobbio et al., 2007) como el régimen que escogimos desde la independencia, al Estado como forma de organización (Levi, 2008) y el Derecho como el medio de regulación social (Mejía Quintana, 2011), frente a esta categorías subyace una cuestión de gran importancia como es: La Legitimidad. El concepto de legitimidad desde la teoría política se le asignan dos significados, uno general y otro específico (Levi, 2008, p.862). Al general se le da una connotación valorativa como la justicia. Mientras que el específico tiene un carácter más descriptivo asociado al nivel de aceptación del cuerpo social, para obedecer las normas jurídicas. Al respecto Levi dice:

En una primera aproximación se puede definir la legitimidad como un atributo del estado que consiste en la existencia en una parte relevante de la población de un grado de consenso tal que asegure la obediencia sin que sea necesario, salvo en casos marginales, recurrir a la fuerza (Levi, 2008, p.862).

De manera posterior Levi plantea que la legitimidad es producto de un proceso que él denomina *legitimación* (Levi, 2008). Según el autor este depende de “la comunidad política, el régimen, el gobierno y, cuando el estado no es independiente, el estado hegemónico al que está subordinado” (Levi, 2008). Desde esta perspectiva, nos preguntamos ¿cómo se refleja en el sistema judicial una democracia de ciudadanías de baja intensidad? ¿Cómo se refleja en la jurisdicción civil la poliarquía? ¿desde sus orígenes cómo fue la configuración del sistema judicial colombiano? Y ¿En qué nivel dicha configuración nos permite dilucidar las diferencias de enfoques en los pronunciamientos históricos de la jurisdicción civil y constitucional frente a el caso concreto de la Teoría de la imprevisión?

Para responder lo anterior, revisaremos los *elementos* propuestos por Levi, no en el Estado de manera genérica sino en el sistema judicial en particular y en el Derecho como instrumento del Estado. A priori consideramos que esto nos arrojará el nivel de legitimidad ha tenido el Estado en el caso concreto del sistema judicial y el Derecho en Colombia, específicamente en la Jurisdicción Civil y la Constitucional. Es decir que constituido el Estado desde 1921, si observamos el desenvolvimiento de cada una de estas categorías podremos establecer el nivel de legitimidad en el ejercicio del poder judicial.

Tendremos en cuenta que la propuesta de Levi está orientada a verificar el nivel de consenso en el Estado y no una de sus ramas en particular. Pero para no incurrir en estiramiento

conceptual (Sartori, 2011a) observaremos en cada cambio constitucional como fue la configuración del sistemas judicial a partir del reconocimiento de la Corte Suprema de Justicia, contrastándola con cada una de los elementos establecidos por el autor, esto es “la comunidad política, el régimen y el gobierno” (Levi, 2008).

Indudablemente, nuestro análisis corresponde a tiempos históricos distintos, pero examinarlos nos permitirá poder describir y explicar las diferencias en ambas jurisdicciones - Ordinaria y Constitucional-, las cuales al momento de decidir sobre una misma institución jurídica como es la teoría de la imprevisión. En otros términos, acudir a aspectos de orden socio jurídico y de la filosofía del derecho nos permitirá responder a los interrogantes planteados.

Para el análisis propuesto, nuestro punto de partida es el surgimiento del Estado colombiano. El cual ha mantenido una dinámica de violencia en su reconfiguración. La cual los autores han descrito como una especie de *paradoja entre el orden y la violencia* de Daniel Pécaut (1987), o *legitimidad y violencia* de Marco Palacios (1995) ambos citados por Fernán González (González González, 2014).

Así, desde el punto de vista histórico, de manera primigenia -de *facto*- surge desde 1810 y, por tanto, la primera referencia a una Constitución Política en Colombia es de ese mismo año. De forma vertiginosa se van a producir cambios constitucionales por años, por quinquenios o por décadas. Que la historiografía confluye en identificar cambios significativos en 1812, 1821, 1832, 1853; dependiendo del contexto económico y social y el ejercicio del poder político, de las condiciones de conflicto y de la configuración de unas clases sociales dominantes que se resistían a la estructuración de un Estado acorde con los postulados de lo que significaba la

modernidad en Europa como la Revolución Francesa, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, etc.).

En este proceso histórico como mostraremos más adelante, la primera referencia a la Corte Suprema de Justicia se presenta en la Constitución de 1853, la cual en el numeral 6 del artículo 42 estableció que sería competencia de ella “Resolver sobre la nulidad de las ordenanzas municipales, en cuanto sean contrarias a la Constitución y a las leyes de la República”. Es decir, sería el primer antecedente de las facultades a los jueces de interpretar la Constitución y de una eventual contradicción con una norma jurídica, hacerla prevalecer. (Cortés Nieto et al., 2009).

Pero de manera más general ubicándonos en tiempos más remotos a la Independencia, después de la llegada de la colonización española en 1492 se fueron agotando una serie de etapas para consolidar su poder en territorio de las Américas. Al comienzo con cierta improvisación que se reflejaba a través de la concesión de licencias a los colonos para habitar el territorio y explotarlo, lo cual se tradujo en abuso de poder, devastación y menoscabo de la convivencia de las comunidades aborígenes, inicialmente indígenas y luego negros africanos esclavizados. Los historiadores plantean que ese proceso se presentó a través de varios periodos:

La organización administrativa de España en América podría dividirse en tres grandes periodos. El primero, que coincide con el proceso de descubrimiento y conquista, es un periodo de experimentación y tanteos, representado por las capitulaciones entre la Corona y los primeros conquistadores que con el título de adelantados impusieron su voluntad en un proceso de explotación y rapiña que poco tenía que ver con una organización institucional. El segundo se inicia con la fundación de las primeras audiencias y la promulgación de las primeras Leyes de Indias, particularmente con las de

1542, expedidas por Carlos V, en la Ciudad de Burgos. (...) Las reformas introducidas por los reyes Borbones, a partir de Felipe V, en los comienzos del siglo XVIII, constituyen la tercera etapa que se prolonga hasta la emancipación de los territorios americanos (Jaramillo Uribe, 1989).

La necesidad de una regulación para estos territorios colonizados -sin la Corona Española saberlo- era la incipiente configuración de un ordenamiento jurídico, es decir, del Derecho de las posteriores repúblicas independientes. Lo anterior nos sirve como punto de referencia para establecer como el Derecho se comenzó a imponer a las comunidades “descubiertas” a través de: La Legislación de Indias. Esta consistió en una compilación de ordenanzas de la Corona española que estaba orientada a regular aspectos como la propiedad, el territorio, la esclavitud, entre otros aspectos. Desde la perspectiva de la Historia del Derecho esta legislación la podremos asumir como una fuente de investigación directa, pero también es importante conocer la mirada de historiadores, relatos, cartas y escritos de los protagonistas de la época (del Vas Mingo, 1990, p.593).

Nuestras fuentes históricas corresponden con la historiografía más reconocida en Colombia, integrada por la Enciclopedia de la Nueva Historia de Colombia, uno de los textos más completos de historia que procura abarcar de manera profunda además de las etapas indígena, colonial y republicana, distintas categorías conceptuales como la política, economía, la cultura, la sociedad, el arte y su relación con la configuración institucional del Estado. Esta obra fue presidida por Álvaro Tirado Mejía, que además de las reflexiones de este prestigioso historiador, recoge ensayos de académicos de diferentes disciplinas que plasmaron su análisis de algunos hechos históricos de Colombia. Entre ellos Germán Colmenares, Jorge Orlando Melo,

Salomón Kalmanovitz, Jaime Jaramillo Uribe, Juan Manuel Santos (expresidente de Colombia), José Antonio Ocampo (actual ministro de Hacienda), entre otros.

Adicionalmente, obras de académicos extranjeros que podríamos denominar “colombianistas”. Entre ellos se encuentran los norteamericanos David Busnell, doctor de la universidad de Harvard con su texto “Colombia una nación a pesar de sí misma” donde hace un análisis crítico y social de cada una de las etapas de nuestro proceso de formación como Estado. Convirtiéndose en la primera obra de historia escrita originalmente en inglés. En esta misma línea, otro autor importante fue Charles Bergquist, historiador egresado de la Universidad de Stanford autor del texto “*Violence in Colombia: the contemporary crisis in historical perspective*”. Es uno de los colombianistas más rigurosos, que con su estudio contribuye a la comprensión del conflicto político en Colombia.

También se encuentra el texto de Carlos Alberto Mora y Margarita Peña “Historia Socioeconómica de Colombia”, el cual ha sido un recurrente medio de consulta y un referente de los licenciados en historia en Colombia. Para la comprensión estructural del conflicto en Colombia está el texto “poder y Violencia en Colombia” de Fernán González González. Por otro lado, Diana Uribe quien a través del relato ha contribuido a la difusión y comprensión de nuestra historia.

Al estudiar los autores descritos se infiere que el nacimiento de este nuevo ordenamiento jurídico no fue una cuestión definitiva, en razón a que el Derecho tiene una serie de complejidades y variables para su configuración, porque desde la modernidad hasta la época contemporánea la teoría coincide en identificar una relación directa entre el Derecho y el Estado, o entre el conjunto de normas establecidas por órgano competente y la fuerza y coacción. Lo cual

permite imponerlas al grupo social, porque el Estado se materializa a través del Derecho y viceversa.

Pero en el caso que nos ocupa, nos parece pertinente aclarar qué, si de lo que se trata es establecer cómo surge el Derecho en Colombia, es necesario tener en cuenta: En primer lugar, que la Conquista en 1492 y el proceso de colonización posterior, en ese momento todavía no se habían consolidado los estados modernos en Europa y por tanto la Península Ibérica era más una nación imperial con características feudales (Stoetzer, 1986, p.101), integrada por los reinos de Castilla, Aragón, Navarra, Portugal y el Reino moro de Granada (Mora & Peña, 1985. p.45) los cuales no tenían una unidad nacional (Stoetzer, 1986). En segundo lugar, consecuencia de lo anterior, esa simbiosis que en la época actual se hace entre Estado y Derecho en ese momento no se configuraba como tal. Lo que sucedió fue la emisión de una serie de normas e instituciones por parte de la Corona española (v. gr. la Legislación de Indias), para tratar de regular (por decirlo de la manera más eufemística), (Osuna Fernández-Largo, 1991, p.78) las relaciones de poder que se estaban presentando entre la Corona, los colonizadores, los indígenas y los negros africanos esclavizados. Es decir, en términos modernos en la Legislación de Indias todavía no había Estado español ni colombiano. En tercer lugar, en lo que se refiere a Colombia, sólo después de instaurada la República a partir de la Independencia en 1810 (una incipiente independencia) y concretamente de la Constitución de 1821, es que podemos comenzar a concebir un Estado en términos de la modernidad que se estaba presentando en Europa y, por tanto, la afinidad que se le atribuye a la consolidación del Derecho. Es decir, con la Gran Colombia en 1821 es que surge un Estado con división de poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), con una Constitución Política, acogiendo el concepto de soberanía, además de una configuración territorial y su población. Por consiguiente, a partir de este hecho el Derecho

tendrá otras connotaciones en la República colombiana recién constituida. “En otros aspectos, la Constitución establecía un gobierno de tipo republicano, con poderes separados y garantías para los derechos individuales” (Busnell, 1994, p.83).

En síntesis, en el caso colombiano para comprender la configuración del Derecho como ordenamiento jurídico impositivo, son tres momentos que hay que tener en cuenta: Uno fue el “descubrimiento” de América donde se dieron licencias a los “descubridores” para que se vieran motivados a realizar la exploración de estos “nuevos” territorios. Dos, el momento de la Colonia, donde se establecieron una serie de normas para regular la convivencia entre españoles y aborígenes, siempre conforme a la representación de sociedad que tenía el colonizador español (Elliott, 2004). Esto acompañado de una serie de concesiones dadas por la Corona española a los colonizadores que en el tiempo se fueron sofisticando de acuerdo con el contexto y la lectura que esta iba haciendo de la coyuntura, con el fin de ser más eficaz en la apropiación de los territorios en América. El tercer momento es lo sucedido de manera posterior a la Independencia donde Colombia se configuró en Estado conforme a los cánones modernos.

A medida que se termina la Conquista y se consolida la administración peninsular en Indias se produce no tan sólo el mestizaje racial y cultural, sino también una metamorfosis legal, esto es, el derecho castellano introducido en América no sería el mismo de la Península, sino que evolucionaría y cambiaría —se adaptaría al nuevo ambiente indiano—. Se debe esta metamorfosis a la nueva realidad que se enfrenta en el Nuevo Mundo con su vastísima extensión, sus obstáculos topográficos y su complejísima naturaleza, llenas de características muy diversas (Stoetzer, 1986. p. 102).

Lo anterior implica que la configuración del Estado y el Derecho en Colombia, si bien es cierto debe tener como punto de partida la Independencia y la instauración de la República, no debe desconocer la “inercia normativa” generada por la Legislación de Indias, en razón a que estas fueron las primeras formas de regulación de carácter general y abstracto que se presentaron en el territorio. Adicionalmente, después de instaurada la República Colombia como Estado mantendría algunas instituciones sociales y jurídicas de la época de la Colonia (Tirado Mejía, 1989), (Uribe, 2019), (Mora & Peña, 1985) lo que incidirá de forma importante en la configuración del Derecho y de su sistema judicial. Y si se quiere del posterior proceder de los jueces colombianos, porque ellos impartían justicia para un entorno social del cual hacían parte.

Además que desde 1810 a la naciente Colombia se le denominó la Nueva Granada donde aparentemente surgía un nueva configuración social, en este caso como “Estado” pero con unas condiciones sociales y económicas de pobreza la cual “adolecía de una débil unidad política; estaba dolorosamente marcada por el subdesarrollo social y económico, o más precisamente por la pobreza extrema y el estancamiento”(Busnell, 1994, p.111). Después de casi una década en 1821 con la nueva configuración de la Gran Colombia tampoco se presentó una ruptura absoluta con las estructuras de poder que se habían mantenido hasta ese momento. La única fue la del dominio español.

En correspondencia con lo anterior, desde el punto de vista social se quiso mantener un sistema de clases, más o menos semejante al que había imperado en la colonia, se mantuvo la esclavitud por varias décadas, sólo la condición de persona blanca o criolla y además del monto patrimonial daban la condición de ciudadano. Entonces, al margen de las estipulaciones formales de la nueva Constitución Política y las doctrinas humanistas con ocasión de la Revolución francesa, Colombia como República comenzaba a estructurar un sistema social, político y

económico que permitiera a las nacientes élites mantener sus privilegios y el poder, lo que sería el inicio de una permanente tensión entre ellas y el campesinado (Domínguez, 2006).

Esas tensiones permearían el quehacer judicial y las representaciones de los criterios de justicia para cada época política. Por consiguiente, -de manera breve- procuraremos dar cuenta de cómo estos sistemas normativos se fueron consolidando e interfiriendo con lo que sería la consolidación de nuestro Ordenamiento Jurídico y judicial.

1.19 LEGISLACIÓN DE INDIAS

Es el nombre más genérico para la normatividad española que estuvo integrada por “las Siete Partidas, la Nueva Recopilación de Castilla, la Novísima Recopilación y la Recopilación de Indias”(Hinestrosa, 2006). Esta legislación tuvo varias características, entre ellas que fueron normas dispersas, sin un arquetipo o estructura en términos de los sistemas piramidales contemporáneos, además con una impronta por la casuística (Ots Capdequí, 1925).

Su finalidad era poder resolver las situaciones tan diversas que se presentaban en los territorios ocupado por la Corona Española. Tal como mencionamos anteriormente, como no existía Estado español o colombiano, esta legislación se ocupó de unas franjas específicas de la sociedad como la propiedad, las relaciones de familia, los encargos públicos, y la explotación minera. Por ejemplo, en cuanto a la propiedad en los terrenos colonizados en América (entre ellos Colombia) la regulación de la propiedad se hizo a partir de:

Las regalías en punto a las minas, el oro que se encontrase en las minas o en los ríos considerado como regalías, las salinas, la propiedad de las perlas, esmeraldas y otras piedras preciosas, los tesoros y enterramientos de Indias, los bienes mostrencos, vacantes y precedentes de naufragios tierras aguas, montes y pastos de las indias, la propiedad privada sobre los oficios públicos [vender y asignar los cargos públicos](Ots Capdequí, 1925)

1.20 LA INDEPENDENCIA EN 1810

Después de la Legislación de Indias, se sobrevendrá este proceso de independencia en 1810. Hay tantos análisis como autores. Por regla general con puntos de confluencia en hechos históricos que podríamos considerar relevantes. Por ejemplo, los cambios constitucionales de cada época y algunos hechos sociales como el conflicto interno y externo que tendría Colombia como Estado, sus causas, los diferentes actores, etc. En lo referente al sistema judicial, su configuración sólo se va a presentar aproximadamente diez años después. En una breve historia del autor Zubiría Samper divide su análisis en varias etapas de la siguiente manera:

En el ensayo se estudia cuál ha sido la evolución de la Rama Judicial en nuestro país, partiendo de la primera época centralista (1821 a 1850), pasando luego por el período centro federal (1850-1858), el federalista (1858 a 1886), el retorno al régimen centralista en la Carta de 1886 con todas sus reformas, hasta llegar a la coyuntura de la Asamblea Constituyente y la Constitución Política de 1991 (De Zubiría Samper, 2012, p.155).

1.21 CONSTITUCIÓN DE 1821

Con la Constitución de 1821 se marcará una época de configuración institucional del incipiente sistema judicial. Después de esta constitución se establece lo que primero fue un tribunal superior y que al término del siglo será la Corte Suprema de Justicia. Cada cambio constitucional se verá impregnado por la impronta de los hechos de la situación social y política. Por ejemplo, Colombia a pesar de convertirse en república de acuerdo de los cánones de la modernidad, de manera contradictoria mantendrá restricciones para el reconocimiento de la ciudadanía. De acuerdo con este contexto, en la época actual nos preguntamos ¿Cómo hacía un juez si debía administrar justicia en un Estado que había y era legal la esclavitud? Este aspecto da cuenta de la dicotomía que padecía el naciente sistema judicial nuestro, en razón a que hubo instituciones políticas y constitucionales modernas, pero también premodernas como la esclavitud.

Adicionalmente, sólo hasta 1951 formalmente terminará con la esclavitud. Lo que da cuenta cómo la configuración del Estado mantendría una serie de instituciones políticas excluyentes no acordes con los lineamientos que había marcado la Revolución Francesa aproximadamente cuarenta años atrás. En ese escenario el sistema judicial y la forma particular de decidir los jueces, indefectiblemente se vería afectado por el entorno social y político.

Esta Constitución tiene sus antecedentes desde 1819, la cual se instaura después haberse llevado a cabo la Batalla de Boyacá, que también fue antecedita por casi una década de confrontaciones entre los independentistas y la Corona española, además de las luchas internas entre criollos, comuneros y quienes habían asumido el liderazgo de la independencia. Agotada este largo conflicto se expidió la Constitución Política de 1819, la cual:

Comprendía ésta el Virreinato de la Nueva Granada, con su Capitanía General de Venezuela, el reino de Nueva Granada y la Presidencia de Quito. La República así formada se dividió en tres departamentos: Venezuela, Quito y Cundinamarca. Por disposición de una junta de gobierno, el territorio de Panamá que estaba adscrito al Virreinato de Nueva Granada se unió a la República de Colombia en el año de 1821 (Tirado Mejía, 1989)

Así la constitución de 1819 es reemplazada por la constitución de 1821, la cual como habíamos mencionado se denominó “la Gran Colombia para diferenciarla de la más pequeña Colombia actual” (Busnell, 1994, p.82) es decir, distar de lo que anteriormente había sido la Nueva Granada y que con este nuevo régimen se instauraba la República de Colombia. Desde el punto de vista territorial se acogió el principio romano del *Uti possidetis* (Tirado Mejía, 1989) según el cual los territorios de esta nueva República corresponderían con los poseídos y administrativamente divididos hasta ese entonces por la Corona española (Tirado Mejía, 1989). Dados los conflictos antecedentes, había la expectativa por que se disminuyeran las tensiones, en cuanto a la configuración territorial de la nueva república. Para morigerar el asunto se entre otros aspectos se adicionó una disposición que:

Incluía expresamente una cláusula según la cual una nueva convención podría reconsiderar el asunto después de un período de prueba de diez años. Para entonces la guerra probablemente habría llegado a su fin, no solamente en Colombia sino en el resto de Suramérica; entonces, si la nación así lo quisiera, podría instaurar un régimen federalista sin arriesgar su propia seguridad (Busnell, 1994, p.83).

La dirección del Estado estaría a cargo de Simón Bolívar, tal vez por el liderazgo que él representaba con ocasión de haber abanderado el proceso de independencia, -sin asumir que era un héroe- su triunfo indudablemente estuvo acompañado por campesinos, negros, indígenas y mujeres. Esta nueva Constitución surgía en un contexto de permanente tensión y conflicto. Hubo un equilibrio estable (Morlino, 2008) por pocos años, la cual duraría hasta 1926. Pero no habría estabilidad política (Morlino, 2008), entre otras razones por el debate entre federalistas y centralistas, además de las permanentes contradicciones sociales que se prolongarían a lo largo del siglo. Debate que estaría vigente en varias décadas en el Siglo XIX, pero en esta ocasión prevaleció el centralismo, tal vez porque representaba una aparente unidad que se requería frente a la amenaza reciente de la reconquista española. (Busnell, 1994).

A propósito de los elementos integrantes de la legitimidad, entre ellos el de la *comunidad política* (Levi, 2008) el “sufragio [era] restringido [de tal manera] que excluía de la votación a la mayoría de los habitantes” (Busnell, 1994). Desde esta perspectiva se comenzaba a configurar un Estado socialmente excluyente y desigualitario, lo cual marcaría el horizonte de los criterios de justicia de quienes les correspondería administrarla. Este estado de desigualdades sociales perdurará por casi doscientos años, debido a que en cada época se normalizó, por ejemplo en el momento descrito la exclusión “no dejaba de ser lo normal durante el período en Cuestión” (Busnell, 1994). Además de los problemas de alfabetización la participación en política sería indirecta y restringida para las personas de escasos recursos económicos, así, la constitución:

Manténía algunos requisitos de propiedad e ingresos para ejercer el derecho del voto y determinaba que no sólo el presidente, sino también el Congreso, deberían ser elegidos indirectamente por un sistema de asambleas electorales. Al menos durante

diecinueve años no se impondría la prueba de alfabetismo para otorgar el derecho del voto. (Busnell, 1994, p.83).

Desde el punto de vista funcional esta constitución instituyó en su artículo 140 la Alta Corte de Justicia de Colombia la cual es el origen primigenio del máximo órgano de nuestro sistema judicial. Que de acuerdo con el artículo 147 estaría integrado además por Cortes Superiores de Justicia y de los Juzgados Inferiores.

1.22 CONSTITUCIÓN DE 1830

Esta constitución en lo referente a la participación política de la comunidad estableció en su artículo 14: *“Para gozar de los derechos de ciudadano se necesita:*

- 1. Ser colombiano;*
- 2. Ser casado o mayor de 21 años;*
- 3. Saber leer y escribir; pero esta condición no será obligatoria hasta el año de 1840;*
- 4. Tener una propiedad raíz, cuyo valor libre alcance a trescientos pesos, o en su defecto ejercer alguna profesión o industria que produzca una renta anual de ciento cincuenta pesos, sin sujeción a otro, en calidad de sirviente doméstico o jornalero”.*

Lo anterior, seguía dando cuenta de las estructuras de poder excluyentes, que hacían parte de la configuración del Estado y que por tanto afectaban otras variables de orden social como la justicia. Por ejemplo, ser casado implicaba más un componente religioso e impuesto por el catolicismo imperante en la época y por tanto su establecimiento como un requisito implicaba un sesgo social importante. Igual que lo anterior, la imposición de tener propiedad raíz (inmuebles),

eso excluía a quienes no fuesen propietarios, lo que por el contrario indujo a que la propiedad de la tierra se convirtiese en un factor diferenciador, que se mantiene hasta la época actual.

En lo que corresponde al sistema judicial, se mantiene la misma estructura descrita en la constitución anterior. Ella, respecto del poder judicial decía lo siguiente:

“Artículo 109.- La justicia se administrará por una Alta Corte de Justicia, Cortes de apelación y demás Tribunales y Juzgados creados o que se crearen por la ley.

Constitución de 1832

Esta constitución por el contexto que se está presentando, vuelve a abordar el tema de los esclavos, en razón a que esta práctica no se había terminado y todavía era legal, tanto que tenía reconocimiento constitucional. En la época actual eso es un exabrupto, pero en ese momento apenas se estaba configurando un nuevo Estado y expresamente no se había prohibido esta práctica. Esta situación desde la perspectiva de la legitimidad y el rol de la comunidad en la misma pone de presente los paradigmas con los cuales los jueces de la época debieron contar en ese momento.

La comunidad como en casos anteriores, estuvo condicionada a un reconocimiento ciudadano excluyente, porque, a pesar del intento por incluir aspectos como el *ius soli* y el *ius sanguini* para ser nacional, no había desaparecido la esclavitud. Así, el artículo 5° establecía:

“Son granadinos por nacimiento:

1. Todos los hombres libres nacidos en el territorio de la Nueva Granada, antes de la transformación política de sus respectivas provincias en favor de la independencia;

2. Los descendientes de éstos, y los de granadinos por naturalización, que hayan nacido o nacieren en el mismo territorio;

3. Los que habiendo nacido en países extranjeros de padres granadinos, ausentes en servicio de la República, o por su amor a la causa de la independencia o de la libertad, hayan fijado o fijaren su residencia en la Nueva Granada;

4. Los que habiendo nacido en el territorio de la Nueva Granada de padre extranjero, hayan fijado, o fijaren su residencia en él;

5. Los libertos nacidos en el territorio de la Nueva Granada;

6. Los hijos de las esclavas nacidos libres, por el ministerio de la ley, en el mismo territorio.

En correspondencia con lo anterior, lo atinente a la ciudadanía establecía requisitos como ser casado, tener patrimonio, no estar subordinado a otro y en el futuro se establecería no ser analfabeta. La constitución decía en el artículo 8°:

“Son ciudadanos todos los granadinos que tengan las cualidades siguientes:

1. Ser casado o mayor de veintiún años;

2. Saber leer y escribir; pero esta condición no tendrá lugar hasta el año de 1850;

3. Tener una subsistencia asegurada, sin sujeción a otro en calidad de sirviente doméstico, o de jornalero”.

En lo relacionado con el sistema judicial, se crearía la Corte Suprema de Justicia, por disposición expresa de la constitución, que decía:

Artículo 130.- La justicia se administrará por una corte suprema de justicia, y los demás tribunales y juzgados que la ley establezca.

Además, la constitución consagró que esta estaría ubicada en Bogotá y estableció cuáles serían sus funciones.

1.22.1 El fin de la esclavitud

En 1851 sucedió un hecho histórico importante que contribuye a nuestro análisis, que consistió en la abolición de la esclavitud en Colombia a través de la Ley 21 de 1851, en el gobierno del presidente José Hilario López. Se da fin a la esclavitud de manera gradual. Mas que una medida paternalista del Estado, tenía intereses políticos porque varios sectores de la élite - incluidos los españoles- ya lo habían prometido, como también lo había prometido Simón Bolívar. El interés político consistía en los apoyos que se podrían lograr de la comunidad negra como un factor de cohesión social. La práctica de la esclavitud implicaba un menoscabo de la legitimidad del incipiente Estado colombiano. A pesar de ser una medida que obedecía a un interés político, tal vez se vio inducida por el liberalismo que estaba imperando en Europa. Porque para ciertos sectores como los grandes hacendados y terratenientes dueños de esclavos la abolición era contraria a sus intereses.

1.23 CONSTITUCIÓN DE 1853

Esta constitución se verá afectada por los “vientos” liberales de la época. Pero sigue manteniendo como criterio de ciudadanía el matrimonio, aspecto que desdibuja las ideas liberales de este tiempo. La ideología política imperante fue de un Estado centro federalista (De Zubiría Samper, 2012). Tal vez por esa razón el matrimonio seguía siendo un criterio de incidencia política y reconocimiento social. De manera excluyente y machista se mantiene el género (ser hombre) y ser casado, como condición indispensable para la ciudadanía. La Constitución decía:

Artículo 2.- Son granadinos:

1. *Todos los individuos nacidos en la Nueva Granada, y los hijos de éstos;*
2. *Todos los naturalizados según las leyes.*

Artículo 3.- Son ciudadanos los varones granadinos que sean, o hayan sido casados, o que sean mayores de veintiún años.

En lo referente al sistema judicial se mantiene a la Corte Suprema funcionalmente como máximo órgano. Por tanto, se mantendría este organismo dentro de la estructura del Estado.

Artículo 41 de la Constitución Política decía: El Poder Judicial es delegado por el pueblo a la Suprema Corte de la Nación, y a los demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley.

Posteriormente, la Constitución de 1858 seguirá instaurando a la Corte Suprema de Justicia como máximo órgano de la justicia ordinaria y la modificación en cuanto a la ciudadanía sería haber nacido en suelo de la Confederación, se retira el matrimonio y el criterio del género. Esta Constitución establecería:

Artículo 3.- Son granadinos:

1. *Todos los nacidos o que nazcan en el territorio de la Confederación;*
2. *Los que nazcan en territorio extranjero de padres granadinos;*
3. *Los que obtengan carta de naturalización; y,*
4. *Los que, no estando comprendidos en los incisos anteriores, tengan las cualidades de granadinos, según la Constitución*

Desde 1861 se agudizarán los conflictos por el poder. Todo este acumulado de exclusiones que no se pudieron resolver, sería el “caldo de cultivo” para los conflictos y

la violencia en Colombia. La elite, conformada por la clase política, los grandes terratenientes y la iglesia católica preponderaría por mantener sus privilegios. Mientras que los campesinos, los negros y entre ellos la gente más pobre mantendrían la esperanza unos cambios estructurales para mejorar sus condiciones de vida. Lo anterior, alimentado por el analfabetismo, las pocas posibilidades de información y los problemas de acceso a la tierra, se traducirían en violencia y confrontación.

Esa contraposición de comunidades de copartidarios se profundizó en un segundo grupo de guerras, las de 1861, 1876 y 1885, cuyas razones se centraban alrededor de dos temas: uno, el modelo de régimen político que se debe adoptar, el federalismo o el centralismo y, consiguientemente, cuál es el tipo de relación que se establece entre Estado central, regiones, subregiones y localidades; y otro, cuál sería la relación del Estado con la jerarquía de la iglesia católica y cual el peso que está tendría en la sociedad (González González, 2014, p.195).

La Constitución de 1863 es considerada la más liberal, de tal manera que a esta época se le conoce como el “liberalismo radical”. A través de ella se instauró un sistema federal conformado por nueve estados con una importante autonomía económica y administrativa. Se declaró el Estado laico y por tanto la separación con la iglesia y las libertades de pensamiento y libertad religiosa. Se proscribió la pena de muerte y se estableció el voto indirecto como forma de elección del presidente de la República (artículo 77 de la Constitución Política). Todo este avance democrático sería contradictorio con las divisiones internas y las preocupaciones por las castas políticas en cuanto su estatus y las presiones de los sectores más conservadores de la sociedad. Lo cual con la Constitución de 1886 se sellaría la instauración de un Estado centralista, conservador, moralista, la prevalencia de unas clases sobre otras y el retorno del poder político y

económico de la iglesia en los asuntos del Estado. Si bien es cierto, para el contexto la Constitución de 1863 representó un gran avance en la concepción de un Estado moderno, no es adecuado pontificarla en el sentido de asumirla como la consolidación de un Estado completamente liberal, que le dio prevalencia a las libertades públicas. Porque en algunos de sus apartes se mantenían instituciones jurídicas fundamentadas en expresiones excluyentes como “población civilizada” como lo establecía el artículo 71.

La República de Colombia, tal como la concebimos hoy surgirá con la Constitución de 1886. Esta será marcadamente excluyente en razón a que la ciudadanía y los derechos políticos solamente estaba reconocida para los hombres mayores de 21 años. Ella establecía:

Artículo 15.- Son ciudadanos los colombianos varones mayores de veintiún años que ejerzan profesión, arte u oficio, o tengan ocupación lícita u otro medio legítimo y conocido de subsistencia. De esta manera, ser hombre y tener una profesión u oficio sería el criterio fundante de una Constitución que se mantendría aproximadamente un siglo hasta la expedición de una nueva en 1991.

En lo referente al sistema judicial, una de las competencias establecidas para la Corte Suprema de Justicia era los pronunciamientos de exequibilidad o inexecuibilidad de los actos legislativos.

El Acto legislativo No 1 de 1924 determinó la división de la Corte en Salas, una de las cuales sería para la casación y otra de negocios en general; señalando a cada una de ellas los asuntos que debía conocer separadamente y determinando aquellos en que debía intervenir toda la Corte.(Corte Suprema de Justicia, 2019)

La Corte Suprema creada en 1886 siguió las directrices de la ley española del enjuiciamiento civil de 1885, ley que a su vez se inspiraba en la Corte de Casación de Francia (Corte Suprema de Justicia, 2019).

La Constitución Política de 1991, tal como lo consagraba la Constitución de 1886 mantuvo dentro de la estructura del Estado a la Corte Suprema de Justicia como máximo órgano de la Justicia ordinaria y creó la Corte Constitucional. A partir de este momento la Corte Suprema de Justicia no tendría la competencia de asumir asuntos de jurisdicción constitucional a través de una de sus salas, sino, que desaparecería la sala de asuntos constitucionales de la Corte Suprema de Justicia y esa función la sumiría la Corte Constitucional.

La “nueva” Corte Constitucional, como lo mencionamos en otros capítulos sería nuestro órgano de cierre en materia constitucional y llevaría a cabo esa función a partir de dos tareas asignadas por la nueva Constitución Política de 1991: La revisión eventual de los fallos de tutela y las demandas de inexecutable, es decir las que en criterio de un ciudadano se interponen por la no correspondencia de ciertas normas jurídicas con la Constitución.

1.24 LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Tal como lo habíamos mencionado, realizaremos la línea jurisprudencial con los criterios establecidos en nuestra doctrina nacional (López Medina, 2008). Tomando como punto de partida una pregunta en torno a la institución jurídica, en este caso la aplicación por parte de la Corte Constitucional de la teoría de la imprevisión en las situaciones de desplazamiento forzado, secuestro y desaparición. Metodológicamente, realizamos una pregunta en la que relacionamos distintas variables: la institución jurídica (la teoría de la imprevisión), la situación fáctica (López

Medina, 2008) (los casos de desplazamiento forzado, secuestro y desaparición) y un criterio de comparación, a saber, una pregunta asertiva, es decir, si la Corte Constitucional ha aplicado o no la institución jurídica en el caso concreto. Eso nos arrojará un esquema de las posturas de la Corte Constitucional en cuanto a la situación concreta.

¿En los casos de deudores en situaciones de secuestro, y/o desplazamiento forzado y/o desaparición; se ha aplicado la teoría de la imprevisión?

En los casos de deudores en situaciones de secuestro, y/o desplazamiento forzado y/o desaparición; se ha aplicado la teoría de la imprevisión	<ul style="list-style-type: none"> • T-309/16 • T-358/2008 • T-312/2010 • T-207/2012 T-312 de 2010 • T-697/2011 	<ul style="list-style-type: none"> • T-419/04 • T-488/2010 	En los casos de deudores en situaciones de secuestro, y/o desplazamiento forzado y/o desaparición; NO se ha aplicado la teoría de la imprevisión
		<ul style="list-style-type: none"> • T-520/2003 • C-1011 de 2008 	

Gráfica 1.

En la gráfica 1 hemos ubicado las sentencias (*Corte Constitucional Sentencia T-309, 2016*); (*Corte Constitucional Sentencia T-520, 2003a*); (*Corte Constitucional Sentencia T-207, 2012*); (*Corte Constitucional Sentencia T-697, 2011*); (*Corte Constitucional Sentencia T-726,*

2010); (T-312, 2010); (T-358, 2008); (T-419, 2004); (Corte Constitucional Sentencia C-1011, 2008); (T-488, 2010); para dar cuenta de la línea jurisprudencial que ha mantenido la Corte en cuanto la Teoría de la Imprevisión. El esquema da cuenta de la coherencia en cuanto a como se ha aplicado la teoría a personas que se encuentran en condición de desplazamiento y que concomitantemente son deudores de obligaciones previamente contraídas. Teniendo en cuenta el anterior esquema, es importante considerar la sentencia T-520/03 a través de la cual la Corte establece una especie de *subreglas* en lo que corresponde al deudor en situación de *desplazamiento*. La Corte dijo:

a) El hecho del secuestro, considerado como una circunstancia imprevisible e irresistible (...)

b) A pesar de existir esta vía procesal para alegar la situación del secuestro, en este caso la tutela fue procedente bajo la consideración de que probar el secuestro como un hecho imprevisto, imprevisible e irresistible (...)

c) La circunstancia del secuestro al constituir una fuerza mayor exime de responsabilidad al deudor dentro del proceso ejecutivo (artículo 1604 del C.C., aplicable por remisión a la normatividad civil que hace el artículo 822 del Co.Co.)

d) Una vez liberada, la persona secuestrada se enfrenta a unas determinadas condiciones mentales y económicas que prohíbe a la entidad bancaria imponerle cargas, como quiera que no esté en condiciones de igualdad con el resto de la población. De este modo, a pesar de que la entidad bancaria tiene el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación, el deudor no está en capacidad de cumplirla por la coacción de un tercero. (el resaltado es nuestro)

e) *El ejercicio del derecho a la autonomía privada es protegido si con su uso se respeta los derechos ajenos, el interés general y se contribuye al progreso y al bienestar general (T-338-93). Empero, los límites a la autonomía contractual no es posible fijarse de antemano con prescindencia del bien jurídico que esté enfrentado en cada caso. El artículo 333 de la Constitución Política faculta limitar a la autonomía individual en aras del bien común.*

f) *El deber de solidaridad limita la autonomía de las relaciones contractuales cuando una desprotección en materia contractual compromete derechos fundamentales. Las controversias contractuales son resueltas por las disposiciones legales. Sin embargo, si de las obligaciones contractuales depende la subsistencia autónoma y libre de una de las partes y no existe remedios legales, este asunto se torna de relevancia constitucional.*

g) *Si se protegen las desigualdades en el contrato, aún más se pueden limitar los derechos del acreedor, pues éstos no son absolutos.*

h) *Por medio de figuras como la buena fe, la fuerza mayor, el caso fortuito y la imprevisión se protegen a los deudores, limitando la autonomía privada, esto es, el pacta sunt servanda. (...)*

i) *Teniendo en cuenta las anteriores premisas se consideró que no es exigible los instalamentos vencidos durante el término del secuestro, pues este hecho físicamente impide cumplir las obligaciones. Como no eran exigibles, no se causa mora, pues el deudor no estaba en la facultad de decidir libremente si cumplía o no con sus obligaciones, de allí que no se pueda generar responsabilidad de sus actos. (...)*

*j) La fuerza mayor se atribuye a la circunstancia en que se encontraba el secuestrado y también la de toda su familia, pues, en este caso, la persona víctima del secuestro desarrollaba personalmente y por cuenta propia la actividad económica de que era dependiente la familia, irradiando de esta forma la fuerza mayor a los demás obligados.
(...)*

*k) Prolongación de los efectos del secuestro e inexigibilidad las cuotas durante la fase de readaptación, esto es, la no exigibilidad de las cuotas durante el año siguiente a la terminación del secuestro, pues se considera que en este tiempo el sujeto adquiere su capacidad económica y laboral, y supera la afectación psicológica a la que fue sometido.
(...)*

l) El hecho de que las entidades bancarias adelantaran un proceso ejecutivo a sabiendas de la situación en que se encontraba el deudor, afecta la buena fe de las relaciones contractuales y abusa de la administración de justicia, pues desconoce las circunstancias excepcionales del incumplimiento (Corte Constitucional Sentencia T-520, 2003).

Adicionalmente, en la gráfica número 1 se puede establecer que la Corte Constitucional cuando ha verificado que una persona se encuentra en una situación de secuestro, y/o desplazamiento forzado y/o desaparición, además de ser deudora, se debe tener en consideración su condición para efectos del cumplimiento del contrato pactado. Sin eximirle de sus obligaciones, pero revisando las condiciones de su cumplimiento de tal manera que no le resulte lesivo.

En el esquema decidimos incluir una sentencia diametralmente opuesta al precedente jurisprudencial, es decir la regla general. Debido a que la Corte en un caso específico en que el

accionante de la tutela esgrime amenazas y extorsiones, no aplica la teoría de la imprevisión, tal vez por cuestiones adjetivas o procedimentales, en razón a que el accionante acudió a la tutela de manera extemporánea y no lo hizo con la inmediatez que exige la naturaleza de la acción. En ella la Corte tiene en cuenta el precedente constitucional, pero no lo aplica porque el accionante no logra demostrar algunos aspectos relevantes para estos casos. Se trata de una sentencia de tutela donde el accionante invoca se le salvaguarden sus derechos a “Vida digna, vivienda digna, igualdad y debido proceso” (*Corte Constitucional Sentencia T-470, 2012*).

Además de lo anterior, el accionante solicita se declare la nulidad de una cesión de crédito y el correspondiente remate de un predio, con ocasión de un proceso ejecutivo iniciado contra él, por el acreedor. El fundamento de la solicitud de la acción de tutela es que el deudor se encontraba desplazado de manera forzada por un grupo armado de Colombia. Según el deudor que interpuso la acción de tutela fue amenazado y extorsionado por el movimiento insurgente FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia), las cuales le exigían exorbitantes sumas de dinero para no atentar contra su vida. Exigencias que se mantuvieron aún después de ser liberado.

Bajo las circunstancias anteriores, este deudor manifiesta no tuvo más remedio que huir para preservar su vida. Fue así como su acreedor, le inició un proceso ejecutivo en su contra, lo cual llevo al respectivo proceso ejecutivo y el subsecuente remate de un bien inmueble del que el deudor era titular de dominio. Después de haberse agotado varias instancias judiciales, la Corte Constitucional no tuteló los derechos reclamados por el deudor accionante, con fundamento en que su situación de desplazamiento no se verificó, es decir no o pudo demostrar. Además, que acudió a la tutela sólo seis meses después de la sentencia desfavorable del proceso ejecutivo y remate estar en firme. Es decir, la sentencia T-419/04 (*Corte Constitucional Sentencia T-419,*

2004) la ubicamos en el extremo de la gráfica 1, en razón a que parte del objeto de la controversia tiene como eje medular el desplazamiento forzado, pero a pesar de que el accionante lo adujo como uno de sus argumentos la Corte no accedió al total de las pretensiones del accionante y solamente tuteló el derecho de petición y conmina al Banco Agrario que en la relación jurídica era el acreedor, pero también sujeto pasivo de la obligación de responder el derecho de petición interpuesto por el deudora. Por tanto, la Corte en la sentencia ordena al banco que le responda al accionante, respecto de las posibilidades de alivio a sus obligaciones.

1.24.1 La coherencia de la Corte Constitucional con la tradición doctrinal de la Teoría de la Imprevisión

Otro aspecto para analizar tiene que ver cómo la Corte ha concebido la institución jurídica de la imprevisión. Es decir, si sus posturas como órgano de cierre en materia constitucional han mantenido la tradición doctrinal de la imprevisión o por el contrario a través de un criterio de autoridad ha impuesto unos alcances no convencionales de la institución jurídica. En este sentido nos preguntamos ¿Cuáles han sido los alcances de la aplicación de la teoría de la imprevisión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional?

Consideramos que se trata de un estudio relevante, verificar si la Corte Constitucional en sus sentencias le ha dado alcances adicionales a la teoría de la imprevisión para eximir de la obligación al deudor o como dijimos anteriormente, ha mantenido coherencia con la tradición doctrinal, en el sentido de establecer que al aplicar la teoría el deudor sigue siendo responsable, pero por cuestiones de equidad el cumplimiento de la obligación no debe resultarle más onerosa.

Por ese motivo, analizaremos la línea jurisprudencial en ese sentido. Por consiguiente, nos preguntamos:

¿En los casos de deudores en situaciones de secuestro, y/o desplazamiento forzado y/o desaparición; la aplicación de la teoría de la imprevisión implica eximir de la obligación o cumplirla en condiciones distintas?

Aplicación de la	T- 697/11	Aplicación de la
teoría de la imprevisión y	T-358/08	teoría de la imprevisión y
posibilidad de cumplir la	T-312/10	ninguna posibilidad de
obligación en condiciones	T-726/10	cumplir la obligación en
menos lesivas para el		condiciones menos lesivas
deudor en situaciones de		para el deudor en
secuestro, y/o		situaciones de secuestro,
desplazamiento forzado		y/o desplazamiento
y/o desaparición		forzado y/o desaparición

Esquema 2.

Las sentencias (*T-697*, 2011), (*T-358*, 2008), (*T-312*, 2010) y (*T-726*, 2010) que ubicamos en la gráfica 2 son el acervo de sentencias que contribuyen a nuestro análisis y dan cuenta de la coherencia en cuanto la postura de la Corte en el tema objeto de estudio. En este caso la Corte Constitucional, teniendo en cuenta un antiquísimo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, donde dice:

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.” (Sala Civil Corte Suprema de Justicia Sentencia 25 de febrero de, 1937)

Para precisar el asunto de nuestro análisis, nos parece adecuado citar a la Corte quien pregunta:

¿Es la condición de persona desplazada por la violencia una circunstancia que al impedir el cumplimiento de una obligación por razones ajenas a la voluntad del deudor es capaz de influir en el derecho del acreedor de hacerla exigible? (Corte Constitucional Sentencia T-726, 2010).

En primer lugar, la Corte Constitucional ha procurado establecer si hay lugar a señalar a la persona en situación de secuestro, desplazamiento o desaparición como eventual responsable del incumpliendo de la obligación adquirida. En otros términos, la Corte Constitucional teniendo como referencia pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo la sentencia del 13 de noviembre de 1962, ha establecido que en lo que se refiere a la culpa, la persona en condición de secuestro, desplazamiento o desaparecida forzosamente es una especie de *inimputable* (Corte Constitucional Sentencia T-518, 2005). Por tanto, no hay lugar a endilgarle algún nivel de responsabilidad en cuanto al estado de su incumplimiento.

El otro cuestionamiento es si par el alto tribunal constitucional al mantener su línea argumentativa, ha puesto en entredicho si con ocasión de la fuerza mayor que imprime la situación de secuestro, desplazamiento o desaparecida forzada, hay ocasión para deshacer la exigibilidad que tiene derecho el acreedor de hacerle al deudor. En este sentido la Corte ha

intentado dilucidar si el acreedor queda desprovisto de exigibilidad. Así la Corte se ha preguntado:

Ahora, pasa esta Sala a analizar si la circunstancia del desplazamiento al impedir el cumplimiento de una obligación dineraria por razones ajenas a la voluntad del deudor es capaz de influir en el derecho del acreedor de hacerla exigible (*Corte Constitucional Sentencia T-726, 2010*).

En este sentido la Corte lo primero que estableció en la controversia de la sentencia T-726 de 2010, es si se trataba de obligaciones dinerarias, por tanto, no era aplicable el modo de extinguir la obligación de la pérdida de la cosa que se debe, porque no se trataba de una obligación de entregar una cosa de cuerpo cierto (con gran nivel de especificidad), sino de una cosa de género. La cuestión es que la generalidad de los casos las obligaciones contractuales han sido de esta naturaleza, por tanto, la teoría de la imprevisión se ha aplicado estableciendo sin acudir a la institución jurídica de la pérdida de la cosa como unos de los modos de extinguir las obligaciones reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo estipula el numeral 7° del artículo 1625 del Código Civil. *Que dice:*

Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula. Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte: (...)

7o.) Por la pérdida de la cosa que se debe. (...).

Descartado lo anterior, la Corte sigue en su análisis de las posibilidades concretas del cumplimiento de la obligación, y establece que el desplazamiento forzado pone al deudor en una situación tal que le cambia las condiciones para el cumplimiento de su obligación, por tanto, hay

lugar a considerar figuras que se han tenido en cuenta en situaciones como esta, que de no aplicarse se desconocería el principio de buena fe inherente a las obligaciones contractuales. En este sentido la Corte tiene como precedente lo ya dicho por la Corte suprema de Justicia cuando en su momento dijo:

Figuras jurídicas como abuso del derecho, responsabilidad civil, móvil determinante, enriquecimiento sin causa, fraude a la ley, buena fe, estado de necesidad, usura, imprevisión y otros, modifican la simple exégesis legal, de los actos y negocios jurídicos en su nacimiento, desarrollo y cumplimiento, desde el punto de vista de las personas, las situaciones, las cosas y los objetivos. La justificación de tales nociones jurídicas radica en que el derecho no es lógico sino económicamente ético” (Sala Civil Corte Suprema de Justicia Sentencia 25 de febrero de, 1937)

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte en su hilo argumentativo estableció que, en determinadas circunstancias como las situaciones de secuestro, desplazamiento forzado y desaparición, el deudor sí debe cumplir con lo previamente pactado, pero, acogiendo criterios que le permitan de manera más equitativa consumir con las prestaciones respectivas. Así como una especie de colofón llega a la conclusión que entre la variedad de figuras descritas anteriormente que se desprenden del principio de la buena fe, está la teoría de la imprevisión.

En este caso la Corte distingue las eventuales dificultades que el deudor puede tener para cumplir con la obligación, pero que superadas, ya no son una imposibilidad. Por tanto, tiene el deber de cumplir las prestaciones pactadas, pero en otras condiciones, para que no le resulte supremamente lesivo. De este modo, además de lo mencionado y como lo hemos reiterado la

Corte establece que la imprevisión debe aplicarse en casos de contratos de tracto sucesivo, que las situaciones que alteran las condiciones contractuales deben ser posteriores a la suscripción del contrato y que además deben ser imprevisibles. En esta sentencia la Corte confluye en señalar la aplicación de la imprevisión como el mecanismo idóneo para lograr el equilibrio contractual cuando el cambio de las condiciones se modifica radicalmente para el deudor, de tal manera que le resulta oneroso el cumplimiento. Adicionalmente, se hace un análisis histórico de la imprevisión, su acogimiento en el derecho colombiano, su consagración expresa, y la aplicación en distintas ramas del derecho como el civil, comercial y administrativo. Además, que en correspondencia con nuestra investigación la Corte encuentra como eje medular de la imprevisión al principio *rebus sic stantibus*. En este sentido la Corte Constitucional, siguiendo los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia dice:

De ahí que, frente al formalismo del texto literal de la ley, y por más acentuado que sea el carácter de jus strictum de las normas monetarias, aun los regímenes que se mantienen dentro de un cuadro de estricta seguridad jurídica conservan –como lo apunta Villar Palasi- válvulas de escape: el principio general de la buena fe, el abuso del derecho, la función de la causa ilícita, la cláusula rebus sic stantibus, son otros tantos portillos de salvaguardia de la equidad, de ajuste de situaciones materialmente distintos a su configuración formal (Corte Suprema de Justicia Sentencia, 24 de marzo de 1983). (Corte Constitucional Sentencia T-726, 2010)

Lo anterior significa que tal como lo hemos querido demostrar a lo largo de esta tesis, el acogimiento a las reglas contractuales no es absoluto. De este modo el principio *pacta sunt servanda* en ocasiones, su aplicación puede resultar lesiva para el equilibrio contractual. De esta

manera, la Corte establece que en determinadas circunstancias el derecho cuenta con otras alternativas jurídicas para resolver las controversias, porque la rigidez de las normas puede inducir a los juristas a incurrir en yerros argumentativos y eventuales actos de injusticia, como es el caso de los contratos donde por circunstancias no previsibles se modifican ostensiblemente las condiciones de cumplimiento. En este caso la Corte cita expresamente una norma ya mencionada en capítulos anteriores como es el 8° de la Ley 153 de 1887 que establece:

Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

Así la Corte con los argumentos expuestos reconoce los principios y particularmente el *rebus sic stantibus*, es decir la teoría de la imprevisión, como una institución jurídica para resolver las controversias en determinados casos donde la aplicación expresa de las normas generaría una decisión inequitativa y más onerosa para el deudor. De este modo podemos concluir que la Corte en la aplicación de la teoría de la imprevisión ha respetado la tradición doctrinal de la institución jurídica. Entre otras razones porque se ha fundamentado en las argumentaciones expuestas por la Corte Suprema de Justicia, además de la doctrina nacional e internacional. De este modo se ha circunscrito a los límites conceptuales que la doctrina que ha establecido a la teoría de la imprevisión, que en síntesis plantea que se trate de contratos de tracto sucesivo, que los hechos sean imprevisibles, que sean posteriores a la celebración del contrato y que, de aplicar las condiciones pactadas, al deudor le resultaría más oneroso.

¿Si la Corte Constitucional ha mantenido la coherencia de la tradición doctrinal de la imprevisión entonces cómo ha resuelto la controversia de manera equitativa?

En su ejercicio de impartir justicia, la Corte para no incurrir en un acto de arbitrariedad que además resulte inconsistente al momento de aplicar su sentencia al acreedor y deudor de la relación jurídica, lo que ha sugerido es acudir a la institución jurídica de la novación. ¿De qué se trata? Al aplicar la imprevisión en los casos de deudores que son objeto de secuestro, desplazamiento forzado y desaparición, está claro que el deudor debe cumplir con la obligación, pero no ciñéndose a lo pactado inicialmente. Como el juez constitucional debe proferir una sentencia en estos casos, para remediar la situación ha ordena modificar algunos aspectos de la relación contractual porque las partes ya no se pueden ceñirse a lo que se obligaron inicialmente, respetando los derechos del acreedor tal como lo aclaramos en párrafos anteriores. En estos casos la Corte ha señalado que las partes se acojan a una institución jurídica conocida como la novación. En términos simples significa cambiar (novar) una obligación por otra, dejando extinguida la inicial. Este es uno de los modos de extinguir las obligaciones que fue establecido en el numeral 4° del artículo 1625 del Código Civil colombiano que dice:

Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula. Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte: (...)

2o.) *Por la novación.*

Esta figura jurídica luego será desarrollada a partir de los artículos 1687 al 1710 del Código Civil. Esta institución jurídica tiene sus antecedentes en el derecho romano donde estuvo sujeta a las solemnidades propias de su naturaleza. Por ese motivo:

Por derecho romano la novación no podía hacerse sino en virtud de una estipulación solemne. Las formalidades de la estipulación no están ahora en uso, en nuestro derecho

los simples pactos tienen la misma fuerza que las antiguas estipulaciones, por esto las novaciones se hacen entre nosotros por simple pacto (Pothier, 1872, p.283).

Por lo anterior, la rigidez de las fórmulas iniciales en los negocios jurídicos, y su carácter personalísimo impedía el cambio de sujetos de la relación jurídica o prestación (Hinestrosa, 2015). Pero de forma indirecta como se fue dando lugar a la transmisión del derecho de crédito fue necesario reconocer el nuevo deudor de la relación jurídica (Hinestrosa, 2015). De esta manera es que surge la novación. De manera posterior se dará lugar al cambio de acreedor y de objeto, quedando la figura con dos condiciones. Que para realizarla debía de ser integral y no forma residual, además de un elemento psicológico como fue el *animus novandi* (Hinestrosa, 2015). De este modo el derecho romano acogerá de manera clara esta institución jurídica y establecerá sus límites conceptuales. La doctrina coincide en reconocer lo antiquísima que es esta institución jurídica:

Según reza el Digesto (Ley 1ª. Título 2, libro 46). El jurista Ulpiano la semejaba “a una transfusión y traslación de la primitiva deuda de otra obligación civil o natural. Cuando se constituye una nueva obligación con independencia de la causa precedente para extinguir la primera”. (Becerra Toro, 1997, p.187).

El jurista Gayo (Hinestrosa, 2015) en la época del derecho romano, da cuenta de cómo aquel pretendió dar cuenta de los efectos jurídicos de la novación y establecer elementos conceptuales en cuanto a su definición, sujetos, alcances y aún ejemplos. Por esa razón es que la novación es una institución tan antigua. Gayo dijo:

Una obligación se extingue también por la *novatio*, como, por ejemplo: si yo estipulo que lo que tú me debes me será dado por TICIO. En efecto, la intervención de un nuevo

sujeto da nacimiento a una nueva obligación y la primera desaparece transformada en la posterior, de tal suerte que a veces, aun cuando sea nula la *stipulatio* posterior, la primera se extingue de derecho por la novación. GAYO. Inst. III, 176. (Hinestrosa, 2015).

De lo que se trata es de un modo de extinguir las obligaciones en el cual las partes de la obligación, es decir, acreedor y deudor, modifican aspectos sustanciales de la prestación y eventualmente los sujetos, lo que da lugar al nacimiento de una obligación nueva, con el ADN de una anterior, pero la inicial queda extinta. De esta manera este corresponde a un modo de extinguir las obligaciones en los cuales, la prestación no queda plenamente satisfecha, como en el pago efectivo, sino que queda extinta por otras causas. Como las que acabamos de describir.

La importancia de esta institución jurídica es que la Corte acude a ella como una manera de resolver la controversia jurídica. Es de gran importancia tener en cuenta y analizar hasta dónde está facultado el juez constitucional para interferir la relación contractual objeto de la controversia. es decir, que, si el contrato que subyace al litigio de las partes está protegido por la autonomía privada, hasta dónde es admisible que el juez pueda intervenirlo para resolver la cuestión.

Ya aplicada la imprevisión y ordenada la novación para resolver la cuestión. Entonces la Corte ha establecido una serie de criterios que deben envolver el nuevo crédito. Esto es lo que ha planteado en su jurisprudencia así:

1.24.2 ¿Hay criterios establecidos para definir la situación del deudor posterior a la sentencia?

Sentencias que han

T-312/10

Sentencias que no han

establecido criterios de la

establecido criterios de la

obligación de manera	T-207/12	obligación de manera
posterior a la aplicación de	T-726/10	posterior a la aplicación de
la imprevisión.	T-448/10	la imprevisión.
	T-697/11	

En este caso hemos ubicado en la gráfica las sentencias (*T-312, 2010*); (*T-207, 2012*); (*T-726, 2010*); (*T-448, 2010*); (*T-697, 2011*). En estas sentencias se ha reiterado la aplicación de unas nuevas reglas de juego que tendrá la relación jurídica entre acreedor y deudor en condición de desplazamiento. Las cuales son necesarias para hacer más equitativa la situación. En síntesis, la jurisprudencia ha planteado:

1.- Culminación de procesos ejecutivos.

2.- No cobro de moras desde el desplazamiento ni uso de cláusulas aceleratorias.

3.- Si el desplazado pago intereses moratorios, el monto debe ser abonado a capital.

4.- Cobro de intereses remuneratorios deben calcularse con especial sujeción al principio constitucional de solidaridad. Si no hay acuerdo se acogen al artículo 884 del Código de Comercio. (Corte Constitucional sentencia T-207, 2012)

1.24.3 ¿Ha procedido la Corte Constitucional contra providencias judiciales de la Corte Suprema de Justicia por casos de deudores en situación de secuestro, y/o desplazamiento forzado y/o desaparición?

Sentencias contra	T – 697 de 2011	Sentencias
providencias judiciales de	tutela contra sentencias	inhibitorias contra
la Corte Suprema de	judiciales desplazamiento	providencias judiciales de
Justicia por casos de		la Corte Suprema de
deudores en situación de		Justicia por casos de
secuestro, y/o	T-726/10	deudores en situación de
desplazamiento forzado		secuestro, y/o
y/o desaparición	T-792/2010	desplazamiento forzado
		y/o desaparición

Gráfica 3

Para resolver este problema jurídico las sentencias que hemos ubicado en la gráfica son las sentencia (T-697, 2011); (T-726, 2010); (T-792, 2009). La regla general es que la (Corte Constitucional Sentencia T-7777/10, 2010) acción de tutela no procede contra sentencias judiciales. La acción de tutela por ser un mecanismo sencillo a través del cual los particulares pueden solicitar la defensa de sus derechos fundamentales no es el procedimiento adecuado para resolver controversias que tienen procedimientos ordinarios, como un proceso declarativo para resolver la titularidad de dominio de un inmueble. Por ejemplo, si un particular pretende reclamar el reconocimiento de sus derechos laborales, entonces procede una demanda laboral

ordinaria. Si de lo que se trata es que un acreedor con fundamento en un título ejecutivo actual, expreso y actualmente exigible reclame del deudor su cumplimiento, entonces debe hacerlo a través de un proceso ejecutivo. Si el propietario de un inmueble pretende que este le sea restituido o entregado por quien lo posee sin su consentimiento, entonces se procede a través de un proceso ordinario reivindicatorio de dominio. Ninguna de las reclamaciones anteriores puede ser usurpadas por una acción de tutela, porque no es el mecanismo idóneo para ello y porque pondría en riesgo la seguridad jurídica que envuelve a las decisiones judiciales.

Además de lo anterior, la acción de tutela no es procedente como un recurso procesal adicional, es decir una reposición, apelación o queja. Pero una de sus características más particulares es que no procede contra sentencias judiciales. Es decir, que si una sentencia está en firme y ya se han agotado todos los recursos que proceden contra ella, la regla general es que la acción de tutela no es procedente. Pero la jurisprudencia de la Corte Constitucional comenzó a reconocer que en ciertas circunstancias una eventual revisión de una sentencia de tutela por parte de la Corte Constitucional podría dar lugar a revocar sentencias ya ejecutoriadas, es decir aquellas que no admiten recurso procesal alguno. Aún en el caso de sentencias de la Corte Suprema de Justicia. La Corte denominó esta situación como “tutela por vías de hecho”. En el supuesto de que de manera excepcional se admite la revocación de alguna sentencia ejecutoriada, porque se incurrió en algún yerro de carácter procesal, como es no haber valorado una prueba determinate, y por tanto se vulnere el debido proceso como derecho fundamental, consagrado en el artículo 25 de nuestra Constitución Política.

En el caso concreto de la aplicación de la teoría de la imprevisión la Corte, entre otras, estableció los criterios de cuando si procede la tutela contra sentencias judiciales, teniendo en cuenta que es una situación excepcional (*Corte Constitucional Sentencia C-590, 2005*). Esta

sentencia no menciona la institución jurídica de la imprevisión, pero sí es importante citarla porque es el punto de partida para comprender cómo la medida excepcional de las tutelas contra sentencias judiciales ya en firme. De esta manera hay lugar a aplicar la medida excepcional que consiste que en determinados casos la tutela es procedente para revocar una sentencia ejecutoriada, verbigracia, situaciones en que el accionante es una persona deudora en situación de secuestro, y/o desplazamiento forzado y/o desaparición. En este caso la Corte Constitucional estableció *como criterios*:

- a. Que se trate de un asunto de evidente relevancia constitucional. (...)*
- b. Que se haya agotado todos los medios de defensa judicial (...)*
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, esto es, que haya transcurrido un lapso razonable entre la fecha de presentación de la demanda de tutela (...)*
- d. Si se trata de una irregularidad procesal, ésta debe causar ‘un efecto decisivo o determinante en la sentencia’ atacada. Sin embargo, sobre este punto se hizo la advertencia de que “si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.”*
- e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados (...)*

f. Que no se pretenda la interposición de una tutela contra otra tutela. (Corte Constitucional Sentencia C-590, 2005).

Los criterios mencionados, se han aplicado en el caso concreto de la imprevisión (*Corte Constitucional Sentencia T-697, 2011*) y se ha revocado sentencias de la Corte Suprema de Justicia, porque la Corte Constitucional ha considerado que los accionantes de tutela que son deudores y se encontraban en situación de desplazados, pero a pesar de ello se ha procedido con los procesos judiciales iniciados por los acreedores, entonces, se les ha desconocido ciertos derechos fundamentales. Es decir, en la gráfica número 3 hemos ubicado de manera descriptiva las ocasiones en que la Corte ha proferido sentencias de tutela en las cuales revoca fallos de jueces funcionalmente inferiores en materia constitucional, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, inclusive.

CAPITULO VII. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL CONTEXTO DE LAS OBLIGACIONES CIVILES

La obligación es un vínculo jurídico entre dos o más personas, entre las cuales el sujeto activo llamado acreedor, puede constreñir al sujeto pasivo conocido como deudor, al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer (Pothier, 1872). Esta prestación corresponde a cosas y asuntos en el campo patrimonial, frente a lo cual cada ordenamiento jurídico establece el marco legal de lo que puede ser objeto de valoración económica o patrimonial.

El marco legal descrito es una ficción que se manifiesta en términos de ligamen, atadura, vínculo (Hinestrosa, 2015) que hay entre las partes de una relación jurídica. Esta a su vez, tiene como fundamento los supuestos de hecho consagrados en las normas jurídicas. De tal manera que el legislador establece las situaciones que pueden configurar un eventual compromiso o responsabilidad que adquieren los destinatarios de las normas, de manera general: el cuerpo social.

Teniendo en cuenta lo anterior, y tipificada una conducta de un sujeto jurídico, puede suceder que cumpla o no el supuesto de hecho consagrado en la norma. Si no lo hace el acreedor cuenta con el respaldo del Estado para constreñir al deudor a que cumpla con lo pactado y asuma las consecuencias jurídicas de acuerdo con la situación concreta. Es decir, el deudor puede ser ejecutado a cumplir la prestación y obligado a que asuma las consecuencias de su incumplimiento.

Lo descrito anteriormente es consustancial a la relación jurídica, es decir una categoría conceptual de derecho que nos ayuda a comprender como el ordenamiento jurídico afecta de manera individual a cada persona en la sociedad, imputándole responsabilidades que son consecuencia de sus actos de acuerdo con el estándar legítimo que el Estado ha establecido en las normas. Esto obedece a la interacción de varios fenómenos jurídico-sociales.

De acuerdo a lo anterior, el primer estándar es el reconocimiento y la distinción del Estado moderno, es decir aquel que surgió a finales de la edad media y comienzos de la moderna y se caracteriza por el uso de la fuerza y la coacción, como una especie de violencia, pero legítima (Weber, 1979). En segundo lugar, este tipo de organización social -el Estado- tiene un instrumento a través de cual incide en el comportamiento social, es decir el derecho. El cual de

manera más específica es el ordenamiento jurídico, o sea, el conjunto de normas e instituciones con las que el Estado cuenta para regular las conductas de los destinatarios, además de servirle para resolver las eventuales controversias a través de las vías institucionales (Becerra Toro, 1987).

En tercer lugar, el ordenamiento jurídico descrito está estructurado a partir de normas y reglas de juego, las cuales tienen una especie de configuración, de tal manera que las eventuales conductas de los destinatarios del cuerpo social (personas naturales y jurídicas) que con una o varias conductas tipifiquen o encuadren en lo previamente establecido en el derecho; entonces indefectiblemente se sobrevendrá una sanción, la cual puede ser positiva o negativa.

Un ejemplo de lo anterior, en el caso de una sanción positiva se presenta para quien compró el tiquete de lotería y coincidió con los números del sorteo, entonces se configura lo previamente establecido en el ordenamiento: un contrato aleatorio, el cual le hace acreedor del premio. Concomitantemente en esta situación hay quien asume la postura de deudor en el esquema de dicho contrato, es decir, a quien le correspondería pagar el premio de la lotería.

De acuerdo a lo anterior, en la relación jurídica encontraremos unos sujetos, una cosa o hecho condicionante, un vínculo, una norma reguladora, y el efecto (Becerra Toro, 1987) que hemos denominado sanción. En el contexto de la relación jurídica siempre habrá una especie de primacía y subordinación (Hinestrosa, 2015). La primacía se traduce en poder jurídico y la subordinación en deber jurídico (Hinestrosa, 2015).

En esta relación un factor determinante será lo que se denomina el hecho condicionante (Becerra Toro, 1987). Es decir, la situación hipotética o eventual, que puede ser producto de la naturaleza o de la actuación humana. Dicho por Becerra:

A su vez, el hecho del hombre puede ser voluntario o involuntario. Los actos voluntarios, a su turno, pueden clasificarse en lícitos (contratos y cusiscontratos) e ilícitos (delitos y cuasidelitos) (Becerra Toro, 1987).

Lo planteado por el autor citado, nos ubica en el escenario de las fuentes de las obligaciones tema que trataremos más adelante. Pero nuestro interés puntual es dar cuenta de la relación jurídica que se sintetiza en una dinámica de “derecho-obligación” (Hinestrosa, 2015). El derecho a favor de un titular y la obligación la responsabilidad del extremo de la relación a costa del beneficio de la otra. Es indudable, que en el contexto de las relaciones jurídicas esta situación puede ser concomitante en ambas partes. Particularmente en los contratos bilaterales, donde los sujetos intervinientes adquieren responsabilidades equivalentes, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento, en el cual, por un lado, de la relación una parte es acreedora de cobrar el canon y deudora de prestar una cosa para su uso; mientras que en el extremo hay una parte que es acreedora de usar la cosa y deudora de pagar el canon.

Dicho lo anterior, es pertinente aclarar que la institución jurídica de las obligaciones no tiene la ubicación unívoca como sucede en otros campos del derecho. Es decir, que hay instituciones particularmente identificables en un área en particular, como el acto administrativo en el derecho público, el matrimonio en el derecho de familia o los títulos valores en el derecho comercial. Es decir no tiene la “perspicuidad, ni la armonía y concreción de otras ramas” (Hinestrosa, 2015). Las obligaciones tienen un espectro mucho más amplio. Podríamos afirmar que son transversales a todo el derecho. Aún en el escenario del derecho internacional, inclusive. Esto se debe a que las obligaciones son el eje medular del derecho. En razón a que si el derecho no obligara no tendría sentido. No cumpliría con su finalidad reguladora, por tanto, las sentencias de los jueces serían inocuas, innecesarias, inservibles, en términos socio jurídicos: ineficaces.

Aclarado lo anterior, a pesar de que las obligaciones son una institución jurídica amplia, en Colombia su fundamento conceptual tiene como punto de partida el derecho civil. Esto significa que sus antecedentes en el derecho romano, la reglamentación del código civil, los desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia en materia civil son fuente recurrente de otras áreas del derecho para poder dilucidar la aplicación de las obligaciones en un caso en concreto de otras ramas del derecho. Por ejemplo, en nuestro trabajo hemos hecho referencia a las sentencias de la Corte Constitucional en materia de desplazamiento forzado, secuestro y desaparición forzada, situaciones ligadas a los Derechos Humanos, al orden público y el conflicto armado colombiano. Pero la Corte en sus sentencias necesariamente ha tenido como punto de partida los desarrollos de la teoría de la imprevisión en materia civil.

Dicho de otra manera, es el derecho civil el que tiene el fundamento conceptual de las obligaciones como institución jurídica. Lo cual no es óbice para impedir que las obligaciones se extiendan a otras áreas del derecho, tal como lo mencionamos, por ejemplo, el derecho penal. En este caso, el delito es una de las fuentes de las obligaciones por consiguiente en los procesos judiciales penales de manera concomitante se puede tramitar la responsabilidad civil, es decir una tasación patrimonial del daño. Pero la identificación del delito como una de las fuentes de las obligaciones tiene su fundamento el derecho civil. Es decir, el derecho civil es quien tiene el arquetipo conceptual de las obligaciones.

Elementos de la obligación

Cualquiera que sea la definición conceptual de obligación, siempre se trata de un derecho personal o de naturaleza crediticia (Becerra Toro, 1987) que encarna un acreedor en contra de un deudor. Esto es diametralmente opuesto a lo que sucede con los derechos reales, que

se ejercen es sobre cosas. La obligación tiene unos elementos como son la prestación, que es el objeto de la misma, esto es el deber de conducta determinada a cargo del deudor (Hinestrosa, 2015). Pothier lo denomina la esencia de la obligación (Pothier, 1872).

Además de lo anterior, está la prestación que es una conducta a la cual se comprometió el deudor denominada prestación. Podríamos decir, el eje medular, núcleo o sustancia de la obligación. En el caso de los contratos bilaterales las partes se obligan al cumplimiento de prestaciones recíprocas. Concomitantemente son deudores y acreedores. Esta conducta a la que se compromete una o las dos partes, puede ser positiva o negativa, lo que implica ejecutar algo o abstenerse de hacerlo. Todo lo descrito, a pesar de que -en principio- pertenece al escenario de las relaciones entre particulares, contribuye a la satisfacción de necesidades de orden social y colectivo, dicho de otra forma, de los bienes y servicios que hacen parte de la satisfacción de necesidades humanas (Hinestrosa, 2015).

Adicionalmente se encuentra el vínculo jurídico, conocido por la doctrina como el elemento inmaterial (Becerra Toro, 1987). Es decir, una especie de ligamento imaginario que une al acreedor con el deudor, que tiene su sustento en el ordenamiento jurídico. La importancia radica en que, el deudor sólo tiene una forma de liberarse de esta “ligadura”. ¿Cómo se libera?: con el pago efectivo de la prestación, en otros términos, cumpliendo la prestación. Por consiguiente, el pago es una de las formas de extinguir las obligaciones consagradas en el numeral 1º del artículo 1625 del Código Civil colombiano que dice:

Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula. Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte: (...)

1o.) Por la solución o pago efectivo.

Así, el pago es el cumplimiento efectivo de aquello mismo que uno se ha obligado a dar o hacer (Pothier, 1872). “Decimos que paga el que hizo lo que prometió hacer” (Ulpiano. D. 50, 16, 176) citado por (Hinestrosa, 2015). Pero, si el deudor no cumple con la prestación a la que se comprometió entonces será compelido o forzado a hacerlo. En este sentido, cada ordenamiento jurídico establece los parámetros de cómo debe ser ese pago y ese cumplimiento, además de la eventual ejecución al deudor incumplido.

1.25 EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

Las obligaciones contractuales se contraen bajo el supuesto de que las partes cumplirán lo pactado. Por esa razón están revestidas de buena fe, *de la fides* (Castro De Cifuentes, 2016) porque cada uno de los sujetos de la relación jurídica tiene la confianza de que la otra parte cumplirá con la prestación debida. Pero el cumplimiento de la obligación y concretamente de la prestación es contingente, es decir, puede suceder o no. Por consiguiente, el ordenamiento jurídico ha establecido los parámetros por si eso sucede. Así, si se presenta un incumplimiento el Estado le concede al acreedor la facultad de ejecutar al deudor para que cumpla y/o indemnice por dicho incumplimiento. En síntesis el deudor puede ser expuesto (Hinestrosa, 2015).

El ordenamiento jurídico prevé una serie de situaciones en las cuales se procura cerrar las “brechas” o restringir las posibilidades del deudor de sustraerse de cumplir con la obligación. Por ejemplo, las acciones ejecutivas para que cumpla y/o indemnice, además de la acción oblicua, pauliana o de simulación. Estas acciones están orientadas a evitar que el deudor pague o que teniendo las posibilidades de pagar se quede insolvente a costa de defraudar al acreedor. En este sentido el artículo 2491 del Código Civil establece:

En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o a la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes:

1. Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero.

2. Los actos y contratos no comprendidos en el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores.

3. Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores, expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato (Código Civil Colombiano, 1887).

La acción pauliana consiste en imputar la ineficacia de los actos y contratos que el deudor haya ejecutado con el fin de sustraerse los bienes y el patrimonio, para defraudar a su acreedor. Por ejemplo una persona suscribe un contrato de arrendamiento como arrendatario, al incumplir el contrato por no pagar el canon el acreedor inicia proceso ejecutivo en su contra y el deudor, con el propósito de que dar insolvente transfiere a título de venta o donación los bienes que pueden ser embargados por el acreedor. En este caso el ordenamiento jurídico faculta al acreedor para solicitar la nulidad de esos actos o contratos que ejecutó el deudor para disminuir su patrimonio.

La acción oblicua o subrogatoria (Castro De Cifuentes, 2016) consiste en la facultad que tiene el acreedor de ejecutar las actuaciones en los casos que el deudor se paraliza para no reclamar un derecho que aumentaría su patrimonio. En este caso el acreedor toma el lugar del deudor para efectos de hacer efectiva dicho derecho y así aumentar su patrimonio. Por ejemplo, si un deudor es heredero y no reclama la herencia con el propósito de quedarse insolvente. En este caso el acreedor puede iniciar el procedimiento para que el deudor aumente su patrimonio y así poder ejecutar los bienes.

La acción de simulación es la que se ejerce cuando el deudor ha celebrado un acto o contrato con apariencia externa de legalidad, pero que al interior del mismo es inocuo (Becerra Toro, 1997) y sin causa, para defraudar al acreedor. En otros términos, el deudor celebra con otra parte un acto público y aparente, concomitantemente con un acto privado con distinta finalidad al público. Por ejemplo, cuando un deudor para evitar que se ejecuten sus bienes se sustrae de ellos a través de una compraventa a un familiar, la cual tiene todas las formalidades, pero de manera privada la venta es ficticia. En este escenario el acreedor puede solicitar que se revoquen esos actos y contratos, y las cosas vuelvan a su estado inicial, es decir, al deudor insolvente.

El contrato de tracto sucesivo y las fuentes de las obligaciones

Nuestro tema de investigación se desenvuelve dentro de marco conceptual de las obligaciones. Porque la teoría de la imprevisión tiene como condición indispensable que previamente se haya celebrado un contrato. Adicionalmente, el juez al reconocer y aplicar la teoría de la imprevisión o la cláusula *rebus sic stantibus*, necesariamente debe hacerlo bajo los

parámetros de uno de los modos de extinguir las obligaciones: la novación. Aspecto al que nos referimos anteriormente.

Es decir, uno de los elementos estructurales de la imprevisión como institución jurídica, es que el vínculo obligacional surja de un acuerdo de voluntades generador de obligaciones. En síntesis, una obligación que surge a partir del: contrato. Esto en razón a que una de las condiciones para que opere la aplicación de la imprevisión es que se trate de un contrato de tracto sucesivo.

Dicho lo anterior, es necesario analizar esta fuente de la obligación, en razón a que los supuestos de hecho reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina no admiten otro tipo de fuentes. Por ese motivo nos parece oportuno analizar cómo en el ordenamiento jurídico colombiano es la estructuración conceptual y normativa de que da origen a las obligaciones, es decir: las fuentes. Y así comprender el rol del contrato como antecedente para que se aplique la imprevisión.

Es claro que cuando nos referimos a una fuente de manera general, es de donde surge algo. Así, desde los orígenes del derecho romano a las obligaciones se les fue reconociendo un origen típico, o de dónde surgían. Las fuentes de las obligaciones son un producto histórico, es decir los juristas romanos no las crearon en un solo momento, sino que se fueron configurando en el tiempo de acuerdo con la dinámica social, económica y jurídica.

Las primeras fuentes fueron el contrato y el delito. Gayo estableció: *Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto* “toda obligación nace o de un contrato o de un delito” (Gayo. 3.88). (Valencia Restrepo, 1993). De manera posterior en el digesto se estableció el contrato, el delito y otras fuentes, pero no se especificó cuáles “*obligationes aut ex contractu*

nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris” “las obligaciones nacen o de un contrato o de un delito o de diversas clases de causas”. (Gayo, D.; 44.7.1.) citado por (Valencia Restrepo, 1993). Seguidamente, Justiniano en el *Corpus Iuris Civili* especificó esas otras fuentes a que se había hecho referencia, y se especificó el contrato, los cuasicontratos, el delito y los cuasidelitos. (Valencia Restrepo, 1993). Al final del derecho romano, se reconoce a la ley como una fuente adicional a las anteriormente descritas.

1.25.1 ¿Cómo llegan esas fuentes de las obligaciones al derecho colombiano?

Después del final de derecho romano, es decir, la compilación de Justiniano y la caída definitiva del imperio de Oriente en 1453, se sobrevienen una serie de hechos que contribuirán en la perduración de las instituciones jurídicas que desde Roma antigua permanecen hasta nuestros días.

En primer lugar, el rol que desempeñaron los glosadores o la Escuela de Bolonia (Carrillo De la Rosa, 2007), quienes en el siglo XII retomaron la interpretación y estudio del acervo de instituciones jurídicas del derecho romano a partir del análisis y observaciones que realizaron a la Digesto del Corpus Iuris (Carrillo De la Rosa, 2007). A Francesco Accursio se le reconocerá como el creador de La Magna Glosa que será un referente de estudio del Corpus Iuris de Justiniano (Carrillo De la Rosa, 2007).

Posteriormente, fueron los posglosadores quienes con ocasión de la confusión que había generado la proliferación de glosas, y teniendo como fundamento lo trabajado por los glosadores, procuraron establecer una metodología para interpretar el derecho (Carrillo De la Rosa, 2007). Seguidamente, este estudio del derecho se extiende a los recientes estados nacionales europeos, entre ellos España quienes serían nuestros colonizadores y como dijimos anteriormente, tendrían

una influencia a través de la Legislación de Indias. Posteriormente, el influjo del Código Civil francés sobre el Código chileno que sería nuestro referente del derecho civil.

En 1821 bajo la presidencia de Francisco de Paula Santander, se crea una comisión a la que se le encarga la preparación de un código civil (Hinestrosa, 2006). No hay antecedentes del trabajo adelantado por esta comisión (Hinestrosa, 2006).

La Confederación Granadina desde 1858 y posteriormente los Estados Unidos de Colombia que funcionaban como una especie de estados confederados en cada una de las regiones, adoptarán el código civil chileno (Hinestrosa, 2006). El Estado de Santander tomará la iniciativa y adoptará su código civil, seguidamente, los demás estados seguirán el mismo ejemplo.

Por la Ley 84 del 26 de mayo de 1873, los Estados Unidos de Colombia adoptaron como Código Civil de la Unión el Código Civil de Chile, con algunas modificaciones, siguiendo el ejemplo de otras naciones hispanoamericanas y de los distintos Estados colombianos, código aplicable en los territorios administrados directamente por el Gobierno Nacional. (Hinestrosa, 2006)

Culminado el Estado federal y con el surgimiento de la República a partir de la Constitución de 1886, se instaura el código civil colombiano a partir de la Ley 57 de 1887. Se llevarán a cabo cambios, que en su mayoría serán en el derecho de familia, mientras que en los contratos y obligaciones serán relativamente breves. (Hinestrosa, 2006). De esta manera la institución jurídica de las obligaciones conservará la impronta del código civil chileno, que su vez siguió los parámetros del código civil francés. De esta manera, en el libro IV del código

nuestro, el que dispondrá lo relativo “las obligaciones y los contratos en general”. De esta manera en el artículo 1494 establece lo relativo a las fuentes de las obligaciones y dice:

“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”. (Código Civil Colombiano, 1887).

El artículo anterior tiene relación con el 34 de la 57 de 1887 que establece:

“En las obligaciones que se contraen sin convención, nace o de la ley o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasi delito o culpa”.(Código Civil Colombiano, 1887)

Tienen relación porque ambos artículos abordan lo referente a las fuentes de las obligaciones. Es decir, que de ambos se desprende que las fuentes de las obligaciones son los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley. De donde se infiere que nuestro ordenamiento jurídico siguió la tradición romana, estos es la tradición clásica de la fuente de las obligaciones.

CONCLUSIONES

El estudio de la institución jurídica del *rebus sic stantibus* nos arroja varias conclusiones. La primera es que pertenece a los principios generales del derecho y desde el punto de vista conceptual estas categorías jurídicas han sido objeto de estudio, pero en la comunidad académica jurídica hay un amplio espectro de referencias al concepto, mas no hay unificación en torno a la comprensión de estos. En razón a que se le atribuyen varios significados, ya sea como valor, como norma o como fuente de derecho, así los alcances que se les han dado al concepto recogen características diversas como las anteriores categorías.

Los principios generales del derecho son expresiones normativas abiertas, que no tienen la categoría de valores, ni de reglas. En el Derecho español tienen un carácter informador del ordenamiento jurídico, mientras que en el Derecho colombiano son una fuente de derecho, por tanto, en ambos sistemas jurídicos le sirven al conjunto de juristas para resolver determinada controversia, pero en el caso colombiano tienen el reconocimiento constitucional de fuente de derecho.

En lo que se refiere al principio *rebus sic stantibus* (mientras continúen, así las cosas), la mejor forma de comprender su aplicación y utilidad es comparándolo con su antagónico el principio *pacta sunt servanda* (los pactos han de observarse); en razón a que son diametralmente opuestos, es decir, tienen finalidades distintas. El *pacta sunt servanda* a que se cumpla lo pactado, mientras que *rebus sic stantibus* a que las partes se ciñan a las posibilidades reales de cumplimiento.

El principio *pacta sunt servanda* fue primero en el tiempo, la literatura jurídica coincide en establecer que tiene como sus orígenes el derecho romano. Mientras que el *rebus sic stantibus*

su origen no es romano en estricto sentido, sino posterior al derecho justiniano, es decir se le atribuye a los postglosadores. Indudablemente, la racionalidad de instituciones jurídicas que le antecedieron y por tanto de origen romano, le servirán de fundamento en su estructuración conceptual.

Los romanos siguiendo la tradición griega en cuanto a establecer principios en el derecho, los denominaron *regulae iuris*. Es decir que los principios generales de derecho son producto de una pretensión de rigor científico y argumentativo que ellos le quisieron imprimir al Derecho como disciplina, además de la búsqueda de criterios para resolver las controversias de manera equitativa. Estos principios han prevalecido en el tiempo y en la época actual también son orientadores de la actividad judicial y sirven para resolver controversias jurídicas en casos concreto.

En la época contemporánea la comunidad académica de juristas usa el principio *rebus sic stantibus* como eje medular de la teoría de la imprevisión. Por tanto, ambos términos o instituciones jurídicas se asimilan como iguales.

El principio *rebus sic stantibus* en el derecho europeo y particularmente el español no ha sido ajeno a la discusión sobre la importancia de la aplicación para resolver ciertas controversias jurídicas. Por ejemplo, la doctrina y la jurisprudencia española se refiere al principio y a la teoría de la imprevisión como cláusula *rebus sic stantibus*. Según la doctrina española la cláusula se aplica desde 1940 y no hay consenso por parte de los juristas en cuanto a las posturas mantenidas por el Tribunal Supremo (TS). Tanto que parte de la comunidad académica solicita una revisión de sus fallos.

De acuerdo con lo anterior, en el derecho español, las posturas contrapuestas se evidencian a propósito de uno de los fallos más recientes como la sentencia del TS del 30 de junio de 2014, donde vuelve a retomar la discusión, para algunos de manera acertada y para otros no, a tal punto de considerar su aplicación como un *desconcertante vaivén*. La cuestión es que, a pesar de la divergencia en torno al asunto, el TS si ha aplicado la teoría de la imprevisión.

Comparado con España, el caso colombiano es diametralmente opuesto porque no se ha presentado una aplicación concreta de la teoría de la imprevisión en el derecho civil por parte de su máximo tribunal de la justicia civil, esto es la Corte Suprema de Justicia. Esta afirmación ya había sido suficientemente argumentada por la doctrina jurídica colombiana. En lo referente a la jurisdicción civil o en el caso de los laudos arbitrales en materia civil. Esta situación se presenta en contraste con reiterada doctrina que al parecer todavía no sabe que en materia civil no se aplica en Colombia. Es decir, no han indagado detalladamente los verdaderos alcances de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana; además de los recurrentes fallos de la Corte Suprema de Justicia y los laudos arbitrales donde ellos se citan, pero en ello subyace la ausencia de su aplicación concreta.

Indudablemente, este hecho jurídico social, obedece a varios factores. Entre ellos de orden formal, en tanto que no se puede afirmar que corresponde a una negación tajante de la Corte Suprema de Justicia de no aplicar la imprevisión, sino que en el marco del recurso extraordinario de casación las partes demandantes no ha logrado probar que se dan los presupuestos legales para ello. Pero si miramos más allá de las formas propias del recurso extraordinario de casación se podría revisar, si en nuestra práctica jurídica, impera una tradición decimonónica y conservadora en la jurisdicción civil para no aplicar la teoría de la imprevisión en materia civil, a pesar de hacer referencia a ella durante un siglo aproximadamente.

Para nuestra investigación es un punto de partida, porque al compararla con los fallos de la jurisdicción constitucional nos encontraremos que esta sí ha aplicado la teoría de la imprevisión. Entre otros factores, por hechos sociales y jurídicos dentro del marco de un conflicto armado y la violencia estructural en Colombia. Así, en esta comparación de jurisdicciones respecto de su postura al aplicar la teoría de la imprevisión, acudimos a categorías históricas para lograr comprender la diferencia de posturas entre las dos jurisdicciones.

Adicionalmente, para ampliar lo anterior también nos fue útil la literatura jurídica, que trata de dar cuenta cómo deciden los jueces o por qué deciden en uno u otro sentido. En este caso quisimos analizar aspectos de la decisión del juez y cómo por factores ideológicos inducen a que ellos decidan en uno u otro sentido, lo que nos permite la idea generalizada de que las decisiones son “objetivas”. Término usado de manera inadecuada para decir rigurosas o argumentadas.

El otro aspecto es que intentamos indagar es si se presentaba una tensión entre los principios *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, en razón a que habíamos planteado que ambos buscan fines opuestos. La cuestión es que, al investigar sobre su aplicación en Colombia, en los casos que concretamente se han aplicado como en los laudos arbitrales y la jurisdicción del derecho público, no se ha presentado tal tensión.

Como dijimos anteriormente, en el caso colombiano han sido recurrentes las referencias a la teoría de la imprevisión por parte de la Corte Suprema de Justicia durante casi un siglo desde 1936, pero no se ha presentado una aplicación particular por parte de ella de la teoría de la imprevisión. No obstante, en fallo relativamente reciente establece los criterios para ser reconocida dicha teoría o principio, a saber, un contrato válido de tracto sucesivo, una serie de circunstancias sobrevinientes e imprevisibles que alteran lo inicialmente pactado, un inminente

desequilibrio prestacional y por tanto una situación más onerosa para el deudor que no está en mora.

Un aspecto relacionado con lo anterior es el escaso uso de la equidad como una fuente para resolver casos concretos, a pesar de que esta es un referente a la hora de decidir los jueces, tal como lo menciona el artículo 230 de nuestra Constitución Política, y en el caso concreto de la imprevisión lo estipula el artículo 840 del Código del Comercio. Pero al no haber aplicación de la teoría de la imprevisión por parte de la Corte Suprema de Justicia, hasta ahora, consecuentemente la equidad se ha quedado en la consagración constitucional y legal, es decir, no ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial en el caso que nos ocupa.

A pesar de la no aplicación de la teoría por la Corte Suprema de Justicia (jurisdicción civil), en el Consejo de Estado (Jurisdicción Contencioso Administrativa) ha pasado lo contrario, porque al dirimir las controversias entre particulares y el Estado, este durante varias décadas si ha dado aplicación a la teoría de la imprevisión tomando como punto de partida el derecho francés.

Además de lo anterior, en el caso de Colombia, que ha mantenido un conflicto interno, entre el Estado y los movimientos subversivos que se ha traducido en una compleja situación de violencia generalizada. Como consecuencia en determinados territorios, grupos al margen de la ley ejercen poder sobre grupos poblacionales e inducen a que se desplazan de sus territorios perdiendo sus propiedades además de otras secuelas. Para resolver las controversias relacionadas con estas víctimas la Corte Constitucional se ha fundamentado en el principio *rebus sic stantibus* y la teoría de la imprevisión, particularmente las víctimas de desplazamiento forzado, secuestro y desaparición.

Lo anterior, ha puesto en evidencia dos posturas diferentes por parte de la jurisdicción civil y la constitucional. Esta última -en cabeza de la Corte Constitucional- con una reflexión más filosófica y argumentada teniendo en cuenta la realidad al momento de decir la controversia relacionada con la teoría de la imprevisión. Aquella, es decir la jurisdicción civil -en cabeza de la Corte Suprema de Justicia- más apegada a los formalismos y la visión tradicional del derecho.

La diferencia descrita anteriormente, entre los enfoques de la jurisdicción civil y constitucional, nos llevó a analizar la configuración del Estado y del Derecho colombiano, para efectos de determinar por qué nuestro sistema judicial presenta esta tensión en las interpretaciones de cada jurisdicción. Después de nuestro análisis concluimos que la configuración del Estado fue un proceso lento que inicialmente estuvo mediado por la Legislación de Indias, la Independencia de 1810 y las posteriores constituciones.

Adicionalmente que, ya estructurado el Estado en términos modernos en 1821, concurrieron las instituciones liberales como la democracia y la división de poderes, concomitantemente con la exclusión, la desigualdad social, la esclavitud, el machismo y el racismo, para estructurar un sistema judicial formal y apegado a las tradiciones. Por otro lado, la prevalencia de una clase dominante que usó el poder para perpetuar privilegios de unos pocos a costa de los derechos de la mayoría, lo que condujo a la reducción de los niveles de legitimidad, es decir, teniendo en cuenta la comunidad política, el régimen y el gobierno. Desde sus inicios del Estado colombiano, la comunidad política fue excluyente porque el reconocimiento de la ciudadanía fue bastante restringido.

En conexión con lo anterior, el régimen democrático fue débil, es decir, estructurado a partir de ciudadanía de baja intensidad (O'Donnell, 1993) . Con derechos restringidos por la

violencia generalizada, la pobreza y la exclusión. En este escenario se instauró un sistema judicial que tendría que “administrar justicia” con esclavitud, con exclusión y marginación; lo que hoy sería inadmisibles. Este aspecto, marcaría el horizonte que se traduciría en una forma de interpretación del derecho conservadora, excluyente, racista, machista y para beneficio de las élites. Que solamente hasta la Constitución de 1991 establecería las bases para un sistema más justo y equitativo. Que adicionalmente, le quitaría la competencia de órgano de cierre a la Corte Suprema de Justicia y se la concedería a la Corte Constitucional.

Visto al análisis histórico anterior, concluimos que la configuración del Estado colombiano tiene una relación directa de la estructuración del Derecho y cierta medida de las formas de operar el sistema judicial. El análisis histórico de la configuración de la República de Colombia y su posterior desenvolvimiento nos ayuda a comprender por qué respecto de una institución jurídica en particular como es la teoría de la imprevisión, la Corte Suprema de Justicia tiene visión tan diferente de la Corte Constitucional. Esta con una postura más contemporánea y un sentido práctico de los derechos constitucionales aplicados a casos concretos. Mientras que la Corte Suprema de Justicia mantuvo una tradición conservadora y restringida respecto de la aplicación de los derechos constitucionales a los casos concretos.

Adicionalmente, indagamos si eventualmente hay una aproximación epistemológica del derecho privado. Concluimos que sí, al indagar los antecedentes de los enfoques de interpretación hermenéutica de nuestro derecho. Encontramos en la literatura jurídica que durante largo tiempo prevaleció el *clasismo* jurídico, es decir un enfoque del derecho civil enfatizado en los cánones tradicionales, que fuertemente incidiría en formas de interpretación de la Corte Suprema de Justicia conservadora. En oposición a una reciente escuela impuesta por la Corte Constitucional en el derecho contemporáneo más progresista y con enfoque de derechos.

La postura descrita de la Corte Constitucional es lo que denominamos “neoconstitucionalismo”. Esta relación entre Estado y Derecho es producto de un proceso histórico de unas etapas o modelos normativos distintos y si se quiere contrapuestos. Uno iuspositivista y otro ius constitucionalista.

Lo anterior nos explica la relación entre Estado y Derecho y particularmente en las formas de pronunciarse de las “altas cortes”, en este caso de la Corte Suprema de Justicia con su postura más tradicional, a diferencia de la Corte Constitucional con una visión más contemporánea. Otros lo mencionaran como una transición que se presentó “del Estado legal al Estado constitucional”. Es decir, un cambio importante en el Derecho europeo, después de la II Guerra Mundial.

La coyuntura actual relacionada con la pandemia del Covid19 y el confinamiento en gran parte de los países, tuvo unos efectos directos en la imposibilidad de cumplir muchos contratos previamente pactados. Lo que indefectiblemente ha inducido a los jueces a la aplicación de la teoría de la imprevisión. Adicionalmente, en la actualidad se presenta una cruenta invasión de Rusia a Ucrania, lo cual también dará lugar a que en determinados negocios jurídicos de la Unión Europea y tal vez en otros países de otros continentes, sea necesario aplicar esta teoría.

Por consiguiente, el principio *rebus sic stantibus* y la teoría de la imprevisión siguen vigentes para los juristas y especialmente los jueces, al momento de resolver ciertas controversias jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló Regla, J., Fabra Zamora, J. L., & Rodríguez Blanco, V. (2015). Fuentes del Derecho. En *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (Vol. 2). UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Alcalde Rodríguez, E. (2008). Relación entre valores y principios generales de derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Chile. *Revista chilena de derecho*, 35(3), 463-483. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372008000300004>
- Alexy, R. (s. f.). La fórmula del peso. *Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad*.
- Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (p. 14). Miguel Carbonell.
- Ansuategui Roig, F. J. (2004). *Creación judicial del Derecho: Crítica de un paradigma*. Creación judicial del Derecho: crítica de un paradigma., Universidad de Sevilla. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9223/creacion_ansuategui_2006.pdf
- Aragón Reyes, M. (2002). *Constitución, democracia y control* (1.ª ed.). UNAM.
- Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía*, 27, 07-28.
- Becerra Toro, R. (1987). *Obligaciones civiles: Fuentes y formas* (1.ª ed.). Temis.
- Becerra Toro, R. (1997). *Cumplimiento y extinción de las obligaciones civiles* (1.ª ed.). Universidad San Buenaventura.
- Bernal Pulido, C. (2008). El precedente en Colombia. *Derecho del Estado*.
- Bobbio, N. (1993a). *Teoría general del derecho* (1.ª ed.). Debate.
- Bobbio, N. (1993b). *Teoría general del Derecho* (1.ª ed.). Debate.

- Bobbio, N. (1994). *Contributi ad un dizionario giuridico* (1.ª ed.). Giappichelli.
- Bobbio, N. (2004). La plenitud del orden jurídico y la interpretación. *Isonomía*, 21, 255-260.
- Bobbio, N., Matteucci, N., & Pasquino, G. (2007). *Diccionario de Política* (15.ª ed., Vol. 1-2). Siglo XXI Editores.
- Botero Uribe, D. (2005). *Teoría social del derecho* (4.ª ed.). Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- Bourdieu, P. (2000). *La fuerza del derecho* (1.ª ed.). Siglo del Hombre Editores-Ediciones Uniandes.
- Bunge, M. (2011). *Las ciencias sociales en discusión: Una perspectiva filosófica*. Editorial Suramericana.
- Busnell, D. (1994). *Colombia una nación a pesar de sí misma* (3.ª ed.). Planeta Colombiana Editores.
- Caro Nieto, J., & Castro De Cifuentes, M. (2018). Teoría de la Imprevisión. En *Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización* (Vol. 2). Universidad de los Andes.
- Carrillo De la Rosa, Y. (2007). Derecho y argumentación: El modelo de adjudicación del derecho en la antigüedad y el medievo. *Revista de Derecho*, 28, 71-87.
- Castiñeira Jerez, C. J. (2014). Hacia una nueva configuración de la doctrina rebus sic stantibus: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014. *InDret Revista para el análisis del derecho*, 4, 26.
- Castro De Cifuentes, M. (2016). *Derecho de las obligaciones: Con propuestas de modernización* (2.ª ed., Vol. 1-4). Ediciones Uniandes-Temis.
- Coderch, P. S. (2009). Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 687.

Comanducci, P. (1998). Principios jurídicos e indeterminación del derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21(2), 89-104.

Comte, A. (1934). *Discurso sobre el espíritu positivo* (1.ª ed.). El libro de bolsillo Alianza Editorial.

Código Civil Colombiano, Civil 383 (1887).

Constitución Política de Colombia, art 230 (1991).

Corte Constitucional Sentencia C-083, (Corte Constitucional 1 de marzo de 1995).

Corte Constitucional Sentencia T-520, (Corte Constitucional 26 de junio de 2003).

Corte Constitucional Sentencia T-520, (Corte Constitucional 26 de junio de 2003).

Corte Constitucional Sentencia T-419, (Corte Constitucional 6 de mayo de 2004).

Corte Constitucional Sentencia T-518, (Corte Constitucional 19 de mayo de 2005).

Corte Constitucional Sentencia C-590, (Corte Constitucional 8 de junio de 2005).

Corte Constitucional Sentencia T-358, (Corte Constitucional 17 de abril de 2008).

Corte Constitucional Sentencia C-1011, (Corte Constitucional 16 de octubre de 2008).

Corte Constitucional Sentencia T-792, (Corte Constitucional 3 de noviembre de 2009).

Corte Constitucional Sentencia T-312, (Corte Constitucional 3 de mayo de 2010).

Corte Constitucional Sentencia T-448, (Corte Constitucional 15 de junio de 2010).

Corte Constitucional Sentencia T-726, (Corte Constitucional 13 de septiembre de 2010).

Corte Constitucional Sentencia T-697, (Corte Constitucional 20 de septiembre de 2011).

Corte Constitucional Sentencia T-207, (Corte Constitucional 15 de marzo de 2012).

Corte Constitucional sentencia T-207, (Corte Constitucional 15 de marzo de 2012).

Corte Constitucional Sentencia T-470, (Corte Constitucional 22 de junio de 2012).

Corte Constitucional Sentencia T-309, (Corte Constitucional 16 de junio de 2016).

Corte Constitucional, M. P. H. P., Juan Carlos. (2010). *Sentencia T-726 de 2010* [Corte Constitucional colombiana].

Corte Constitucional Sentencia T-7777/10, M.P. Juan Carlos Henao ____ (Corte Constitucional 2010).

Corte Suprema de Justicia. (2019). Historia [Institucional]. *Corte Suprema de Justicia*.

<https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/historia/>

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (1936). Sala de casación civil. G.J. XLIV.

Cortés Nieto, J. del P., Dueñas Ruíz, O. J., Londoño Toro, B., Orjuela Ramírez, B. P., Ortiz Delgado, G., Ospina Duque, E., Palacios Sanabria, M. T., Parra Dussan, C. A., & Rico Chavarro, D. (2009). *Itinerario de la jurisprudencia colombiana de control constitucional como mecanismo de protección de Derechos Humanos* (1.ª ed.). Editorial Universidad del Rosario.

Cortés Salinas, J. (2020). ¿Qué es la Decisión Judicial? Notas sobre los estudios judiciales en América Latina. *Latin American Law Review*, 4, 129-145. <https://doi.org/10.29263/lar04.2020.06>

Cossio, C. (1939). *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley* (1.ª ed.). Editorial Losada.

Couture. (1958). *Fundamentos de derecho procesal civil* (3.ª ed.). Roque Depalma Editor.

Cuéllar Vázquez, A. (2008). *Los jueces de la tradición. Un estudio de caso*. (1.ª ed.). UNAM.

Dahl, R. (1989). *La poliarquía. Participación y oposición pública*. Tecnos.

- De Castro-Camero, R. (2010). *Ius commune: Fundamento del derecho común europeo e iberoamericano. Breve aproximación. Boletín mexicano de derecho comparado*, 43(128), 671-700.
- De Fazio, F. L. (2011). Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica. Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica. Duncan Kennedy, Siglo XXI. *Revista SAAP. Publicación de Ciencia Política de la Sociedad Argentina de Análisis Político*, 5(2).
- De Zubiría Samper, A. (2012). La historia de la Rama Judicial en Colombia. *Criterio Jurídico Garantista*, 4(6), 154-187. <https://doi.org/10.26564/21453381.393>
- Del Vas Mingo, M. M. (1990). Manuel José de Ayala y su labor para la historiografía jurídica: El diccionario de gobierno y Legislación de Indias. *Revista de Indias*, 50(189), 593-603.
- Del Vecchio, G. (1933). *Los principios generales del derecho* (1.ª ed.). Librería Boch.
- Díaz De Lezcano Sevillano, I. (1996). Antecedentes y fundamentos de la cláusula «rebus sic stantibus». *Revista de ciencias jurídicas*, 1, 71-90.
- Domínguez, C. (2006). Construcción y deconstrucción territorial del Caribe colombiano durante el siglo XIX. *Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, 10(218), 75.
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio* (2.ª ed.). Ariel.
- Elliott, J. H. (2004). Mundos parecidos, mundos distintos. *Mélanges de la Casa de Velázquez*, 34(1), 293-311.
- Esser, J. (1961). *Principio y norma en elaboración jurisprudencial del Derecho privado*. Casa Editorial Bosh.

Estrada Vélez, S. (2016). Los principios generales del derecho en el artículo 230 de la Constitución Política. ¿Normas morales o normas jurídicas? *Opinión jurídica*, 15(30), 47-66.

Fernandez Ruíz, E. (2016). La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y la doctrina rebus sic stantibus. Génesis y evolución de un principio jurídico. *Persona y Derecho*, 74, 291-318.
<https://doi.org/DOI.10.15581/011.74.291-318>

Fernández Segado, F. (2010). El justice Oliver Wendell Holmes: «The great dissenter» de la Supreme Court. *Teoría y realidad constitucional*, 25, 129-166.

Ferrajoli, L. (1999). Jueces y política. *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 7, 63-79.

Ferrajoli, L. (2001). Pasado y futuro del estado de derecho. *Revista internacional de filosofía política*, 17, 31-46.

Ferrajoli, L. (2020). *Manifiesto por la igualdad* (2.ª ed.). Trotta.

Figuroa Rubio, S. (2011). Más Foucault, menos Alessandri. *Derecho y Justicia*, 1, 199-218.

Freixes Sanjuan, T., & Remotti Carbonell, J. C. (1992). Los valores y principios en la interpretación constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 12(35), 97-109.

Freytes, A. E. (2017). El tribunal supremo español modifica su doctrina sobre alteración sobrevenida de las circunstancias. *Revista de la Facultad de Derecho*, 8(2), Article 2.

Gadamer, H.-G. (1993). *Verdad y método* (5.ª ed.). Ediciones Sígueme.

Garcés Medrano, A. (2015). *La transformación del derecho de propiedad a partir de las tensiones con su función social* [Mestría]. Autónoma de Occidente.

- Garcés Medrano, A. (2019). La ideología del juez y el uso de la ley como fuente del derecho. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 4(12), 323-342.
<https://doi.org/10.51343/rfdcp.v4i12.660>
- García Amado, J. A. (1993). La filosofía del derecho de Jürgen Habermas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 13, 235-258. <https://doi.org/10.14198/DOXA1993.13.12>
- García De Enterría Martínez-Carande, E. (1963). Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, 40, 189-224.
- García Figueroa, A. J. (1999). Palabras, palabras, palabras: De lo que el derecho dice a los jueces. *Jueces para la democracia*, 36, 58-66.
- Garza Onofre, J. J. (2013). Aproximaciones a los Critical Legal Studies (CLS) en torno al componente ideológico en la educación jurídica. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio AL. Gioja*", 11, 75-100.
- Corte Constitucional, C-083 (1 de marzo de 1995).
- Gelio, A. (2006). *Noches Áticas*. Universidad de León.
- González González, F. (2014). *Poder y violencia en Colombia*. (1.ª ed.). ODECOFI.
- Gordillo Montesinos, R. H. (2000). *Derecho Romano* (2.ª ed., Vol. 2). UNAM.
- Guastini, R. (1999). Principios de derecho y discrecionalidad judicial. *Jueces para la democracia*, 34, 39-46.
- Guthmann, Y. (2012). La decisión judicial y lo político. Una mirada socio-legal. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio AL. Gioja*", 9.
- Hart, H. L. A. (1961). *El concepto de derecho* (1.ª ed.). Abeledo-Perrot.

- Hegel, G. W. F. (1985). *Fenomenología del espíritu* (6.ª ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Henríquez Salido, M. do C., Fernando, A. O., Ordoñez Solís, D., Otero Seivane, J., & Rabanal Carbajo, P. F. (2016). La cláusula rebus sic stantibus en la jurisprudencia actual. *Revista de Llengua i Dret*, 66, 189-207. <https://doi.org/10.2436/rld.i66.2016.2792>
- Herrera, J. D. (2009). *La comprensión de lo social* (1.ª ed.). CINDE Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano.
- Hinestrosa, F. (2006). El Código Civil de Bello en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, 10, 5-27.
- Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las obligaciones* (3.ª ed., Vol. 1). Universidad Externado.
- Hinestrosa, F. (2020). Teoría de la Imprevisión. *Revista de Derecho Privado*, 39, 9-29.
- Horkheimer, M. (2003). *Teoría tradicional y teoría crítica* (1.ª ed.). Amorrortu.
- Iglesias, J. (2010). *Derecho Romano Historia e instituciones*. (18.ª ed.). Sello Editorial.
- Jaramillo Uribe, J. (1989). La administración colonial. En *Nueva Historia de Colombia. Colombia Indígena, Conquista y Colonia*. (1.ª ed., Vol. 1, pp. 175-191). Planeta Colombiana Editores.
- Kalinowski, G. (1982). Filosofía y lógica de la interpretación en derecho. Observaciones sobre la interpretación jurídica, sus fines y sus medios. *Revista chilena de derecho*, 9(2), 489-496.
- Kant, I. (2007). *Crítica de la razón pura* (1.ª ed.). Colihue Clásica.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho* (4.ª ed.). Eudeba.
- Kennedy, D. (2006). La Crítica de los Derechos en los Critical Legal Studies. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 7(1), 47-90.
- Kennedy, D. (2010). *Izquierda y derecho* (1.ª ed.). Siglo XXI Editores.

Kuhn, T. (1996). *Estructura de las revoluciones científicas* (1.ª ed.). Fondo de Cultura Económica.

Larenz, K. (1956). *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*,. Derecho Privado.

Laudo Arbitral No. 2478, (Internacional Court Of Commerce 1974). https://www.trans-lex.org/202478/_/icc-award-no-2478-in-1974-yca-1978-at-222-et-seq-/

Laudo Arbitral No. 8486, (Internacional Cout Of Commerce 1996). https://www.trans-lex.org/208486/_/icc-award-no-8486-yca-1999-at-162-et-seq-/

Laudo Arbitral No. 9479, (Internacional Court Of Commerce 2001). https://www.trans-lex.org/209479/mark_951000_highlight__hardship/icc-award-no-9479-icc-bull-12-no-2-at-67-et-seq/

Laudo Arbitral No.16369, (Internacional Court Of Commerce 2014). https://www.trans-lex.org/216369/mark_951000_highlight__hardship/icc-award-no-16369-yca-2014-at-page-169-et-seq/

Laudo Arbitral Aura Cristina Geithner Cuesta vs. Industria Electrosonera S.A, (Tribunal de Arbitramento Cámara de Comercio de Bogotá 13 de junio de 2001).
https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21486/256_V_Aura_Cristina_Geithner_VS_Sonolux_2001_06_13.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Laudo Arbitral Concesión Parquadero Calle 90 S.A. vs. Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, (Tribunal de Arbitramento Cámara de Comercio de Bogotá 20 de noviembre de 2003).
https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21606/740_V_Concesion_Parquadero_Calle_90_VS_IDU_2003_11_20.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Laudo Arbitral Exconvial Ltda vs. Dragados Internacional de Pipelines—DIAP S.A., (Tribunal de Arbitramento Cámara de Comercio de Bogotá 17 de junio de 2005).

https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21667/1055_V_Exconvial_VS_DAIP_2005_06_17.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Laudo Arbitral Noarco S.A. Vic Ltda y Obras Especiales Obresca C.A vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P, (Tribunal de Arbitramento Cámara de Comercio de Bogotá 25 de mayo de 2007).

https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21753/850_NOARCO_Y_OTROS_vs_EAAB_25_05_07.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Laudo Arbitral H. Rojas y Asociados Ltda Banco de la República, (Tribunal de Arbitramento Cámara de Comercio de Bogotá 17 de marzo de 2009).

https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21854/985_H_ROJAS_Y_ASOCIADOS_vs_BANCO_DE_LA_REPUBLICA_17_03_09.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Laudo Arbitral GDS Ingenieros Ltda, Constructec S.A. y J.E.C.R S.A. vs. Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo—FONADE, (Tribunal de Arbitramento Cámara de Comercio de Bogotá 5 de agosto de 2010).

https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21964/1418_GDS_INGENIEROS_Y_OTROS_vs_FONADE_05_08_10.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Laudo Arbitral D&S S.A, Construcciones Namus S.A, Sohincó Constructora S.A, Yamil Sabbagh Solano y David Vega Luna, Miembros de la Unión Temporal Aguas Tintal. Vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P, (Tribunal de Arbitramento Cámara de Comercio de Bogotá 21 de noviembre de 2011).

https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/22057/1993_AGUAS_TINTAL_D_S_Y_OTROS_vs_EAAB_21_11_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Laudo Arbitral R&M Lezaca y CIA. Ltda, Ponce de León Asociados S.A., Miguel Ávila Reyes e Hidroelectric de Colombia Ltda. Vs. Instituto de Desarrollo Urbano, (Tribunal de Arbitramento Cámara de Comercio de Bogotá 6 de noviembre de 2014).

https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/22307/646_R_y_M_LEZACA_Y_OTROS_vs_IDU_06_11_14.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Laudo Arbitral Colombia Móvil S.A. ESP vs. La Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, (Tribunal de Arbitramento Cámara de Comercio de Bogotá 28 de julio de 2016).

https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21223/2817_COLOMBIA_MOVIL_VS_MINTIC_28_07_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Laudo arbitral Unión Temporal Concesión Vial Los Comuneros vs. Agencia Nacional de Infraestructura— ANI, (Tribunal de Arbitramento Cámara de Comercio de Bogotá 26 de julio de 2017).

https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21357/4042_COMUNEROS_VS_ANI_26_07_17..pdf?sequence=1&isAllowed=y

Laudo Arbitral Dragados Hidráulicos Ltda vs. Concesionaria Tibitoc S.A., (Tribunal de Arbitramento Cámara de Comercio de Bogotá 15 de julio de 2022).

https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21538/390_V_Dragados_Hidraulicos_VS_Concesionaria_Tibitoc_2002_7_15.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Laudo arbitral Juan Fernando Góngora Arciniegas vs. Empresa Nacional de Telecomunicaciones,

Telecom, (Tribunal de Arbitramento Cámara de Comercio de Bogotá 13 de septiembre de 1999).

https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/22095/SN_70_Juan_Fernando_Gongora_VS_Telecom_1999_09_13.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Laudo arbitral Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. vs La Nación—Ministerio de Comunicaciones, (Tribunal de Arbitramento Cámara de Comercio de Bogotá 10 de mayo de 2000).

https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/22206/71_V_Comcel_VS_Mincomunicaciones_2000_05_10.pdf?sequence=1&isAllowed=y Ley colombiana.

Laudo Arbitral P&P Construcciones S.A vs. Banco de la República, (Tribunal de Arbitramento Cámara de Comercio de Bogotá 21 de abril de 2008).

https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21803/979_P_P_CONSTRUCCIONES_vs_BANCO_DE_LA_REPUBLICA_21_04_08-OCR.pdf?sequence=4&isAllowed=y

Laudo Arbitral Plaza Imperial Holdings S.A.S. vs. Inversiones en Recreación Deporte y Salud S.A. Bodytech, (Tribunal de Arbitramento Cámara de Comercio de Bogotá 30 de abril de 2013).

https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/22164/2281_PLAZA_IMPERIAL_HOLDINGS_vs_BODYTECH_30_04_13.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Laudo Arbitral Hidrotec S.A.S. Ingenieros Consultores Y Ponce De León Y Asociados S.A Ingenieros

Consultores vs. Instituto Colombiano De Bienestar Familiar, (Tribunal de Arbitramento Cámara de Comercio de Bogotá 13 de julio de 2015).

https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/22357/3090_HIDROTEC_vs_ICBF_13_07_15.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Leguina Villa, J. (1987). Principios generles del derecho y constitución. *Revista de Administración Pública*, 114, 7-37.

- Leonseguí Guillot, R. A. (2012). El contrato de opción como contrato atípico de tracto único: Examen jurisprudencial de la aplicabilidad de la resolución por el cambio o alteración de las circunstancias. *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, 0(10), Article 10.
<https://doi.org/10.5944/rduned.10.2012.11100>
- Levi, L. (2008). Legitimidad. En *Diccionario de Política* (16.ª ed., Vol. 2, pp. 862-866). Siglo XXI Editores.
- López Medina, D. (2004). *Teoría impura del derecho* (1.ª ed.). Legis S.A.
- López Medina, D. (2008). *El derecho de los jueces* (2.ª ed.). Legis S.A.
- López Medina, D. (2012). Los principios jurídicos en el “viejo” y en el “nuevo” derecho. Examen del contraste entre el “rigor formal” y la “flexibilidad basada en principios” en la teoría jurídica romanística. *Revista de Derecho Privado*, 1-24. <https://doi.org/10.15425/redepriv.47.2012.08>
- Marrero, D. (2015). Lineamientos generales para una epistemología jurídica. En *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (1.ª ed., p. 230). Universidad de los Andes.
- Martínez de Morentin, M. L. (2014). Sobre la construcción del principio pacta sunt servanda rebus sic stantibus, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión. *Rev. int. droits antiq. (1948)*, Article ART-2014-92993. *Revue internationale des droits de l'antiquité* (1948), Nápoles.
<https://zagan.unizar.es/record/32782>
- Martínez Velencoso, L. M. (2011). Riesgo negocial v. Cláusula “rebus sic stantibus”. *InDret Revista para el análisis del derecho*, 17.
- Marx, K. (2008). *Contribución a la crítica de la economía política* (9.ª ed.). Siglo XXI Editores.
- Medellín Becerra, C. (2015). *La interpretatio iuris y los principios generales del derecho* (1.ª ed.). Legis S.A.

- Mejía Quintana, O. (2006). Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho. *Derecho y Realidad*, 4(7), 45-79.
- Mejía Quintana, O. (2011). *La norma básica fundamental, derecho y democracia en Habermas* (1.ª ed.). Universidad Autónoma de Occidente.
- Mora, C. A., & Peña, M. (1985). *Historia socioeconómica de Colombia* (1.ª ed.). Norma.
- Morlino, L. (2008). Estabilidad política. En *Diccionario de Política* (16.ª ed., Vol. 1, pp. 533-541). Siglo XXI Editores.
- Neme, M. (s. f.). *PACTA SUNT SERVANDA Y REBUS SIC STANTIBUS: TENSIONES ENTRE LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE Y AUTONOMÍA CONTRACTUAL*. Recuperado 1 de mayo de 2020, de https://www.academia.edu/28392370/PACTA_SUNT_SERVANDA_Y_REBUS_SIC_STANTIBUS_TENSIONES_ENTRE_LOS_PRINCIPIOS_DE_BUENA_FE_Y_AUTONOM%C3%8DA_CONTRACTUAL
- Neme Villareal, M. L. (2014). Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus: Tensiones entre los principios de buena fe y autonomía contractual. *Revista Novun*, 191-238.
- Núñez Vaquero, Á. (2010). Teorías críticas del derecho: Observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica. *Anuario de filosofía del Derecho*, 413-434.
- O'Donnell, G. (1993). Estado, democratización y ciudadanía. *Revista Nueva Sociedad*, 128, 62-87.
- Osuna Fernández-Largo, A. (1991). Ética y política en las Leyes de Indias del siglo XVI. *Anuario de filosofía del derecho*, 8, 77-102.
- Ots Capdequí, J. M. (1925). El derecho de propiedad en nuestra legislación de Indias. *Anuario de Historia del Derecho español*, 49-168.

- Páez, A. (2015). La epistemología y el derecho. En *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (1.ª ed., pp. 1-12). Universidad de los Andes.
- Parra Lucán, M. Á. (2015). Riesgo imprevisible y modificación de los contratos. *InDret Revista para el análisis del derecho*, 4, 54.
- Pattaro, E. (1987). Al origen de la noción «principios generales del derecho». Lineamiento histórico filosófico. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(59), 39.
- Peces-Barba, G., Fernandez, E., & De Asis, R. (2000). *Curso de teoría del derecho* (2.ª ed.). Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales S.A.
- Peces-Barba Martínez, G. (1986). Los operadores jurídicos. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 72, 447-469.
- Pérez Lledó, J. A. (1993). *El movimiento «Critical Legal Studies»*. [Doctoral]. Alicante.
- Pérez Luño, A.-E. (2000). La peculiaridad normativa de los principios generales del Derecho. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 42, 131-160.
- Petit, E. (2007). *Tratado Elemental de Derecho Romano* (23.ª ed.). Porrúa.
- Polidura Castillo, A. (2017). El restablecimiento de las condiciones contractuales frente al desequilibrio sobreviniente en el derecho privado colombiano. *Revista de Derecho Privado*, 57(Enero-junio).
- Popper, K. (1983). *Conjeturas y refutaciones* (1.ª ed.). Paidós.
- Posner, R. A. (2011). *Cómo deciden los jueces*. Marcial Pons.
- Pothier, R. J. (1872). *Tratado de Obligaciones* (2.ª ed.). Librería extranjera y nacional, científica y literaria.

Prieto Sanchís, L. (1996). Diez argumentos sobre los principios. *Jueces para la democracia*, 26, 41-49.

Revilla Giménez, M. I. (2017). Normalización de la cláusula rebus sic stantibus. Estudio jurisprudencial. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 41, 161-219.

Rey Pérez, J. L. R. (2011). Interpretación y creación judicial del derecho. La tensión entre Constitucionalismo y Democracia. *icade. Revista de la Facultad de Derecho*, 82, Article 82.

Rivera Restrepo, J. M. (2015). Historia y fundamentos de la cláusula rebus sic stantibus (teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española. *Revista Ars Boni et Aequi*, 11(1), 31-48.

Rivera Restrepo, J. M., & Barcia Lehmann, R. (2016). Aspectos generales en torno a la cláusula rebus sic stantibus (teoría de la imprevisión), en España. *Revista de derecho (Valparaíso)*, 47, 117-150.
<https://doi.org/10.4067/S0718-68512016000200004>

Rocha Alvira, A., & Martínez Cárdenas, B. M. (2009). *Lecciones sobre derecho civil obligaciones* (1.^a ed.). Universidad del Rosario.

Ruiz Ruíz, R. (2012). La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. *Derecho y realidad*, 10(20), 143-166.

Salinas Alvarado, C. E. (2017). El “choque de trenes” entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Los juegos jurídicos metanormativos en Colombia. *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 14, 175-222.

Sánchez Zorrilla, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: Características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 14, 317-358.

Sartori, G. (1993). Pueblo y poder. En *¿Qué es democracia?* Editorial Patria.

<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1135-que-es-la-democracia>

Sartori, G. (2011a). *Cómo hacer ciencia política* (1.^a ed.). Santillana.

Sartori, G. (2011b). *Cómo hacer ciencia política. Lógica, método y lenguaje en las ciencias sociales*.

(Santillana Ediciones Generales).

Silva García, F. (2007). Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral. *Revista e-mercatoria*, 6(2).

<https://revistas.uexternado.edu.co//index.php/emerca/article/view/2062>

Sohm, R. (1928). *Instituciones de derecho privado romano: Historia y sistema* (17.^a ed.). Librería General de Victoriano Suarez.

Stoetzer, C. (1986). El espíritu de la legislación de Indias y la identidad latinoamericana. *Estudios Políticos*, 53, 101-124.

Sala Civil Corte Suprema de Justicia Sentencia 25 de febrero de, (Sala Civil Corte Suprema de Justicia 25 de febrero de 1937).

Corte Suprema de Justicia Sentencia, (Corte Suprema de Justicia 24 de marzo de 1983).

Tamayo y Salmorán, R. (2003). Regulae iuris. En *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*. (1.^a ed., p. 277). Instituto de investigaciones jurídicas.

<https://goo.gl/RE7wUs>

Taruffo, M. (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos* (Vol. 20). Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral.

- Tirado Mejía, Á. (1989). El Estado y la política en el Siglo XIX. En *Nueva Historia de Colombia. Colombia Indígena, Conquista y Colonia*. (1.ª ed., Vol. 2, pp. 155-183). Planeta Colombiana Editores.
- Torres, J. (2020, octubre 26). ¿Choque de trenes? *El Tiempo*.
<https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/choque-de-trenes-columna-de-jhon-torres-545275#:~:text=En%20Colombia%2C%20cuando%20dos%20poderes,%3A%20'choque%20de%20trenes'>.
- Trigo Sierra, E., & Pérez-Pujazón, M. E. (2015). El nuevo tratamiento jurisprudencial de la doctrina de la cláusula rebus sic stantibus. *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, 39, 88-94.
- Tushnet, M. (2012). *¿Por qué la constitución importa?* (1.ª ed.). Universidad Externado.
- Uribe, D. (Director). (2019). *Día de la Afrocolombianidad*. <https://youtu.be/anljpAgNJgc>
- Valencia Restrepo, H. (1993). *Derecho privado romano* (2.ª ed.). Señal Editorial.
- Vásquez, L., & Jiménez, P. (2015). El «vaivén» de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula rebus sic stantibus. *Revista de Derecho Civil*, 2(4), 65-94.
- Vicente y Caravantes, J. de. (1856). *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento, con sus correspondientes formularios*. Imprenta de Gaspar y Roig.
- Vivas Tesón, I. (2010). La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación: Necesidad de una regulación. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 133-154.
- Weber, M. (1979). *El político y el científico* (5.ª ed.). Alianza Editorial.
- Witker Velásquez, J. (2015). Las ciencias sociales y el derecho. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 48(142), 339-358.

Wolkmer, A. C. (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico* (1.ª ed.). Ilsa.

Yerga, Á. L., & Bardají, M. X. (2015). Rebus sic stantibus: ¿Un paso atrás? *InDret*, 2.

Zagreblesky, G., & Marina, G. (2011). *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (10.ª ed.). Trotta.

Zegarra Mulánovich, A. (2004). Pacta sunt servanda. *Revista de Derecho*, 5(5), 277-359.