

## EL CONCEPTO DE JUSTICIA CONTRACTUAL

FRANCISCO TERNERA BARRIOS\*

### Resumen:

El concepto de *justicia contractual* en Colombia tiene asiento en la normativa y jurisprudencia. Hablamos, pues, de la implementación de remedios generales y soluciones particulares. En estas breves líneas, presentamos instituciones que nos informan el importante lugar que en nuestros días ocupa el concepto de *justicia contractual*.

**Palabras Clave:** Equidad - Igualdad - Equilibrio - Libertad contractual - Legislador - Juez - Inejecución del contrato - Fuerza mayor - Imprevisibilidad.

### Abstract:

Mainly the legislator and the judge have consulted the concept of contractual justice. In the first case, one is the implementation of general remedies. In the second, we recognize particular solutions. In this article named "Contractual justice: in search of the lost concept" institutions appear that inform the important place to us that in our days occupies the concept of *contractual justice*, formerly lost.

**Key words:** Equity - Equality - Balance- Freedom of contract - Legislator - Judge - Breach of contract - Frustration of contract- Unequal bargaining power

### Sumario:

1. Regímenes generales: Justicia contractual legislada. 2. Soluciones especiales: Justicia contractual pretoriana.

---

\* Profesor Principal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá). Coordinador de la Línea de investigación en Derecho Civil de la misma Universidad. Master (D.E.A) en Derecho privado general por la Universidad Paris II .

La búsqueda de la virtud conocida como “justicia” constituye, desde antaño, una constante en los grupos sociales. Ahora, su significado no parece ser concreto.<sup>1</sup> En materia contractual, esta palabra vaga, generalmente se asocia con otras expresiones tales como *equidad, equilibrio, igualdad, proporción, justo medio, compromiso y buena fe*. En este breve ensayo, sirviéndonos de la expresión *justicia contractual*, daremos cuenta de todas estas cualidades que hemos de reconocer en las relaciones contractuales.

Como el concepto mismo de contrato, el de *justicia contractual* ha sido leído de formas disímiles en el proceso histórico. Así pues, vemos como hasta hace no mucho tiempo, las reflexiones morales eran eclipsadas por otro tipo de razonamientos que privilegiaban las libertades individuales, formalismo y rigidez de las instituciones y el absolutismo de los derechos. Hablamos de las doctrinas económicas de los siglos XIX y parte del XX, cuyo principio “*laisser faire, laisser passer*” no era muy afín con la implementación de límites morales en la actividad contractual. Estas doctrinas ejercieron un papel protagónico en las lecturas estrechas del concepto de *justicia contractual* de las normas del *Code Civil* de 1804.<sup>2</sup>

No obstante, este concepto discreto de *justicia contractual*, acogido en la época referenciada, no ha sido una constante en el proceso histórico. Doctrinas anteriores a ésta parecieron acoger un concepto relativamente amplio de *justicia contractual*. Así por ejemplo, en Roma, como un posible antecedente del *abuso del derecho*, se presentaron las máximas “*male enim nostro iure uti non debemus*” (“no debemos usar mal nuestro derecho”) y “*summum ius, summa iniuria*” (“el estricto derecho es la suprema injusticia”).<sup>3</sup> De igual manera, también a título de ejemplo, podemos aclarar que en el medioevo se extendía la aplicación de instituciones como la lesión enorme a una gran variedad de contratos (*læsio enormisima*)<sup>4</sup>. Instituciones como la resolución, con un alto contenido moral, fueron concebidas por el derecho canónico.<sup>5</sup> Desde la presentación misma del *Code Civil* se aseguraba que “las normas del Código Civil serían mal concebidas, si no las entendiéramos como reglas elementales de equidad.”<sup>6</sup> También se sostenía que “el proyecto del *Code Civil* es un verdadero código de moral, perfeccionado por la experiencia de siglos y especialmente aplicado a los contratos y obligaciones convencionales en general”<sup>7</sup>. En este mismo sentido, *Portalis*, uno de los arquitectos del Código de Napoleón, nos informaba que la libertad contractual “no solamente está subordinada a

las leyes de orden público y a la buenas costumbres, sino también a la justicia y utilidad pública.”<sup>8</sup>

Como en el pasado, en nuestros días, presenciamos un redescubrimiento del concepto de *justicia contractual*. Voces como la de Georges Ripert iniciaron este proceso: “la obligación no es solamente una simple relación entre dos patrimonios; es y siempre ha sido la sumisión de un hombre a otro, sumisión que no puede demandarse y permitirse sino por fines legítimos, cuya existencia y ejecución debe ser controlada por el legislador y el juez.”<sup>9</sup>

Evidentemente, el concepto de *justicia contractual* ha sido consultado, principalmente, por el legislador y el juez. En el primer caso, se trata de la implementación de remedios generales. En el segundo, reconocemos soluciones particulares. Hablamos, concretamente, del concepto de *equidad aristotélica* aplicado al contrato, cuyo punto de partida debe ser la ley. Recuérdese que “la ley es necesariamente siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por disposiciones generales.”<sup>10</sup> Ahora, en un momento dado, el intérprete puede morigerar los efectos de una disposición legal (*summum ius, summa iniuria*). En efecto, “cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviera presente; es decir, haciendo la ley como él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares que se trata.”<sup>11</sup>

En estos términos, el concepto de *justicia contractual* será presentado en dos partes. En la primera comentaremos algunos regímenes generales estatuidos por el legislador (I). En la segunda, nos ocuparemos de ciertos remedios especiales adoptados por la jurisprudencia (II).

## **I. REGÍMENES GENERALES: JUSTICIA CONTRACTUAL LEGISLADA**

En materia contractual, como se precisó en la publicación misma del Código de Napoleón, las disposiciones de la normativa deben entenderse “como normas elementales de equidad, cuyas ramificaciones se encuentran en las

leyes romanas.”<sup>12</sup> Estas reglas generales de equidad o justicia se aprecian desde la construcción del contrato (A) hasta su ejecución (B).

### **A. Control de la construcción del contrato**

Uno de los elementos esenciales del contrato es el consentimiento de las partes. Nuestra normativa prevé instrumentos legales que protegen la libertad y claridad del consentimiento de los contratantes. Si un contrato no cumple con las condiciones establecidas, principalmente, en el Art. 1502° C.C. col., el sujeto normativo<sup>13</sup> puede solicitar al juez que declare su nulidad, lo cual implica su “destrucción” con *efectos retroactivos*, de forma análoga a lo establecido para la resolución. Son sancionados con nulidad relativa los vicios del consentimiento de uno de los contratantes (1). Igualmente, en algunos contratos, se ofrece la acción de rescisión por lesión (2).

1. El legislador, con el objeto de proteger la formación del consentimiento como elemento de validez del contrato (Art. 1502° C.C. col.) consagró un régimen jurídico general aplicable a los vicios del consentimiento: error, violencia y dolo (Arts. 1508° a 1516° C.C. col.). Primero, la norma extintiva del error vicio del consentimiento le permite al contratante anular el contrato cuando se haya hecho una falsa representación de uno de sus elemento esenciales o determinantes (Art. 1511° C.C. col.). Segundo, la violencia o fuerza es la amenaza ejercitada sobre un contratante para obtener de él su consentimiento. La violencia, para considerarse como vicio del consentimiento, debe ser determinante, ilegítima, y debe producir un justo temor, un impacto psicológico o una impresión tan fuerte que se teme un mal irreparable y grave (Art. 1513° C.C. col.). Tercero, el dolo consiste en la intención de engañar o de mantener en error a una persona para hacerla contratar. Supone una acción (mentiras, maniobras, maquinaciones) o una omisión voluntaria (reticencia), empleada con el propósito de engañar al otro contratante (Art. 1515° C.C. col.).
2. En principio, los contratantes tienen entera libertad para estimar en dinero el valor de sus prestaciones. Por ejemplo, respecto del contrato de compraventa se permite que las partes determinen el precio de la venta “por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen” (Art. 1864° C.C. col.) o que se sometan a la decisión de “cualquiera otra persona” (Art.

1865° C.C. col.). Sin embargo, en algunos casos, con el objeto de conservar el equilibrio contractual, el legislador limita esta libertad: “el precio irrisorio se tendrá por no pactado” (Art. 920° C.Co. col.); “cuando la prestación de una de las partes sea irrisoria, no habrá contrato conmutativo” (Art. 872° C.Co. col.) y, respecto de la venta, “no podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes (Art. 1865° C.C. col.).

De igual manera, identificamos herramientas legales como la *lesión enorme* que persiguen restaurar el equilibrio violentado por el desconocimiento del justo precio de las prestaciones. La *lesión enorme* es una especie de nulidad que sanciona el rompimiento del equilibrio en el contrato en la etapa de su celebración. En nuestra normativa se consagra una regulación objetiva de la *lesión*: se consulta su *justo precio*, sin que se tengan en cuenta los móviles subjetivos de los contratantes. Simplemente, se considera lesivo el contrato, porque rompe el equilibrio de las prestaciones interdependientes de contratos como la compraventa de bienes raíces<sup>14</sup>.

Nuestro Código no consagra la *lesión* como causal general de nulidad. Se consagra taxativamente para los siguientes casos<sup>15</sup>: compraventa de bienes raíces, siempre que la lesión supere la mitad del justo precio de la prestación del vendedor o comprador (Arts. 1946° y 1947° C.C. col.); permuta de un bien raíz con desproporción de una de las prestaciones en más de la mitad del justo precio (Art. 1958° C.C. col.); mutuo con intereses convencionales y anticresis (Arts. 2231° y 2466° C.C. col.); hipoteca, cuando excede el duplo de la obligación principal (Art. 2455° C.C. col.), aceptación de una asignación por causa de muerte (Art. 1291° C.C. col.), partición de una herencia (Arts. 1401° a 1410° C.C. col.) e, igualmente, respecto de la cláusula penal, si la pena es el doble de la obligación principal (Art. 1601° C.C. col.).

## **B. Control de la ejecución del contrato**

Como se sabe, todo contrato celebrado conforme a derecho es ley para los contratantes. Los términos establecidos en el contrato resultan obligatorios para las partes. Esto significa que el contrato, únicamente, con el acuerdo de los contratantes puede ser modificado, suspendido o destruido. Ahora bien, en ciertos casos especiales, frente a la negativa de una de las partes de cumplir con su prestación o cuando se verifica una vicisitud que impide tal

ejecución, la normativa le ofrece algunas soluciones concretas a las partes. En cada de estas herramientas normativas se puede apreciar el propósito de búsqueda de un ideal de justicia en la relación contractual.

1. En primer lugar, el principio del respeto de la palabra dada es adoptado por el legislador en las disposiciones sobre la fuerza obligatoria de las convenciones (Art. 1602° C.C. col.). Si una de las partes incumple su obligación, el contratante insatisfecho puede solicitar la resolución del contrato o su ejecución forzosa, ambas con indemnización de perjuicios (Arts. 1546° C.C. col. y 870° C.Co. col.)<sup>16</sup>. Además, según una nueva interpretación, estos textos servirían de normas generales para demandar la mera indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento contractual, sin que sea necesario solicitar ni la ejecución forzosa, ni la resolución de la convención<sup>17</sup>. Se hace referencias a tres importantes opciones que tiene el acreedor insatisfecho:
  - a. Los Arts. 1546° C.C. col. y 870° C.Co. col. consagran un régimen general de resolución.<sup>18</sup> Se establece que los contratos bilaterales pueden resolverse, en caso de incumplimiento, por uno de los contratantes. La resolución implica la destrucción retroactiva del contrato<sup>19</sup>. Desde luego, se trata de una *norma extintiva* que sanciona el incumplimiento contractual y no de una prerrogativa que permita al contratante incumplido terminar un contrato cuyas obligaciones no va a seguir ejecutando<sup>20</sup>. Como regla general se consagra un régimen general de declaración judicial. Ahora, algunos regímenes especiales, como el régimen de terminación automática del contrato de seguro (Art. 1068° C.Co. col.) y el régimen de resolución unilateral de la compraventa internacional de mercaderías de la convención de Viena de 1980 (Art. 49°, 64° y 71°), parecen escapar a esta regla general de resolución judicial.
  - b. Así mismo, como otra de las alternativas que ofrece la normativa, el acreedor de una obligación de *hacer* puede pedirle al juez que se apremie al deudor para la ejecución de la prestación prometida o que se le confiera autorización para hacer ejecutar la prestación por un tercero a expensas del deudor (Art. 1610° C.C. col.). El acreedor de la obligación de *no hacer* puede pedir, si es posible, que destruya la cosa hecha, ya por el deudor mismo, ya a expensas suyas (Art. 1612° C.C. col.). Finalmente, el acreedor de una obligación de *dar* puede pedir la entrega del cuerpo cierto (Arts. 492°, 495° y 499° C. de P.C. col.) o la entrega de los géneros debidos (Art. 493° C.C. col.).

- c. Finalmente, ante el incumplimiento de la obligación *in natura*, el acreedor contractual tiene la posibilidad de exigir su equivalente en dinero: indemnización compensatoria -*responsabilidad contractual*-; esta suma de dinero podría ser vista como un pago equivalente de la prestación *in natura*.
2. El Art. 1609° C.C. col. ha sido recibido por la jurisprudencia<sup>21</sup> como una norma jurídica que le permite a un contratante, en un convenio bilateral, la *potestad*<sup>22</sup> de no ejecutar su obligación mientras la otra parte no ejecute la suya<sup>23</sup>. Como se afirma desde la doctrina<sup>24</sup>, la *exceptio non adimpleti contractus* tiene un carácter *defensivo*, un mecanismo de justicia privada: frente al reclamo judicial o extrajudicial del acreedor, el deudor se rehúsa a ejecutar su prestación. De igual manera, su carácter es meramente *temporal*: solamente suspende el contrato. Su finalidad es evidentemente de *garantía*: proteger, a pesar de la deuda, el patrimonio de quien se sirve de ella.
3. El *ius retentionis* o derecho de *retención* puede estipularse por la expresa determinación de los contratantes en una convención (Art. 2417° C.C. col., inc. 2). Ahora, cuando no se ha realizado esta expresa consagración en una convención, la retención sólo es permitida en los casos previstos por la normativa. (v.gr. para el poseedor, Arts. 739° y 970° C.C. col.; usufructuario, Art. 859° C.C. col., arrendatario, Arts. 1995° C.C. y 26° de la Ley 820 de 2003; arrendador, Art. 2000° C.C. col., mandatario, Art. 2188° C.C. col., comodatario, Art. 2218° C.C. col., depositario, Arts. 2258° C.C. col. y 1177° C.Co. col., empresario en el contrato de hospedaje, Arts. 1199° C.Co. col. y 2497° num. 1 C.C. col., agente, Art. 1326° C.Co. col. y transportador de cosas, Art. 1033° C.Co. col.). En el Art. 2417° C.C. col. se consagra como una garantía de ejecución de una obligación conexas, la *potestad* del deudor de *no restituir* una cosa de su acreedor.<sup>25</sup>
4. En el Art. 868° C.Co. col. se consagró una norma de revisión judicial del contrato o teoría de la imprevisión. Con estas expresiones se suele designar “el desequilibrio grave que se produce entre las prestaciones contractuales, como consecuencia de un alza considerable e imprevista de los precios. “La *imprevisión es una cuestión de orden económico y financiero*. Se encuentra vinculada a las fluctuaciones de los precios.”<sup>26</sup> Habitualmente, se sostiene que sólo hace referencia a aumentos de los costos del contrato que se encuentran por fuera de los límites normales de oscilación del valor de la prestación debida.<sup>27</sup> En estos términos, esta

medida de justicia contractual se nos presenta como un remedio eficaz de los riesgos considerados, únicamente, como *imprevisibles*<sup>28</sup>. Diferenciándose de la *fuera mayor*, la obligación contractual no deviene imposible sino más onerosa.<sup>29</sup> Desde luego, como lo hemos afirmado anteriormente,<sup>30</sup> la aceptación de la teoría de la imprevisión obedece a un cambio en la concepción del papel del Estado, en la persona del juez, frente a los intercambios económicos de los particulares.<sup>31</sup>

5. Por otro lado, con el objeto de proteger a los terceros de *buena fe*, en materia de resolución de contratos se consagra que la reivindicación de los bienes<sup>32</sup> entregados en virtud del contrato resuelto no procede contra terceros subadquirentes de *buena fe* (Arts. 1547° y 1548° C.C. col.).<sup>33</sup> Tampoco son reivindicables los muebles adquiridos en feria, tienda, almacén y en general, en cualquier establecimiento comercial (Art. 947° inc. 2 y 3 C.C. col.). Así mismo, siempre protegiendo los intereses de los terceros de *buena fe*, el Código Civil parece prohibir la reivindicación de los bienes fungibles consumidos por un acreedor de buena fe (Art. 1633° inc. 3 C.C. col.), la de los frutos emanados de la cosa explotada por un poseedor de buena fe (Art. 964° C.C. col.), la reivindicación de los bienes entregados en virtud de un pacto de retroventa (Art. 1940° C.C. col.), con ocasión de una venta con cláusula de reserva de dominio (Art. 1° inc. 2 de la Ley 45 de 1930 col.) y respecto del pacto de retracto (Art. 1944° C.C. col.).

## II. SOLUCIONES ESPECIALES: JUSTICIA CONTRACTUAL PRETORIANA

Como lo sugirió Aristóteles, cuando el legislador calla, es imprescindible suplir su silencio. Nuestra jurisprudencia, en no pocos casos, ha “completado” el trabajo propuesto por el legislador. Nuestros jueces nos han presentado diversas interpretaciones y extensiones de la fórmula legal, que protegen o restablecen el equilibrio contractual, sancionan el comportamiento desleal de uno de los contratos y, en general, acogen un concepto amplio de *justicia contractual*.<sup>34</sup> Presentaremos los controles jurisprudenciales de la construcción del contrato (A) y su ejecución (B).

### A. Control de la construcción del contrato

Hablaremos de la fuerza como vicio del consentimiento (1) y de las cláusulas abusivas (2).

1. Respecto de los vicios del consentimiento, concretamente respecto de la *fuerza* o *violencia*, la Corte Suprema colombiana se ha servido de una amplia interpretación del Art. 1514º C.C. col., en donde se precisa que la *fuerza* puede ser ejercida “por cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento.” En efecto, en un fallo interesante<sup>35</sup>, nuestra jurisprudencia ha considerado que la *fuerza* puede estar evidenciada por el clima de violencia de una parte del país que ha infundido un justo temor en el vendedor. Desde luego esta interpretación parece consultar nuestra realidad actual.

Sin duda con este fallo, al parecer no reiterado, se hace referencia a las teorías del *estado generalizado de violencia* o *estado de necesidad*, que permiten que el vicio del consentimiento (v.gr. la fuerza) provenga de una situación generalizada de zozobra, tensión o desazón. No se trata, exclusivamente, de vías de hecho, sino de circunstancias sociales o económicas generalizadas que presionan al contratante. Se trata de una verdadera interpretación extensiva del Art. 1514º C.C. col.<sup>36</sup>

2. En la dinámica actual de los contratos, un contratante puede imponerle a la otra parte las cláusulas generales del contrato. Piénsese, por ejemplo, en los contratos de adhesión. De igual manera, identificamos las denominadas “cláusulas generales de contratación”, definidas como “aquellas impuestas a los consumidores por un grupo o una asociación de empresarios que atienden la misma industria.”<sup>37</sup> Hablamos, en los dos casos, de un contratante, el adherente o el consumidor, cuya autonomía privada en la celebración del negocio está limitada. Además de los controles legales en la implementación de cláusulas contractuales (v.gr. Arts. 920º, 872º C.Co. col., 1535º, 1603º, 1619º, 1644º y 1865º C.C. col.), la jurisprudencia colombiana ha presentado unas interesantes reflexiones sobre la materia.

Estima el máximo tribunal colombiano que “en la formación del contrato y, específicamente, en la determinación de las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conducta abusivas, ejemplo prototípico de las cuales lo suministra el ejercicio del llamado poder de negociación por parte de quien, encontrándose de hecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento le compete el

control de dichas condiciones.”<sup>38</sup> En este mismo fallo se propusieron las siguientes características arquetípicas de las cláusulas abusivas: “a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial –vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad–, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes.”<sup>39</sup>

## B. Control de la ejecución del contrato

A título de ejemplo, respecto de la ejecución del contrato, podemos apreciar las bondades de este concepto de *equidad aristotélica* desarrollado por nuestros tribunales en estos casos: aplicación de la norma de resolución (1), el principio de buena fe (2) y la teoría del abuso del derecho (3).

1. Respecto de la *resolución*, en los Arts 1546° C.C. col. y 870° C.Co. col. no se hace referencia a la “gravedad” del incumplimiento.<sup>40</sup> Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha exigido tal característica del incumplimiento como un verdadero requisito *sine qua non* de la aplicación de la norma extintiva de resolución. En efecto, la Corte Suprema colombiana asegura: “se impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuncia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagar lo que el deudor mantuvo siempre; la aceptación del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de intereses por esa mora que él consintió, etc.”<sup>41</sup>

El juez se enfrenta a dos hipótesis: i) en caso de inejecución parcial, tiene que determinar si la prestación cumplida procura un beneficio serio al acreedor, que debe establecerse en función de la utilidad económica que éste podía esperar del contrato –método retrospectivo–; ii) en la hipótesis de la inejecución total, el juez tiene que analizar si la conservación del contrato le ofrece una utilidad representativa al acreedor –método prospectivo–.<sup>42</sup>

2. Expresiones como la *buena fe*, que la normativa aborda de manera general (Arts. 83° C.N. col., 1603° C.C. col. y 835° C.Co. col.), tienen una nutrida acogida en nuestra jurisprudencia. En efecto, “la buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho,

ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma.”<sup>43</sup> En términos generales se identifica *buena fe* con (i) equilibrio contractual y (ii) respeto de las reglas pactadas o de las expectativas del contratante.<sup>44</sup>

3. La fórmula general del *abuso del derecho* del Art. 830º C.Co. col., según la cual “el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”, ha tenido una amplia difusión en nuestra jurisprudencia. En un principio, nuestra jurisprudencia limitó la aplicación de esta teoría a la esfera extracontractual. Incluso, se afirmó que el abuso de un derecho “constituye una especie particular de la culpa aquiliana.”<sup>45</sup> No obstante, recientemente se aceptó la posibilidad de aplicar la teoría en sede contractual<sup>46</sup>. En este célebre fallo la Corte Suprema precisó que los abusos no solamente pueden presentarse en la ejecución del contrato, sino también en su formación misma. Por lo demás, la doctrina más autorizada ha considerado que los abusos de la posición dominante son una forma o un desarrollo de la noción de *abuso de derecho*.<sup>47</sup>

Se trata de un principio que le permite al juez, mediante diversos mecanismos, controlar el ejercicio de ciertos derechos para evitar que se afecten intereses generales reconocidos por el ordenamiento jurídico.<sup>48</sup> En efecto, los derechos patrimoniales, reales y personales, ofrecen a sus titulares poderes jurídicos (v.gr. respecto de un bien corporal o respecto de la prestación). El ejercicio de los derechos subjetivos no es absoluto, antes bien, tiene límites. Cuando la actuación del individuo se realiza por fuera de esos límites, es decir, cuando la persona traspasa la esfera de *poderes y libertades* de su derecho, su conducta compromete su responsabilidad. Podría hablarse de *abuso* cada vez que un derecho patrimonial se ejerce por fuera de sus límites constitucionales y legales. Pensamos que este ejercicio *anormal* del *hecho abusivo* se evidencia por sus elementos y resultado.<sup>49</sup>

Las instituciones referenciadas dan cuenta del lugar que en nuestros días ocupa el concepto, otrora perdido, de *justicia contractual*. Este concepto amplio debe ser precisado con referentes concretos como la *equidad*, *igualdad* y *equilibrio contractual*. Se proponen, pues, retos importantes al legislador y al juez. Al primero, acompañar los tecnicismos contractuales con estos referentes. Al segundo, en el caso concreto, llenar los vacíos de la ley sirviéndose de estos referentes.

- 
- <sup>1</sup> Durante siglos se ha hecho referencia a diferentes variedades de conceptos justicia, entre otros: justicia individual, justicia social, justicia distributiva, justicia conmutativa, justicia en términos absolutos, justicia relativa, justicia ideal, justicia concreta, justicia general y justicia particular. Véase a: Oppetit, Bruno. *Philosophie du droit*. Edit. Dalloz. París, 1999, p. 29.  
Véase, igualmente, a: Del Vecchio, Giorgio. *Justice*. An historical and philosophical essay. Editado con notas bibliográficas de Campbell. Edit. Philosophical Library New York, p. 9. Artículo publicado en Hein online.
- <sup>2</sup> Para los redactores del *Code Civil* el concepto de *justicia contractual* tenía una importancia capital. Este proceso de ejecución fue un primer paso trascendental en la búsqueda del concepto de *justicia contractual*. Sin embargo, los interpretes del siglo XIX de esta monumental obra, acogieron una lectura estrecha del mencionado concepto.  
Véase a: Ghestin, J. *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*. Edit. L.G.D.J. Paris, 1980, p. 20. y Gunot, E. “Le principe de l’autonomie de la volonté en droit privé; contribution a l’étude critique de l’individualisme.” Dijon, 1912. Tesis no publicada. Igualmente a: Lasserre-Kiesow, V. “*Contrat et morale*.” En: *Los contratos en el derecho privado*. Edit. U. Rosario y Legis. Bogotá, 2007, p. 1.
- <sup>3</sup> Josserand, L. *Derecho civil. Teoría general de las obligaciones*. T.II, v. I. Buenos Aires, 1993, p.316 y ss.
- <sup>4</sup> *Costumbres de Loysel*. Citado por Lévy, Jean Ph. y Castaldo A. *Histoire du droit civil*. Edit. Dalloz. 1ª edición. París, 2003, p. 822.
- <sup>5</sup> Gazzaniga, J. *Introduction historique au droit des obligations*. Edit. PUF, Paris, 1992., pp. 137-205. La práctica romana parece haber concebido sólo la resolución expresamente pactada en el contrato de compraventa, el denominado “pacto comisorio”. Véase: Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 05/11/1979 M.P. Ospina Botero, A. G.J. CLIX, No. 2400, pp. 309 a 313., C.S.J. Cas. Civ. 28/07/1970. M.P. Ospina Fernández, G. G.J. CXXXV, Nos. 2330, 2331 y 2332, pp. 66 y 67.
- <sup>6</sup> Bigot- Prémeneu ( Consejero de Estado, París ) *Exposición de motivos del título III, libro III del Code Civil, 1838*. Edit. Firmin Didot frères, T I, p. 425.
- <sup>7</sup> Mouricault. *Discurso pronunciado en el Cuerpo Legislativo francés en la fecha de publicación del Code Civil*. Citado por Lasserre-Kiesow V. “*Contrat et morale*.” En: *Los contratos en el derecho privado*. Edit. U. Rosario y Legis. Bogotá, 2007, p. 1.
- <sup>8</sup> Portalis. *Discours préliminaire*, Locré, t. IV, p. 302. Citado por Ghestin, J. *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*. Edit. L.G.D.J. Paris, 1980, p. 29.
- <sup>9</sup> Ripert, G. *La règle morale dans les obligations civiles*. Edit. Librairie générale de droit et de jurisprudence. París, 1927, p. 410.
- <sup>10</sup> Aristóteles, *Moral a Nicómaco*, Espasa-Calpe Argentina, S.A., Buenos Aires - México. p.188.  
En nuestra normativa la equidad es una herramienta auxiliar de la labor judicial (*aequitas sequitur legem*). En el inciso 2 de Art. 230º de la Constitución Nacional y en el Art. 5º de la Ley 153 de 1887 se incluye a la equidad como un criterio auxiliar de la actividad judicial.  
Sobre el concepto de equidad véase a: Ternera, F. “*El concepto de amigable composición*.” En: *Temas estructurales en torno al arbitraje, la conciliación y la negociación*. Edit. Universidad del Rosario. Bogotá, 2007, pp. 203 y ss.
- <sup>11</sup> Aristóteles, *Moral a Nicómaco*, Espasa-Calpe Argentina, S.A., Buenos Aires - México. p.188.
- <sup>12</sup> Bigot – Prémeneu. *Exposición de motivos del Título III, Libro III del Code Civil*, pronunciada en el Consejo de Estado francés en la fecha de publicación del Code Civil. Citado por Lasserre-Kiesow, V. *Contrat et morale*. En: *Los contratos en el derecho privado*. Edit. U. Rosario y Legis. Bogotá, 2007, p. 1.
- <sup>13</sup> En caso de nulidad relativa, el contratante víctima del vicio (Art. 1743º C.C. col.). En caso de nulidad absoluta, el mismo juez de oficio o cualquier interesado (Art. 1742º C.C. col.).
- <sup>14</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencias C-222 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-491 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- <sup>15</sup> El criterio establecido por el legislador es el de la lesión “*ultra dimidium*”, aquella que va más allá de la mitad del justo precio de la prestación.  
Otras normativas, que acogen el ya comentado principio medieval de la *lessio enormisima*, establecen una aplicación más amplia de la lesión enorme. Nos referimos a países como Suiza (Art. 21º C.O.) e Italia (Art. 1448º C.C.). Así mismo, en los Arts. 3.10 de los principios de UNIDROIT y 4:109 de los Principios de derecho europeo de los contratos. Finalmente, el concepto anglosajón de “*unconscionability*” parece ser bastante próximo. El *Uniform Commercial Code* de E.E.U.U. recoge expresamente esta institución (Art. 2º-302º U.C.C.). Véase a: Rakoff, T. “*Contracts of adhesion: an essay in reconstruction*.” *Harvard law review*. Abril de 1983.96, pp. 1174-1284.  
Igualmente, sobre la lesión, se puede consultar lo siguiente: Mantilla, F. “*Introducción*.” En: *La terminación*

- del contrato. Edit. Universidad del Rosario, Universidad del Desarrollo y Universidad Diego Portales y Ternera, F. Derechos reales y personales. Edit. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, 2005, p. 160.
- <sup>16</sup> Por supuesto, el hecho de que los mismos textos consagren la resolución, cumplimiento forzoso e indemnización de perjuicios -responsabilidad contractual- (Arts. 1546° C.C. col. y 870° C.Co. col.), no implica que se trate de las misma instituciones.
- <sup>17</sup> Colombia. Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 3/10/1977. M.P. Uribe Holguín, R. G.J. CLV, No. 2396, pp. 320 a 335.
- <sup>18</sup> En este mismo sentido se han entendido otras disposiciones relacionadas con regímenes particulares (v.gr. los Arts. 1930° C.C. col de la compraventa y 1983 C.C. col del arrendamiento de cosas). Igualmente, se ha sostenido que la acción redhibitoria por vicios ocultos en la compraventa (Arts. 1915°, 1925° C.C. col.) es una acción de resolución. En estos términos lo afirma el legislador mercantil en el Art. 934° C.Co. col.
- <sup>19</sup> Sin embargo, en ciertas hipótesis no es viable aplicar los efectos retroactivos de la resolución, como en el caso de ciertos contratos de ejecución sucesiva. Nuestra jurisprudencia se sirve del vocablo “resiliación” para designar la resolución del contrato cuando opera sin efectos retroactivos. Con este mismo término se hace referencia a la extinción del contrato por consentimiento mutuo (Arts. 1602° y 1625° C.C. col).
- Véase a: Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 9/02/2004, M.P. Esteban Jaramillo, C., expediente n° 7577., y C.S.J. Cas. Civ. 05/11/1979 M.P. Ospina Botero, A. G.J. CLIX, n° 2400, pp. 314 y 315. Al respecto, consúltese también: Canosa Torrado, F. La resolución de los contratos. Incumplimiento y mutuo disenso. Edit. Doctrina y Ley LTDA, Bogotá, 2005, pp. 70 a 72.
- <sup>20</sup> Colombia. CSJ, Cas. Civ. 7/03/00. M.P. Silvio Trejos, exp. 5319; CSJ, Cas. Civ. 5/11/79, M.P. Ospina Botero, A. G.J., t. CLIX, n.° 2400, pp. 313 y 314 y CSJ, Cas. Civ. 23/03/43, M.P. Hernán Salamanca. G.J. LV, pp. 70 y 71.
- <sup>21</sup> Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 29/11/1978 M.P. Uribe Holguín, R. G.J. CLVIII, n° 2399, p. 299., y C.S.J. 07/12/1897. G.J. XIII, p. 200.
- <sup>22</sup> Entendemos por “potestad” la prerrogativa que tiene un sujeto normativo para modificar, mediante un acto de voluntad, una relación jurídica determinada, encontrándose el otro sujeto en una situación correlativa de “sujeción”. Consúltese al respecto: Hohfeld, Wesley Newcomb. Conceptos jurídicos fundamentales. Edit. Fontamara. Col. BÉFDP, México, 1997., y Ross, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Edit. Eudeba, Buenos Aires, 1997, pp. 205 a 207.
- <sup>23</sup> La exceptio non adimpleti contractus procedería también en el supuesto de inejecuciones imputables a una causa extraña.
- <sup>24</sup> Mantilla F. “La excepción de inejecución.” En: Los contratos en el derecho privado. Edit. U. Rosario y Legis. Bogotá, 2007, pp. 277-292.
- <sup>25</sup> Castro de Cifuentes M. El derecho de retención en las obligaciones civiles y mercantiles. Colección derecho privado. Edit. Uniandes, Bogotá, 2004.
- <sup>26</sup> Starck, Boris, Roland, Henri y Boyer, Laurent. Droit civil. Les obligations. Contrat. Edit. Litec, Paris, 1998, p. 487.
- <sup>27</sup> Carranza Álvarez C. “La excesiva desproporción prestacional en el contrato a través de los principios del Unidroit.” En: Foro Empresarial, Revista de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica Perú. Año, No. 1, Lima, 2007, p.p 111 a 126; Trimarchi, Pietro. Istituzioni di diritto privato. Edit. Giuffrè, Milano, 1991, p. 386.
- <sup>28</sup> En esta dirección están orientados los Principios de derecho europeo de los contratos elaborados por la Comisión de derecho europeo de los contratos (Art. 6:111 (2) (b)), los Principios sobre los Contratos comerciales internacionales del Instituto internacional para la unificación del derecho privado (UNIDROIT) (Art. 6.2.2. a)) y el Código Civil italiano (Art. 1467°).
- En este mismo sentido parece haberse manifestado nuestra jurisprudencia de vieja data: Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 29/10/1936. M.P. Liborio Escallón. G.J. XLIV, Nos. 1914 y 1915, p. 457., y C.S.J. Cas. Civ. 23/05/1938. M.P. Tapias Pilonieta, A. G.J. XLV, p. 544.
- Para prevenir los riesgos previsibles se suelen utilizar las pólizas de seguros, cláusulas de indexación y cláusulas hardship. Consúltese: Rodière, René y Tallon, D. Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles. Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché commun. Edit. Pédone, Paris, 1986, y Mousseron, J. M. Technique contractuelle. Paris, Edit. Francis Lefebvre, 1999, deuxième édition, pp. 593 a 610.
- <sup>29</sup> Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 23/05/1938. M.P. Arturo Tapias P. G.J. XLV, p. 544.

- <sup>30</sup> Mantilla F. y Ternera F. "Breves comentarios sobre la revisión judicial del contrato." En: Los contratos en el derecho privado. Edit. U. Rosario y Legis. Bogotá, 2007, pp. 277-292.
- <sup>31</sup> Un brillante análisis sobre las distintas acepciones de la palabra "Estado" en: Silva Romero, Eduardo. Wittgenstein et la philosophie du droit. PUF, coll. Droit, éthique et société, Paris, 2002, pp. 120 y 121.
- <sup>32</sup> Ternera F. La realidad de los derechos reales. Edit. Universidad del Rosario. Bogotá, 2007, pp. 344 y 345.
- <sup>33</sup> Ahora, la nulidad, que tiene los mismos efectos retroactivos de la resolución, parece permitir la acción reivindicatoria, Art. 1748° C.C. Véase a: Colombia. Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. Sentencia del 24 de febrero de 2003. M.P. Ramírez Gómez, J. F. Jurisprudencia y doctrina, t. XXXII, n° 377, mayo de 2003, p. 575.
- <sup>34</sup> "No será posible lograr la vigencia de un orden justo si la categoría del contrato, que por sí sola responde de una porción significativa de las relaciones sociales, no es examinada por el Juez y asumida por los particulares con un mínimo criterio de justicia sustancial." Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-340 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- <sup>35</sup> Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 28/07/1958 G.J. 88, p. 559. La cita es de Cárdenas, Juan Pablo. "Justicia y abuso contractual." En: Los contratos en el derecho privado. Edit. U. Rosario y Legis. Bogotá, 2007, p. 696. En este mismo artículo se cita la Ley 201 de 1959, que consagró la figura de la violencia generalizada. Así mismo, podría consultarse el Art. 1550° C.Co. col. sobre el contrato de salvamento.
- <sup>36</sup> El texto limitado de este artículo parece exigir que la violencia sea obra de una persona determinada, no necesariamente el otro contratante, pero siempre con el objeto de obtener el consentimiento del presionado. Por su parte, los textos de los Art. 1111° C.C. francés y 1150 C.C. venezolano no exigen esta relación directa entre coacción y consentimiento viciado.
- En los Arts. 1447° a 1456° C.C. peruano, 156 C.C. brasilero y 954 C.C. argentino se consagran figuras relativamente próximas a este concepto de *estado generalizado de necesidad*. En estos textos se consagra una violencia objetiva cuyo origen no se establece en una persona determinada.
- En los países anglosajones se recibe también un concepto amplio de violencia (*durees*) como vicio del consentimiento.
- Sobre la "lesión" del derecho peruano, consúltese a: Bullard González, A. "La parábola del mal samaritano. La lesión en el derecho de contratos". En: Derecho y economía. Análisis económico de las instituciones legales. Edit. Palestra. Lima, 2006, pp. 373 a 393.
- Véase, igualmente, a: Gaudemet, Eugène. Théorie générale des obligations. Edit. Sirey, Paris, 1965 pp. 68 - 78.
- La Cour de Cassation francesa, igualmente, ha consultado este tipo de interpretaciones extensivas de la fuerza o el dolo como vicios del consentimiento. Véase a: Francia. Cour de Cassation. Ch. com. 17 juin 1997. Recueil Dalloz, 1998, pp. 208-213, note Jérôme Casey; Cour de Cassation. 1<sup>ere</sup> Ch. civ. 16 mai 1995. JCP, 22736, 1995, pp. 465-468, note François-Xavier Lucas y Cour de Cassation. 1<sup>ere</sup> Ch. civ. 30 mai 2000. Díaz Ramírez, E. Contratos bancarios. Edit. Temis. Bogotá, 1993, p. 9.
- <sup>37</sup> Díaz Ramírez, E. Contratos bancarios. Edit. Temis. Bogotá, 1993, p. 9.
- <sup>38</sup> Colombia. C.S.J. Cas. Civ. Cas. Civ. 2/02/ 2001 M.P. Ignacio Jaramillo, C.
- <sup>39</sup> Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 2/02/ 2001 M.P. Ignacio Jaramillo, C.
- <sup>40</sup> En regímenes particulares como el del arrendamiento (Art. 1984° C.C. col.), suministro (Art. 973° C.Co. col.) y compraventa internacional de mercaderías (Arts. 25° y 73° C.V.), el legislador sí lo exige expresamente.
- <sup>41</sup> Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 11/09/1984 M.P. Humberto Murcia Ballén. G.J. 176, n° 2415 p. 237.
- <sup>42</sup> Laithier, Yves-Marie. Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat. Edit. LGDJ, Paris, 2004, pp. 297 a 304.
- <sup>43</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-544 de 1994. M. P. Jorge Arango Mejía. Igualmente, recomendamos los siguientes fallos: Colombia. Corte Constitucional. Sentencias C-426 de 1997 y C-141 de 1998 M.P. Arango Mejía J.
- En materia procesal, normas como el Art. 71° num. 1 C. de P. C. col. imponen a las partes y apoderados: «proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos».
- <sup>44</sup> Consúltense los siguientes fallos: Colombia. Corte Constitucional SU 1544 de 2000 y C.S.J. Cas. Civ. 27/03/1998 M.P. Ramírez Gómez, J. F.G.J. CCLII, p. 634.
- En un extracto de este último fallo se precisa lo siguiente:
- "Recuérdese que la entidad demandada suscribió la escritura de compraventa del barco, donde aparece que parte del precio sería pagado con el préstamo otorgado por la demandada, siendo ésta una legítima expectativa que la entidad financiera no podría defraudar sin la causa justificativa, pues ella, con su propia conducta había contribuido a formularla. De manera que la llamada razonabilidad del contrato no permite frente a las cláusulas de esa stirpe un control de contenido distinto a aquel que tenga como

---

norte el postulado de la buena fe, y que el único que al fin y al cabo permite no sólo mantener el equilibrio contractual, que cláusulas como la comentada tienden desvirtuar, sino controlar el poder efectivo de una de las partes.”

<sup>45</sup> Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 21/02/1938. M.P. Tapias Pilonieta, A. G.J. XLVI, p.60.

<sup>46</sup> Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 19/10/1994. M.P. Esteban Jaramillo, C. G.J. CCXXXI, p.709.

<sup>47</sup> Rengifo García, E. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Bogotá, Edit. Universidad Externado de Colombia, 2004, segunda edición.

En nuestra normativa, encontramos numerosas disposiciones relacionadas con diferentes variedades de abusos de posiciones dominantes (v.gr. Arts. 333º C.N; 98 E.O.S.F. y 133 de la Ley 142 de 1994).

<sup>48</sup> Nuestra jurisprudencia ha aplicado este principio en diversas oportunidades; véase, por ejemplo: Colombia. C.S.J. Cas. Civ. 5/08/1937. M.P. Francisco Mújica, J. G. J. XLV, p. 418; C.S.J. Cas. Civ. 7/03/1934. M.P. Hinestrosa Daza, R. G. J. LVII, p. 74 y C.S.J. Cas. Civ. 27/10/1914. M.P. Constantino Barco, G. J. XXIV, p. 260.

<sup>49</sup> Es decir, acogiendo un criterio objetivo, estimamos que no es menester analizar los móviles del actor. Véase a: Terré, François; Simler, Philippe y Lequette, Yves. Droit Civil. Obligations. Edit. Dalloz. París, 1996, p. 582.

Igualmente a: Rengifo García, E. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Bogotá, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004 y Cárdenas, Juan Pablo. “Justicia y abuso contractual.” En: Los contratos en el derecho privado. Edit. U. Rosario y Legis. Bogotá, 2007, pp. 693-720.