

**TRATAMIENTO JURÍDICO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN EL CONTRATO  
DE ARRENDAMIENTO COMERCIAL EN COLOMBIA**



**PRESENTADO POR**

**MIGUEL RICARDO CONTRERAS BRICEÑO**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA SECCIONAL CÚCUTA**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**SAN JOSÉ DE CÚCUTA**

**2019**

**TRATAMIENTO JURÍDICO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN EL CONTRATO  
DE ARRENDAMIENTO COMERCIAL EN COLOMBIA**



**PRESENTADO POR  
MIGUEL RICARDO CONTRERAS BRICEÑO**

**PROYECTO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARCIAL PARA  
OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**DIRECTOR: PEDRO ALIRIO SÁNCHEZ NOVOA**

**ASESOR METODOLÓGICO: ANA EMILCE GARCÍA BUSTAMANTE**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA SECCIONAL CÚCUTA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
SAN JOSÉ DE CÚCUTA**

**2019**

## CONTENIDO

|  | <b>Pág.</b> |
|--|-------------|
| <b>Introducción</b>  | 5           |
| <b>1. Identificación del anteproyecto</b>  | 6           |
| 1.1. Título  | 6           |
| 1.2. Planteamiento del problema  | 7           |
| 1.3. Formulación del problema  | 8           |
| 1.4. Sistematización del problema  | 8           |
| 1.5. Justificación   | 8           |
| 1.6. Objetivos   | 9           |
| 1.6.1. Objetivo General  | 9           |
| 1.6.2. Objetivos específicos   | 9           |
| <b>2. Marco referencial</b>  | 10          |
| 2.1. Antecedentes  | 10          |
| 2.2. Marco teórico   | 11          |
| 2.3. Marco legal   | 25          |
| <b>3. Diseño Metodológico</b>  | 26          |
| 3.1. Tipo de investigación   | 26          |
| 3.2. Población y muestra   | 26          |
| 3.3. Técnicas de recolección de la información   | 26          |
| 3.4. Análisis documental   | 26          |
| <b>4. Resultados</b>   | 39          |
| 4.1. Esquema de resolución del problema  | 39          |
| 4.2. Plan de redacción   |             |
| 4.3. El Equilibrio económico en el contrato de arrendamiento de local comercial  | 48          |
| 4.4. La responsabilidad civil precontractual en el derecho colombiano  | 50          |
| 4.5. El equilibrio contractual y la aplicación de la nulidad Relativa en relación con el contrato de arrendamiento comercial en Colombia | 52          |
| 4.6. Responsabilidad civil precontractual en relación con el equilibrio contractual en el contrato de arrendamiento comercial            | 53          |
| 4.7. Equilibrio contractual en el contrato de arrendamiento de local comercial, Teoría de la Imprevisión                                 | 54          |
| <b>5. Conclusiones</b>   | 56          |
| <b>6. Referencias bibliográficas</b>   | 58          |

## Introducción

El contrato es el vehículo jurídico más utilizado para establecer obligaciones entre las partes, lo general es que lo pactado en el contrato genera la obligación de cumplir lo que se estableció, en estos términos el contrato debe ser cumplido con el tenor de las obligaciones que cada una de las partes ha pactado, pues de lo contrario habría una reacción por parte del ordenamiento jurídico para exigir su cumplimiento o para devolver las cosas a su estado original.

Sin embargo, pueden existir circunstancias donde no haya razones para castigar jurídicamente al contratante incumplido, esto debido a que el incumplimiento se debe a casos de fuerza mayor o casos fortuitos, en estos casos el contratante queda liberado de las obligaciones pactadas.

No obstante, pueden existir situaciones en donde surjan eventos con posterioridad a la celebración del contrato, situaciones imprevistas por los contratantes que afecten el equilibrio económico del contrato.

Por naturaleza los contratos mercantiles son conmutativos, es decir, se generan ganancias para ambas partes, sin embargo, puede concurrir un hecho ajeno a la voluntad y a la previsión de las partes que transforme esa relación jurídica en irrisoria o excesivamente onerosa para una de las partes, situación, donde el equilibrio económico del contrato se perdería, pues sería de suma dificultad o imposible por el contratante cumplir con las obligaciones pactadas.

Es en estos supuestos donde el ordenamiento jurídico da aplicación a teorías como la “teoría de la imprevisión”, situación donde el juez deberá reformular el contrato y modificarlo en equidad.

Debido a su condición política, social y económica, Colombia es un país en donde las condiciones en que se desarrolla el tráfico jurídico-mercantil pueden cambiar con facilidad. El llamado “riesgo político” en muchos casos determina aumentos en las tasas de interés, variaciones de precios, alteraciones en las tasas de cambio, escasez de ciertos productos o servicios en determinadas zonas del territorio, aumento de tributos y aranceles, que son, entre otras, situaciones que en muchas oportunidades repercuten o influyen de alguna manera en la ejecución de los contratos mercantiles con prestaciones diferidas en el tiempo.

Pero, se pregunta, ¿hasta qué punto estas circunstancias pueden ser previsibles? (Franco Zárate, 2012). Por ello esta investigación estudia situaciones donde el principio de equilibrio económico se ve alterado en contratos, como el de arrendamiento de local comercial ¿Qué sucede si las causas que afectan el equilibrio económico del contrato se dan por razones de mala fe en el iter negocios?, estos interrogantes pretenden esbozar cual es el poder de corrección del juez o de

los árbitros (en aquellos casos donde existe pacto arbitral), para modificar el contrato y establecer responsabilidades.

Para responder dichos interrogantes se acude al estudio de teorías como la justicia contractual y las figuras que se han incorporado al sistema jurídico colombiano que hacen referencia a la protección del equilibrio contractual, para que los jueces puedan ejercer un control general de equidad sobre el contenido de los diferentes contratos; sólo podrán condenar, apoyándose en las normas de orden público, las estipulaciones contractuales establecidas por una parte que abusa de su superioridad económica o intelectual en perjuicio del otro contratante, todo con el fin de que los contratos mercantiles como el contrato de arrendamiento de local comercial, tengan un fin y una naturaleza conmutativa.

De igual forma se estudia la figura de la autonomía de la voluntad de las partes, la concepción que en nuestro sistema jurídico han expuesto algunos autores que realizando una crítica al concepto que se ha esbozado sobre lo que es la autonomía de la voluntad de las partes ha llegado a entender esta como un sinónimo de libertad absoluta de los contratantes para crear un mundo jurídico si ningún límite establecido en la ley. Las figuras de la responsabilidad precontractual y la teoría de la imprevisión serán de vital importancia para entender escenarios jurídicos que tendrá el juez y abogados litigantes en aquellos casos donde el equilibrio contractual del contrato de arrendamiento de local comercial pueda verse afectado, por ello también deberá estudiarse todo el marco regulatorio del contrato de arrendamiento de local comercial en Colombia.

Para establecer el tipo de responsabilidades en aquellos casos donde se vulnera el equilibrio contractual del contrato de arrendamiento del local comercial es necesario el estudio de la buena fe, tal y como lo expone la doctrina: “No hay duda de que los contratantes deben respetar la buena fe en todas las etapas del iter negocial, tanto en la formación del contrato como luego de celebrado, durante la fase de su ejecución.” (Chamie, 2008). Todas aquellas anomalías que pueden afectar el contrato, en este caso el de arrendamiento del contrato comercial, se entiende del estudio que se realiza que las normas contenidas en el código de comercio con relación al contrato de arrendamiento no ofrecen una alternativa viable para la revisión del contrato cuando se encuentra en ejecución para aquellas situaciones donde el equilibrio contractual es afectado.

Si bien el juez puede revisar el contrato surgen preguntas ¿Cómo corregirá el juez en caso de que haya vulneración al equilibrio contractual? ¿Qué herramientas ofrece nuestro ordenamiento jurídico para proteger a una de las partes en caso de que exista daño?

Son estos interrogantes los que tratara esta investigación de resolver desde las fuentes del derecho, para ofrecer a la comunidad jurídica una visión de lo que se ha entendido como justicia contractual.

## **TITULO**

# **TRATAMIENTO JURÍDICO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO COMERCIAL EN COLOMBIA**

### **RESUMEN:**

Actualmente, existe en Colombia un vacío normativo en donde expresamente se establezca que debe hacer un sujeto que ha sido parte en un contrato de arrendamiento comercial (en los casos en que exista algún tipo de incumplimiento de los deberes de las partes en la etapa preparatoria del contrato) en las normas que específicamente regulan lo concerniente al contrato de arrendamiento en materia comercial que se soluciona al interpretar de forma sistemática lo que frente al deber de buena fe se estipuló en el derecho mercantil para el caso de la responsabilidad en la fase precontractual, lo que se ha pretendido solucionar por vías tales como las de nulidad, o teorías que no aplican para el caso. Este artículo pretende hacer un esbozo por estas instituciones y resaltar la importancia de la responsabilidad civil precontractual para el caso específico de este contrato donde la normativa no ofrecía una salida inmediata

### **PALABRAS CLAVES:**

Equilibrio contractual, responsabilidad precontractual, buena fe, teoría de la imprevisión

## 1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El contrato es el vehículo jurídico más utilizado para establecer obligaciones entre las partes, lo general es que lo pactado en el contrato genera la obligación de cumplir lo que se estableció, en estos términos el contrato debe ser cumplido con el tenor de las obligaciones que cada una de las partes ha pactado, pues de lo contrario habría una reacción por parte del ordenamiento jurídico para exigir su cumplimiento o para devolver las cosas a su estado original.

Sin embargo, pueden existir circunstancias donde no haya razones para castigar jurídicamente al contratante incumplido, esto debido a que el incumplimiento se debe a casos de fuerza mayor o casos fortuitos, en estos casos el contratante queda liberado de las obligaciones pactadas.

No obstante, pueden existir situaciones en donde surjan eventos con posterioridad a la celebración del contrato, situaciones imprevistas por los contratantes que afecten el equilibrio económico del contrato.

Por naturaleza los contratos mercantiles son conmutativos, es decir, se generan ganancias para ambas partes, sin embargo, puede concurrir un hecho ajeno a la voluntad y a la previsión de las partes que transforme esa relación jurídica en irrisoria o excesivamente onerosa para una de las partes, situación, donde el equilibrio económico del contrato se perdería, pues sería de suma dificultad o imposible por el contratante cumplir con las obligaciones pactadas.

Es en estos supuestos donde el ordenamiento jurídico da aplicación a teorías como la “teoría de la imprevisión”, situación donde el juez deberá reformular el contrato y modificarlo en equidad.

Debido a su condición política, social y económica, Colombia es un país en donde las condiciones en que se desarrolla el tráfico jurídico-mercantil pueden cambiar con facilidad. El llamado “riesgo político” en muchos casos determina aumentos en las tasas de interés, variaciones de precios, alteraciones en las tasas de cambio, escasez de ciertos productos o servicios en determinadas zonas del territorio, aumento de tributos y aranceles, que son, entre otras, situaciones que en muchas oportunidades repercuten o influyen de alguna manera en la ejecución de los contratos mercantiles con prestaciones diferidas en el tiempo. Pero, se pregunta, ¿hasta qué punto estas circunstancias pueden ser previsibles? (Franco Zárate, 2012)

Por ello esta investigación estudia situaciones donde el principio de equilibrio económico se ve alterado en contratos, como el de arrendamiento de local comercial ¿Qué sucede si las causas que afectan el equilibrio económico del contrato se dan por razones de mala fe en el iter negocios?, estos interrogantes pretenden esbozar cual es el poder de corrección del juez o de los árbitros (en

aquellos casos donde existe pacto arbitral), para modificar el contrato y establecer responsabilidades.

### **1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cuál es el tratamiento jurídico del juez del equilibrio económico en el contrato de arrendamiento comercial en Colombia?

### **1.4. SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Qué es la Justicia Contractual?

¿Qué es el principio de equilibrio contractual o equilibrio económico?

¿Qué es la teoría de la imprevisión?

¿Qué son las cláusulas abusivas?

¿Cuál es la aplicación de la buena fe en el derecho mercantil?

¿Por qué corregir o adaptar el contrato cuando hay desequilibrio?

### **1.5. JUSTIFICACIÓN**

El negocio jurídico es tal vez el principal motor de desarrollo y constituye a su vez el pilar central sobre el que se fundan las relaciones jurídico- económicas, por ello es de vital importancia analizar aspectos de suma importancia en los contratos mercantiles, como lo es el principio de equilibrio económico, el cual tiene como función el desarrollo de una justicia contractual.

Esta investigación será de vital importancia para estudiosos del derecho contractual, del derecho civil y comercial, pues permitirá analizar el desarrollo de una figura jurídica como lo es la teoría de la imprevisión.

El aporte de la investigación se centra en realizar un análisis a cuáles son las atribuciones del juez cuando hay un desequilibrio financiero del contrato y evidenciar las herramientas que ofrece nuestro ordenamiento jurídico para restablecer el equilibrio.



Se pretende emitir como aporte en el desarrollo de esta investigación, identificar los presupuestos de la teoría de la imprevisión establecidos en la jurisprudencia y exponer el campo de acción del juez ante una eventual corrección o modificación del contrato.

La investigación también podrá ofrecer a la comunidad regional y jurídica, como lo son operadores jurídicos como debe ser el papel del juez y del litigante ante situaciones donde el equilibrio económico de los contratos se vea afectado, y en aquellos casos donde se genere un daño como puede actuar el juez ante la modificación del contrato, específicamente se estudiará en el contrato de arrendamiento de local comercial.

## **1.6. OBJETIVOS**

### **1.6.1. OBJETIVO GENERAL**

Analizar el tratamiento jurídico que debe realizar el juez cuando se afecta el principio de equilibrio económico en el contrato de arrendamiento de local comercial en Colombia.

### **1.6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Determinar las formas para proteger el equilibrio económico cuando hay anomalías en los contratos mercantiles en Colombia
- Estudiar la responsabilidad precontractual en contratos mercantiles cuando se vulnera el equilibrio económico en Colombia.
- Definir el tratamiento jurídico del juez para corregir o adaptar el contrato de arrendamiento de local comercial en Colombia.

## **2. DISEÑO METODOLÓGICO**

### **2.1. ANTECEDENTES**

#### **2.1.1. UNA APROXIMACIÓN A LA VISIÓN DE LA CORRECCIÓN DEL DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL, FERNANDO SILVA GARCÍA, 2007.**

El presente trabajo de investigación tiene como objeto de estudio el análisis de laudos arbitrales sobre pronunciamientos de la justicia arbitral en relación con la aplicación del principio de equilibrio económico en contratos estatales y contratos de derecho privado.

El trabajo de investigación llega a la conclusión de que, al analizar la jurisprudencia arbitral en lo relacionado al equilibrio económico en los contratos, es que a diferencia de lo que se ha planteado por notables juristas, la jurisprudencia arbitral no ha funcionado como rueda suelta del sistema tradicional de administración de justicia, en el sentido de haber proclamado teorías o posturas ajenas a las que se han defendido en el seno de la justicia contencioso administrativa. (SILVA GARCÍA, 2007)

#### **2.1.2. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO A CONTRATOS ESTATALES SOMETIDOS AL RÉGIMEN NORMATIVO DEL DERECHO PRIVADO, MANUELA CANAL-SILVA, 2016.**

La investigación tiene como objeto de estudio, la importancia del equilibrio económico del contrato dentro del marco de la contratación pública.

La presente investigación pretende demostrar la procedencia de su aplicación a los contratos estatales sometidos al régimen del derecho privado. Mediante la reflexión y el estudio de la jurisprudencia sobre el tema se presentarán los principales motivos expuestos por las providencias que apoyan la tesis planteada. Se exponen así los temas del interés colectivo y los preceptos constitucionales como bases de este principio del equilibrio económico. Para luego examinar la conmutatividad del contrato y el debate frente a la consideración del equilibrio económico como un principio transversal al derecho público y privado. (CANAL-SILVA, 2016.)

#### **2.1.3. EL DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL. UNA VISIÓN COMPARATISTA, RUBÉN S. STIGLITZ, 2012.**

La investigación tiene como objeto de estudio analizar las figuras jurídicas que se evidencian en el desarrollo del principio de equilibrio financiero del contrato en las ocasiones en que se desbalance dicho principio.

La investigación evidencia las formas en que se pueden restablecer el equilibrio económico en los contratos, como el caso del contrato de seguro, la definición del equilibrio contractual emitida por la comunidad europea, y muestra una perspectiva desde el derecho comparado, nombrando países como España, Portugal Francia, Italia, etc.

Además, ofrece conceptos sobre figuras jurídicas de gran incidencia para el estudio del principio de equilibrio económico en los contratos mercantiles. (Stiglitz, 2012)

### **2.1.5. La alteración fundamental del equilibrio contractual: base conceptual de la Figura del hardship en los Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales**

La investigación tiene como objeto de estudio La figura del hardship en los Principios de Unidroit se presenta cuando se da una alteración Fundamental del equilibrio contractual, causada por eventos sobrevinientes a la celebración del contrato, de naturaleza extraordinaria e imprevisible, que escapan al control de la parte afectada con éstos cuyo riesgo no Fue asumido por ésta, creándose así una situación radicalmente diversa a la existente en el momento de celebrarse el acuerdo negocial. Ahora, ¿qué debe entenderse por una alteración Fundamental del equilibrio contractual? En otras palabras, ¿qué constituye una prestación excesivamente onerosa? ¿Debe valorarse tal onerosidad desde el punto de vista del deudor (de Forma subjetiva) o desde el punto de la contraprestación, (de Forma objetiva)? ¿Existe un límite matemático para cuando una de las partes puede solicitar la re-negociación del contrato por una situación de hardship? (Gutiérrez de Larrauri, 2010)

## **2.2. MARCO TEÓRICO**

Para el desarrollo de la presente investigación se acudirá al estudio de los siguientes conceptos o teorías jurídicas:

### **2.2.1. JUSTICIA CONTRACTUAL**

Los redactores de los diferentes códigos modernos no fueron indiferentes a las exigencias de la justicia contractual. La inclusión de instituciones jurídicas como las buenas costumbres, el orden público o la buena fe como requisitos de validez o deberes de conducta contractual así lo demuestran; incluso la institución de la lesión enorme responde a un imperativo mínimo de equilibrio contractual.

A pesar de ello, es necesario reconocer que tales codificaciones apenas se preocupaban de la justicia conmutativa. Ello, debido a que tenían una concepción formal de la equivalencia de las prestaciones. En consecuencia, la consideraban

adquirida una vez que las partes estuvieran de acuerdo en los beneficios recíprocos a intercambiar. Adicionalmente hicieron caso omiso de las desigualdades sociales, las diferencias económicas, las situaciones de miseria, necesidad o crisis. (PEDAMON, 2004, )

Sin embargo, con el paso del tiempo las diferentes preocupaciones por una justicia efectiva y material adquirieron fuerza como consecuencia de las diferentes crisis de orden económico y social que padeció el planeta a lo largo de las dos guerras mundiales. Enarbolando la bandera de los Principios Generales del Derecho (Supra) así como nociones tales como el orden público, los tribunales se han dedicado a enfrentar tales desequilibrios, aún en el ámbito contractual. Así, por ejemplo, la jurisprudencia de los diferentes países europeos o latinoamericanos, aún sin la intervención del legislador, han edificado un sistema de revisión y adaptación de los compromisos contractuales, incorporando la teoría de la imprevisión (PEDAMON, 2004, ),

Por ejemplo, teniendo en cuenta la existencia de algunas anomalías que pueden afectar el equilibrio contractual en los contratos, desde la formación del mismo en el iter negocial es que se hace necesario para los legisladores incorporar a los sistemas jurídicos figuras donde se hace referencia a la protección del equilibrio contractual.

La consagración constitucional del Estado Social de Derecho implica que los tribunales colombianos deben aplicar e interpretar la legislación en vigor bajo la perspectiva y con el objetivo de “permitir la edificación de un orden social más justo”. Ello implica que este modelo estatal orienta los diferentes poderes públicos hacia la justicia social, de tal manera que la desigualdad de oportunidades disminuya, protegiendo a los más débiles. Este principio involucra igualmente que los tribunales apliquen e interpreten la legislación en vigor con la misma perspectiva y objetivo.

Por ello la importancia de establecer mecanismos que permitan materializar esa justicia social, permitiendo que los débiles en la relación contractual puedan protegerse en aquellos casos donde las prestaciones y obligaciones se conviertan excesivamente en onerosas para una de las partes.

Desde luego, ello no quiere decir que los jueces puedan ejercer un control general de equidad sobre el contenido de los diferentes contratos; sólo podrán condenar, apoyándose en las normas de orden público, las estipulaciones contractuales establecidas por una parte que abusa de su superioridad económica o intelectual en perjuicio del otro contratante.

Siempre realizando una interpretación acorde al fin y naturaleza de los contratos, para el caso de los contratos mercantiles, las partes acuden a su uso porque en la realidad ambas van a generar ganancias es los que se conoce como una justicia conmutativa.

Este principio ha sido a este tenor reconocido por nuestra jurisprudencia constitucional en los siguientes términos:

Partiendo de la falibilidad del legislador, esta Corporación afirmó que las reglas jurídicas, aun cuando estén impecablemente diseñadas desde el punto de vista técnico, no pueden llegar a contemplar todas aquellas hipótesis de hecho que hacen parte del acontecer social. En efecto, el derecho, como fenómeno de institucionalización y sistematización de cierto tipo de reglas, principios y valores, es un proceso social que se construye históricamente.

Dado el carácter histórico de este proceso, y particularmente respecto del derecho legislado, la equidad resulta de la aplicación de la justicia al caso concreto, según la máxima que prescribe que se debe "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales." Sin embargo, en un Estado pluralista, que reconoce la autonomía de los individuos, la realización de dicha máxima a partir de un conjunto limitado de categorías de igualación de las personas atribuida por la ley, no está exenta de problemas. Por ello, al estar inserta en el momento de la aplicación de la ley, la equidad permite llevar a la realidad dicha máxima y, en tal medida, corregir o moderar al menos dos problemas que surgen del carácter general de la ley." (Sentencia C-1547/00, 2000)

La corte constitucional establece a la equidad como una forma necesaria en la estructura del derecho, interpretándolo como una creación histórica, que reconoce la autonomía de los individuos y sirve para corregir o moderar los problemas que se presentan de la ambigüedad de la ley.

Los planteamientos de la corte Constitucional lejos están de ser elaboraciones exóticas y arbitrarias que, como algunos han señalado, son atentados contra la seguridad jurídica e imposición del gobierno de los jueces, quebrantando de esta manera los valores democráticos. Por el contrario, el alto tribunal constitucional no hace nada distinto a acatar el espíritu de nuestra Constitución, basada mayoritariamente en el modelo germánico. Y en Alemania, el Tribunal Constitucional Federal sigue enfáticamente las anteriores consideraciones; así, por ejemplo, en sentencia del 7 de febrero de 1990 manifestó que en donde no hay equilibrio aproximativo de fuerzas entre los contratantes, el Derecho de Contratos no puede de manera exclusiva y excluyente (esto es, por sus propios medios, aisladamente) garantizar una equivalencia satisfactoria de intereses. Posteriormente el Tribunal Constitucional alemán reprochó a la Corte Federal de Justicia el no haber tenido en cuenta la inferioridad estructural de

una caución otorgada a favor de un banco, ni tampoco la carga extremadamente onerosa que se le había impuesto a la parte débil del vínculo contractual. En consecuencia, se reprochó al juez civil el haber violado los principios fundamentales de la autonomía privada, así como del Estado Social de Derecho. Se puede verificar que semejante análisis armoniza las exigencias propias de la libertad contractual con las preocupaciones de un mínimo de justicia al momento de establecer un acuerdo de voluntades. Estas consideraciones son denominadas por la doctrina germana Materialización del Derecho de Contratos. (PEDAMON, 2004, )

De esta forma la experiencia internacional muestra la importancia de garantizar la protección a la parte más débil en los contratos cuando hay cargas extremadamente onerosas, exigiendo que el juez actué según los principios constitucionales.

### **2.2.2. LIBERTAD CONTRACTUAL**

El Código Civil –como la totalidad de códigos occidentales del siglo XIX- es producto de una época individualista, liberal y capitalista. Para algunos autores incluso un código posmoderno como el BGB sigue adhiriéndose en lo esencial al dogma de la autonomía de la voluntad, en donde el principio de la libertad contractual es la manifestación más notoria.

La autonomía de la voluntad es eje fundamental en la formación de los contratos, por ello desde la óptica del derecho privado se ha venido dando mucha importancia a esta figura.

La Corte Constitucional se ha dedicado a sintetizar la naturaleza de la autonomía de la voluntad privada en los siguientes términos:

“La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. La mayor o menor amplitud en la consagración positiva del postulado de la autonomía de la voluntad privada o, lo que es lo mismo, en el señalamiento del campo de acción del acto o negocio jurídico que es su expresión normal, depende principalmente del grado de cultura y desarrollo de cada pueblo y de las concepciones filosófico-políticas en que se inspire cada legislador.” (Sentencia T-338/93, 1993)

“Precisamente por lo señalado por nuestro alto tribunal constitucional, no deja de llamar la atención que ni los redactores del Código Civil francés ni sus homólogos del Código Civil

colombiano se adhirieron enteramente a la teoría de la autonomía de la voluntad privada.” (LARROUMET, 2003) .

De cualquier manera, tanto en Francia y Latinoamérica como Alemania, este principio recubre a su vez distintos tipos de libertades:

- Libertad de contratar o no contratar (Abschlussfreiheit, en Derecho Alemán)
- Libertad de escoger a su contraparte (Freiheit der Partnerwahl)
- Libertad de diseñar el contenido del contrato (Gestaltungsfreiheit);

Bajo este postulado se puede interpretar que la voluntad de las partes es la suprema ley en los contratos salvo los casos en que medie el interés público, las buenas costumbres y la protección del consumidor. Se puede entender que el principio de la libertad contractual está contenido implícitamente en el artículo 16 de nuestra Constitución Nacional que garantiza a toda persona el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Sin embargo, la libertad contractual no es absoluta en su desarrollo, existen formas en las cuales se encuentran límites, como las enunciadas anteriormente, el orden público y las buenas costumbres.

### **2.2.3. NEGOCIO JURÍDICO Y CONTRATO**

El contrato, en tanto acuerdo de voluntades, ha sido una expresión de cooperación entre los seres humanos en ejecución de la potestad de autorregular sus propios intereses en armonía con los ajenos. Es decir, el contrato, más que un fin en sí mismo, es un medio, un instrumento, o si se quiere un camino para alcanzar el fin perseguido con su celebración, pues siempre que libre y conscientemente se lleva a cabo una convención, se busca la satisfacción de una necesidad mediante la cooperación ajena. Así, se ha dicho que el contrato, en atención a su papel al interior de la sociedad, debe ser un instrumento justo si se quiere una sociedad justa. (Mosset, 1994)

Este postulado toma al contrato como la forma de expresión de las personas al momento de establecer relaciones de negocios, y no es menos acertado decirlo, ya que el contrato es el cauce legal que más se utiliza por las personas para generar obligaciones.

Por esto los doctrinantes se han realizado preguntas:

“¿Qué es lo justo en este contexto particular? ¿Acaso no es lo más justo el cumplimiento de lo celebrado por las partes con uso de su plena autonomía y conciencia de conformidad con el tenor literal del título obligacional?” (Larroumet, 1999)

Pero que sucede si la autonomía de la voluntad de las partes es injusta y afecta el cumplimiento de una obligación que se ha pactado, ya que, por circunstancias imprevistas, cláusulas abusivas o una de las partes desde su posición comete un abuso del derecho para generar una ganancia a su favor y una contraprestación a la otra parte.

Es bien sabido que el contrato juega un papel como instrumento económico, pero también como fenómeno social. Al respecto, vale recordar “dictados políticos que señalan terminantemente la primacía del interés social sobre el individual y procuran enrumbar la actividad privada del modo que sea más conveniente para la comunidad entera, como se la considere en el momento y según las circunstancias más útil socialmente” (Hinestrosa, 1986)

Ya en su espectro social, resulta indispensable que las prestaciones se cumplan de acuerdo a lo pactado, pero aparece extraño respecto de la figura misma pensar que ello deba ser así cuando la prestación que ha sido diferida en el tiempo ha sufrido una variación imprevisible que la hace excesivamente onerosa para una de las partes. En este sentido vale precisar que no parece existir un claro enfrentamiento entre los principios *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*.

De tal forma, se ha dicho:

“... la regla que manda obedecer a la palabra dada –*pacta sunt servanda*– no entra en conflicto con la que dispone el cumplimiento de lo acordado siempre que las circunstancias se mantengan inalteradas –*rebus sic stantibus*–. Muy por el contrario, uno y otro principio se armonizan si se concluye sosteniendo que la palabra empeñada debe ser cumplida en tanto y en cuanto no haya una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta y, como consecuencia de ello, de los efectos previstos.” (Mosset, 1994)

Es decir que siempre y cuando en la realidad no se sufra una afectación que genere una anomalía o patología que sobrevenga en el incumplimiento de lo pactado en el contrato por causas ajenas a las partes, debe aplicarse la teoría de la imprevisión, como presupuesto para garantizar la justicia contractual a las partes.

Y en relación expresa con la teoría de la imprevisión y la excesiva onerosidad sobrevenida se ha indicado que “la naturaleza de la autonomía de la voluntad no se extingue, sino que a través de la imprevisión y de la revisión por excesiva onerosidad



sobreviniente se le asigna una función interpretativa constructiva al contenido de dicha voluntad” (KIANG, 1983).

El derecho debe evolucionar acorde a la realidad social, por ello la importancia de realizar interpretaciones que sean armónicas con las condiciones fácticas y jurídicas que se presenten en los conflictos en los contratos, lo social es aspecto fundamental en las relaciones contractuales que las partes deben sobrellevar.

La justicia contractual, sin duda, tiene un papel fundamental en este punto, es decir, es ella la llamada a fundamentar la acción que permita corregir las inequidades sobre las que se pretenda exigir el cumplimiento ciego y casi abusivo del derecho.

Así, La justicia contractual requiere que el respeto del principio *pacta sunt servanda* sea compatibilizado con el mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones – como presuposición o base del negocio jurídico–, en los casos en los que el curso natural y ordinario de las cosas sale de su cauce, a veces en un tipo contractual, a veces en todos los contratos; en oportunidades como sostenida constante de una época, lo imprevisible de ayer llega a ser hasta lo previsible de hoy; otras como explosión de un momento, como efecto de una causa temporal. (Atilio, 2011)

Lo cual indica que en ante situaciones donde se presenten situaciones imprevisibles el equilibrio del contrato puede verse afectado generando un posible incumplimiento por una de las partes en sus obligaciones ya que se presenta una excesiva onerosidad en las prestaciones económicas del contrato.

Por ello el equilibrio del contrato “no es otra cosa que el mantenimiento durante la ejecución del mismo, de la equivalencia entre obligaciones y derechos que se estableció entre las partes al momento de su celebración”. (Consejo de Estado, Exp. 15.119, 2003)

Es decir, el contrato es parte de una ecuación contractual que surge una vez que las partes celebran el negocio jurídico, en donde las prestaciones de las partes se miran como equivalentes, es decir, el contrato es conmutativo, sin embargo, puede surgir que por circunstancias extraordinarias posteriores a la celebración del contrato pueda presentarse una anomalía en la ecuación financiera del contrato.

Dicha equivalencia entre las prestaciones de los extremos contractuales puede romperse durante la ejecución del acuerdo por la ocurrencia de diversas circunstancias, las cuales pueden causar mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes. Es en ese escenario donde se alteran las condiciones económicas

pactadas y entra en juego el deber de restablecer su equilibrio financiero (Consejo de Estado, 2004).

Al ocurrir una patología que afecte el equilibrio financiero del contrato, las partes deben cooperar para restablecer el equilibrio, modificando o corrigiendo la afectación sustancial que se ha generado, basándose en el principio de buena fe contractual y la cooperación de las partes en reparar un daño injusto.

#### **2.2.4 CLÁUSULAS ABUSIVAS**

El primer antecedente de la teoría de las cláusulas abusivas se da con la Revolución Francesa, gracias a la cual se reconoció la libertad individual, manifestada en la libertad jurídica o autonomía de la voluntad. Fue así como los ordenamientos jurídicos de finales del Siglo XIX reconocieron a las personas tanto la facultad de autorregular sus propios intereses -dentro de unos límites amplísimos, a fin de restringir al mínimo la intervención del Estado en las relaciones jurídicas entre particulares como la facultad de contraer válida y voluntariamente obligaciones (Vallespinos, 1984.). De esta manera, el contrato se convirtió en el instrumento jurídico por medio del cual las personas ejercen su libertad jurídica (o autonomía de la voluntad), fijando las reglas a las que se someterán voluntariamente con el propósito de dirigir su comportamiento hacia la satisfacción de sus intereses individuales (Hinestrosa & Cortés, 2007) y, como consecuencia de ello, adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones de forma voluntaria. Tales reglas de libre elección resultaron igualmente vinculantes con fuerza de ley en virtud del principio *pacta sunt servanda* (Hinestrosa F. , 2000).

Los empresarios, en desarrollo de la autonomía de la voluntad a ellos reconocida, comenzaron a elaborar contratos con contenidos uniformes para vender los bienes y prestar los servicios producidos o disponibles masivamente, a todas las personas que los demandaran para satisfacer sus necesidades o deseos de adquirir (Polo, 1990).

Estos contratos tenían la peculiaridad de ser elaborados por los empresarios para regular de manera uniforme una serie de relaciones jurídicas homogéneas con los adquirentes de sus productos, a quienes se les presentaban como una oferta inmodificable que no admitía discusión alguna, pudiendo solo manifestar su aceptación (decisión de contratar) o su rechazo (decisión de no contratar) (Branca, 1978); posteriormente fueron denominados por la doctrina "contratos de adhesión", y se erigieron en instrumento al servicio de los empresarios para incrementar la eficiencia económica mediante la reducción de costos y obtener mayores utilidades (Coaguila & Mosset Iturraspe, 2009).

Puede observarse que al realizarse la estipulación contractual esta era predispuesta al adherente sin posibilidad alguna de discutirla o modificarla. Es decir, era una cláusula que no era negociada, sino por el contrario se imponía a la parte más débil de la relación contractual, tal y como sucede en los contratos de seguro y de consumidores.

Ahora bien, mediante los contratos de adhesión los empresarios pudieron cometer toda clase de abusos contra los adquirentes de sus productos y servicios, entre otras razones, por el hecho de contener cláusulas que limitaban su responsabilidad o la excluían del todo; de no otorgar ninguna garantía a los adquirentes sobre sus productos; de reservarse la facultad de modificar y terminar unilateralmente el contrato en cualquier momento y bajo cualquier circunstancia; de este modo, el contrato de adhesión se erigió en un instrumento jurídico que propiciaba la desigualdad de las partes y que velaba únicamente por la satisfacción de los intereses de los empresarios, en perjuicio de los adherentes.

Esta situación afectaba dos espectros del contrato: el jurídico y el económico, lo cual daba como resultado que las obligaciones ya no eran tan recíprocas y equivalentes entre sí, toda cláusula que generara una posición de superioridad y que excluyera d responsabilidad alguna violaba le principio de equilibrio económico en el contrato.

Es dentro de este contexto que surge la teoría de las cláusulas abusivas (Rodríguez Young, 2013,), como un mecanismo que vela por que el contrato se mantenga como un instrumento jurídico para la armonización y realización de los intereses de ambos contratantes, como la herramienta principal establecida por el ordenamiento jurídico para velar por la indemnidad del equilibrio contractual, en especial, en una de sus dimensiones: el equilibrio jurídico del contrato (González de Alaiza, José, & Vílchez., 2009.), protegiendo, como consecuencia, los derechos de las partes débiles (Bianca, 2007).

Las cláusulas abusivas son un mecanismo diseñado para restablecer el equilibrio económico en los contratos de adhesión, cuando el fin es el interés del predisponente maximizando sus beneficios y generando perjuicios a costa del adherente en la relación contractual.

“Con relación al fundamento jurídico de la teoría de las cláusulas abusivas encontramos que existen dos posiciones al respecto: la primera considera que la teoría de las cláusulas abusivas está edificada sobre la teoría del abuso del derecho, entendido como ejercicio abusivo de la libertad contractual” (Rengifo García, 2009.).

Es decir, son consideradas como abusivas todas las cláusulas, impuestas por el predisponente (parte fuerte) en ejercicio de su libertad contractual al adherente (parte débil), en cuanto alteren, de manera injustificada y en perjuicio de los intereses de la parte débil, el equilibrio jurídico del contrato, por entenderse que la libertad contractual

ha sido ejercida de manera abusiva en perjuicio de los intereses del adherente (Concelular S.A. vs. Comunicación Celular S.A., Comcel S.A., 2006).

En dicho pronunciamiento el tribunal arbitral parte de la postura de que las cláusulas abusivas son estipulaciones que producen una desproporción significativa e injustificada entre las obligaciones de las partes, violentando la buena fe contractual y teniendo como finalidad proteger a la parte más débil que no hace parte del contenido del contrato y cuando lo celebra se limita a aceptar las condiciones impuestas por la otra parte.

Esta primera posición ha sido criticada (Rezzónico, 1987) porque se considera que la teoría del abuso del derecho fue creada con el único propósito de evitar que el titular de un derecho subjetivo lo ejerciera en perjuicio de los intereses de terceros. (Louis Josserand. s, 1999)

De manera que ella "no tiene razón de ser cuando se trata del desarrollo de una actividad en ejercicio de la libertad de actuar" (Cárdenas Mejía, 2007), tal y como sucede con el ejercicio de la libertad contractual del predisponente en virtud de la cual diseña y elabora el contenido del contrato de adhesión que será impuesto a los interesados en adquirir sus productos.

Ahora bien, la segunda posición sostiene que el fundamento de la teoría de las cláusulas abusivas se encuentra en el principio de la buena fe, de acuerdo con el cual los contratantes no solo deben actuar con la intención de no vulnerar ningún interés tutelado por el derecho (Coaguila & Mosset Iturraspe, 2009), sino que adicionalmente, deberán comportarse con lealtad, honestidad, probidad, diligencia y responsabilidad en todas las relaciones jurídicas que establezcan y durante todas las etapas del *iter contractus* (Roppo, 2005), para que el contrato se erija como el medio idóneo para la satisfacción de los intereses individuales de las partes (Ordoqui Castilla, 2010).

Es decir que la buena fe en los contratos no solo se da al momento de la ejecución sino también de la formación, la honestidad, el deber de lealtad, proporcionar toda la información necesaria sobre el negocio jurídico que se realizará es de vital importancia para garantizar el cumplimiento de la buena fe contractual por las partes.

En los contratos de adhesión, el principio de la buena fe impone al predisponente obrar con corrección, lealtad y honestidad tanto en el momento de elaborar y diseñar el contenido predispuesto del mismo como durante su ejecución, para desestimularlo de cara a la eventual comisión de abusos contra el adherente mediante la inclusión de cláusulas que le brinden beneficios jurídicos y/o económicos a costa de la satisfacción de los intereses de la parte débil, o a través del ejercicio abusivo de los derechos que adquiere como consecuencia del perfeccionamiento del contrato; casos en los cuales se atenta contra el mencionado principio que obliga a las partes a ejecutar el contrato de buena fe, esto es, que ambas partes deben cooperar

dirigiendo su comportamiento a la realización de los intereses individuales de una y otra (Betti, 1969,).

Por otro lado, la buena fe exige a la parte fuerte respetar la confianza que el adherente ha depositado legítimamente en ella respecto al contenido justo o equilibrado del contrato que le será impuesto (Cárdenas Mejía J. P., 2007); de manera que, en los eventos en que el predisponente inserta cláusulas abusivas en el contenido del contrato con el propósito de obtener ventajas adicionales, estaría defraudando la confianza que la parte débil ha depositado en él, situación que para nosotros constituye una violación al principio de la buena fe.

En el derecho colombiano ni el código civil y el código de comercio definen lo que es una cláusula abusiva, estas se encuentran dispersas en legislaciones especiales como es el caso de la ley del consumidor.

### **2.2.5. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN**

No es el propósito del presente escrito hacer un recuento histórico detallado de la evolución de la teoría de la imprevisión. Sin embargo, es necesario comentar que la posibilidad de modificar o deshacer el vínculo jurídico obligacional fundándose en razones que atiendan al cambio de las circunstancias de hecho presentes al momento de la declaración de la voluntad no encuentra de manera explícita su origen en el derecho romano. En efecto, en el derecho romano existía un sagrado respeto por la palabra dada para obligarse, más aún en los casos en que era necesario acudir a una forma para dotar de fuerza obligacional a los acuerdos celebrados, como sucedía en la *stipulatio* (Redondo, 1993). Siendo así las cosas, puede decirse que en el derecho romano rigió el mismo principio que impera actualmente en el artículo 1602 C.C. Colombiano (De La Maza Rivadeneira, 1940), esto es, el *pacta sunt servanda*.

A pesar del expreso respaldo que se dio al principio del *pacta sunt servanda* en el derecho romano, para algunos juristas que estudiaron el punto, como Lenel, era posible llegar a establecer en qué casos una de las partes podía eximirse de cumplir con su prestación en el evento en que las obligaciones emanadas del contrato resultaran demasiado gravosas, producto de la alteración imprevisible de las circunstancias. Ello era posible, en particular, en los negocios que en Roma se conocieron como de *buena fe* (Franco Zárate J. A., 2012).

Al margen de lo anterior, podría decirse que el verdadero origen de la teoría de la imprevisión suele identificarse en la edad media con la aplicación que de la misma empezaron a

realizar los canonistas en los tribunales eclesiásticos, toda vez que, bajo el supuesto de condenar cualquier enriquecimiento *inmerecido* de uno de los contratantes a costa del otro, defendieron que tal circunstancia debía ser tenida en cuenta no solo al momento de la celebración del contrato, sino aun en los casos en los que dicho enriquecimiento, a todas luces contrario a la moral cristiana, se produjera con posterioridad, fruto de las variaciones de las circunstancias de hecho (Georges Ripert, 1936, ), por cuanto en ambos casos ello podía ser considerado como *usura*.

Ya en los siglos XVII y XVIII grandes internacionalistas hicieron importantes aportes en esta materia que sirvieron para avanzar hacia la precisión conceptual de las características de la teoría. Fruto de la gran acogida que entre los autores de la época tuvo la teoría de la imprevisión, se empezó a gestar un rechazo de la misma fundado en los abusos que con una errónea o exagerada interpretación de sus términos y alcances se podrían llegar a cometer. No obstante, ello, algunos códigos a partir del siglo XVIII consagraron cláusulas que hacían un reconocimiento del fenómeno que ahora se estudia, como es el caso del Código Civil bávaro de 1750 o el Código Civil prusiano de 1794.

Posteriormente, en el siglo XIX la teoría de la imprevisión comienza a ser dejada a un lado, como consecuencia del auge de la teoría de la autonomía de la voluntad, principalmente en Francia. Por lo general y de antaño, la Corte de Casación francesa ha rechazado la posibilidad de la aplicación de la teoría, a diferencia de lo que ha sucedido con el Consejo de Estado francés (Bonnet, 1997). En efecto, el 6 de marzo de 1876 se dictó la reconocida sentencia del Canal de Crapone (Barbosa Verano & Neyva Morales, 1992) en la cual la referida Corte no reconoció la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión.

Ya en su espectro social, resulta indispensable que las prestaciones se cumplan de acuerdo a lo pactado, pero aparece extraño respecto de la figura misma pensar que ello deba ser así cuando la prestación que ha sido diferida en el tiempo ha sufrido una variación imprevisible que la hace excesivamente onerosa para una de las partes. En este sentido vale precisar que no parece existir un claro enfrentamiento entre los principios *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*. (Franco Zárate J. A., 2012)

De tal forma, se ha dicho:

“... la regla que manda obedecer a la palabra dada –*pacta sunt servanda*– no entra en conflicto con la que dispone el cumplimiento de lo acordado siempre que las circunstancias se mantengan inalteradas –*rebus sic stantibus*–. Muy por el contrario, uno y otro principio se armonizan si se concluye sosteniendo que la palabra empeñada debe ser cumplida en tanto y en cuanto no haya una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta y, como consecuencia de ello, de los efectos previstos” (Mosset, 1994).

El derecho también tiene en cuenta que muchas veces pueden ocurrir situaciones sociales y jurídicas que las partes no puedan prever y que puedan afectar las relaciones contractuales de las partes que han pactado un negocio jurídico.

Y en relación expresa con la teoría de la imprevisión y la excesiva onerosidad sobrevinida se ha indicado que “la naturaleza de la autonomía de la voluntad no se extingue, sino que a través de la imprevisión y de la revisión por excesiva onerosidad sobreviniente se le asigna una función interpretativa constructiva al contenido de dicha voluntad” (Márcio, 1983)

Es decir que la imprevisión consiste en el poder que tienen los tribunales para suprimir o modificar las obligaciones contractuales, cuando las condiciones de la ejecución se encuentran modificadas por circunstancias sociales y jurídicas que son distintas en las que se pensaron para la creación del negocio jurídico, sin que las partes hayan podido prever razonablemente dicha afectación.

La justicia contractual, sin duda, tiene un papel fundamental en este punto, es decir, es ella la llamada a fundamentar la acción que permita corregir las inequidades sobre las que se pretenda exigir el cumplimiento ciego y casi abusivo del derecho. Así, La justicia contractual requiere que el respeto del principio *pacta sunt servanda* sea compatibilizado con el mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones como presuposición o base del negocio jurídico, en los casos en los que el curso natural y ordinario de las cosas sale de su cauce, a veces en un tipo contractual, a veces en todos los contratos; en oportunidades como sostenida constante de una época, lo imprevisible de ayer llega a ser hasta lo previsible de hoy; otras como explosión de un momento, como efecto de una causa temporal.

Desde la óptica de la justicia contractual, la teoría de la imprevisión es un presupuesto importante de estudio para entender como debe ser el tratamiento jurídico que el juez debe realizar a aquellos casos donde los contratos mercantiles presentan patologías o anomalías en las obligaciones pactadas afectándose el equilibrio contractual del contrato.

#### **2.2.6. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL**

A manera de recapitulación, se puede señalar que en el período precontractual:

Se reconoce una fase en la cual las partes buscan conocerse para poder identificar cuáles serían las eventuales condiciones, objetivas y subjetivas, que rodearían la celebración del contrato que llegare a perfeccionarse. Como se verá, no obstante reconocerse que independientemente de estar caracterizada dicha fase por su no obligatoriedad, las partes deben proceder de acuerdo con el principio de buena fe, y

también podrá tenerse en cuenta para interpretar el eventual negocio celebrado.  
(Oviedo Albán, 2008)

Es decir que en la etapa prenegocial del contrato, es de suma importancia la buena fe que las partes apliquen en su conducta, además de observar la responsabilidad por la inoperancia si una de las partes ha actuado de manera intencional para perjudicar a la otra parte.

Por el sólo hecho de entrar en negociaciones con miras a la celebración del contrato, escribe von Thur, se constituye entre los futuros contratantes una relación jurídica, de la cual se derivan ciertos deberes que no tienen que ver con el cumplimiento del contrato, que todavía no existe, "sino sobre su conducta mutua en el transcurso de las negociaciones." Para el profesor alemán este deber consiste en proporcionar todas aquellas informaciones relativas a las circunstancias decisivas para las resoluciones que deben adoptar las partes, exigencia de sinceridad que varía de acuerdo con la naturaleza del contrato.

Es del incumpliendo al deber de honestidad, lealtad y transparencia que surge una eventual responsabilidad precontractual por una de las partes, tal y como lo expone la doctrina de algunos autores, las obligaciones de las partes no solo se generan al momento del cumplimiento del contrato sino también en el transcurso de las negociaciones.

### **2.2.7 BUENA FE CONTRACTUAL**

En el derecho privado colombiano se reconoce de manera explícita tal principio que rige en las etapas de negociación, celebración y ejecución del contrato.

El Código Civil en el artículo 1603 pareciera que solo lo acepta en la etapa de ejecución al decir que "los contratos deben ejecutarse de buena fe ...".

Sin embargo, puede afirmarse que en dicho estatuto también se incluye el deber de observar la buena fe en los tratos preliminares, así no sea explícitamente, al reconocer el código que todo el que cause un daño estará obligado a repararlo, cuestión que sin duda puede suscitarse en dicha etapa del iter contractual. (Bianca C. M., 2000)

El Código de Comercio colombiano es un poco más explícito al imponer la obligación de actuar de buena fe en el período tratos preliminares de la siguiente manera:

Artículo 863. "Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen".



Así, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

“...el legislador ha recurrido a una cláusula general, con el fin de ofrecer al intérprete un criterio elástico de evaluación, (...) descargando en cada uno de los futuros contratantes el deber de comportarse de buena fe, como una fórmula comprensiva de varios deberes (seriedad, probidad y diligencia) que pueden integrar el criterio fundamental de la rectitud en el tráfico jurídico, a pesar de que todavía no estén ligados por el vínculo contractual al que a la postre quieren llegar”. (sociedad Circuito Presidente Limitada contra la Compañía de Fomento Cinematográfico-Focine-, 1998)

La corte suprema realiza una interpretación donde el principio de buena fe también se extiende a las etapas preliminares de toda negociación, la lealtad negocial y la buena fe además de ser u principio, pasa a ser un estándar de comportamiento obligatorio para las partes contratantes y es presupuesto esencial para definir aquellos casos donde exista responsabilidad precontractual por su inaplicación.

## **2.3 MARCO LEGAL**

### **2.3.1. CÓDIGO CIVIL**

El código civil como norma que regula los contratos civiles y que es aplicable en algunos casos donde existen vacíos en la legislación comercial, será de especial importancia para evidenciar si hay una aplicación de normas en casos de violación al principio de equilibrio contractual.

El art. 1603 Los contratos deben ejecutarse de buena fe

EL art. 1947 estipula la figura de la lesión enorme

El art. 2231 estipula el exceso en intereses

### **2.3.2. CÓDIGO DE COMERCIO**

El código de comercio como norma que regula los contratos mercantiles es una norma de suma importancia para la interpretación de los contratos mercantiles, para el caso en específico se analizara el contrato de arrendamiento de local comercial en relación al estudio del principio de equilibrio económico.

El art. 872 del código de comercio estipula que cuando una de las prestaciones se vuelve irrisoria el contrato deja de ser conmutativo y se rompe el equilibrio contractual del contrato.

El art. 868 habla de la revisión extraordinaria del contrato, haciendo referencia a la teoría de la imprevisión

El art. 863 habla de la responsabilidad en la etapa precontractual cuando hay vulneración de la buena fe.

### **3. DISEÑO METODOLÓGICO**

#### **3.1. DISEÑO Y TIPO DE INVESTIGACIÓN**

El tipo de investigación es jurídica, de enfoque cualitativo porque no se efectúa una medición numérica por lo que el análisis no es estadístico; y de carácter documental y descriptivo ya que está fundamentada en el análisis de las normas constitucionales, legales y referencias jurisprudenciales.

El método de investigación aplicado es la hermenéutica jurídica puesto que se basa en la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico colombiano y en el análisis de los estudios del derecho.

#### **3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA**

Teniendo en cuenta que es una investigación de enfoque cualitativo la cual se basa en una lógica y un proceso inductivo (explorar y describir, y luego generar perspectivas teóricas) no tiene un estudio de población y muestra, sino un estudio normativo.

#### **3.3. TÉCNICAS Y ELEMENTOS DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN**

La técnica de recolección de datos será a través de las principales fuentes del derecho: Constitución, ley, jurisprudencia y doctrina; y teniendo en cuenta que es una investigación de enfoque cualitativo no tiene un estudio de población y muestra, sino un estudio normativo.

#### **3.4. ANÁLISIS DOCUMENTAL**

| <b>Fuente</b>                  | <b>Referencia</b>   | <b>Conceptos básicos</b>   | <b>Idea central del texto</b>                                     | <b>Subtemas</b> |
|--------------------------------|---|--|---|-----------------|
| Ordenamiento jurídico nacional | Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el | Lesión enorme: La lesión enorme es una figura jurídica a la que puede recurrir un comprador o vendedor | No hay duda de que los contratantes deben respetar la buena fe en | - Buena fe.     |

|  |   |  |   |   |
|--|---|--|---|---|
|  | <p>deber de revisión del contrato, José Félix Chamie, 2008.</p> | <p>para exigir que se rescinda un contrato de compraventa, cuando el valor del contrato difiere desproporcionadamente del valor real.</p> <p>Estado de necesidad: El estado de necesidad: Es aquella situación que ampara a quien, en circunstancias de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno debe causar otro mal, siempre que este no sea mayor que el que trata de evitar. Se requiere que no haya provocación intencional del estado de necesidad y que la profesión o cargo del sujeto no lo obligue a sacrificarse.</p> | <p>todas las etapas del iter negocial, tanto en la formación del contrato como luego de celebrado, durante la fase de su ejecución.</p> <p>De igual manera la buena fe contractual incide en el tratamiento de aquellas anomalías que en el nacimiento o durante la vida del contrato pueden presentarse como límites a su eficacia vinculante. En este sentido, durante la etapa de formación adquieren relevancia las materias de los vicios de la voluntad, de la lesión, y, en estrecha relación con estas, el aprovechamiento del estado de necesidad o de peligro. Por su parte, durante la</p> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Responsabilidad precontractual.</li> <li>- Equidad correctiva.</li> <li>- Justicia contractual.</li> </ul> |
|--|---|--|---|---|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  | <p>ejecución presentan relevancia las materias del incumplimiento, la excesiva onerosidad sobrevenida, el cambio de la base negocial, la imprevisión, en fin, los problemas de la sobreviniencia contractual, y, en especial, los criterios para la adaptación de los llamados contratos de duración. En cierta medida, todos estos fenómenos conducen a la revisión del contrato por desequilibrio inicial o por desequilibrio sobrevenido según sea el caso.</p> |  |
|--|--|--|--|--|

| <b>Fuente</b>                  | <b>Referencia</b>   | <b>Conceptos básicos</b>   | <b>Idea central del texto</b>  | <b>Subtemas</b>  |
|--------------------------------|---|--|--|--|
| Ordenamiento jurídico nacional | El Necesario Reconocimiento del Principio de Justicia Contractual, Joaquín Emilio Acosta Rodríguez, 2011. | Autonomía de la voluntad privada: reconocimiento más o menos de la eficacia de ciertos actos o manifestaciones de la voluntad de los particulares. | El documento analiza las nuevas realidades jurídicas del derecho de los contratos, especialmente sus principios generales y que tendencias dominan en la teoría posmoderna del derecho de los contratos. | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Justicia contractual</li> <li>- autonomía de la voluntad de las partes.</li> <li>- principios generales del derecho.</li> </ul> |

| <b>Fuente</b>                  | <b>Referencia</b>  | <b>Conceptos básicos</b>  | <b>Idea central del texto</b>  | <b>Subtemas</b>  |
|--------------------------------|--|---|--|--|
| Ordenamiento jurídico nacional | EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO, procuraduría general de la nación | los <i>principios del derecho natural</i> , a los <i>principios tradicionales o nacionales</i> que son aquellos que le dan su típica fisonomía al ordenamiento jurídico de un pueblo y a los <i>principios políticos</i> como expresión de la voluntad rectora del Estado que, en cuanto tales, están | El equilibrio económico del contrato corresponde a la ecuación contractual que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico, de conformidad con la cual las prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes a las de la otra. Así, el | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ecuación contractual del contrato</li> <li>- Equilibrio económico del contrato</li> </ul> |

|  |  |   |  |  |
|--|--|---|--|--|
|  |  | <p>subordinados al Derecho Natural y no deben contravenir los principios tradicionales.</p> | <p>contratista cuya propuesta fue acogida por la administración, considera que las obligaciones que asume en virtud del contrato que suscribe, resultan proporcionales al pago que por las mismas pretende recibir, toda vez que al elaborar dicha oferta, ha efectuado un análisis de costo-beneficio, fundado en los estudios y proyecciones que realizó en relación con los factores determinantes del costo de ejecución de las prestaciones a su cargo y la utilidad que pretende obtener a partir de la misma. (...) 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 sunt</p> |  |
|--|--|---|--|--|

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  | <p>servanda (art. 1602, C.C.), lo que no descarta que situaciones extraordinarias, posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes (en el caso de la teoría de la imprevisión) o imputables a una actuación legal de la contratante (en el caso del hecho del príncipe), 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.</p> |  |
|--|--|--|--|--|

| Fuente   | Referencia  | Conceptos básicos   | Idea central del texto   | Subtemas  |
|--|---|---|--|---|
| Ordenamiento jurídico nacional e internacional | La teoría de la imprevisión y su desarrollo internacional, Natalia Ruiz Morato, 2006. | <p>La imprevisión sustentada en el principio general del derecho de la buena fe, que ha sido de aplicación jurisprudencial.</p> <p>La imprevisión basada en la equidad. Es utilizada en cuanto que es sinónimo de justicia y es a su vez una norma de aplicación jurisprudencial.</p> <p>También existen teorías que niegan la teoría de la imprevisión, basadas en el <i>pacta sunt servanda</i> y la seguridad jurídica de las relaciones contractuales, además, con el argumento de que las normas jurídicas persiguen la continuación del</p> | <p>Ubicándose dentro del contexto de la globalización del derecho, la pretensión del presente estudio jurídico es evidenciar la importancia de la teoría de la imprevisión y de sus desarrollos teóricos, reflejados en disposiciones jurídicas en materia contractual y de obligaciones en diversos ordenamientos jurídicos suramericanos, con un énfasis en el derecho privado colombiano.</p> <p>En materia de contratación internacional, se presentará la incorporación de la teoría de la imprevisión en la <i>lex mercatoria</i>,</p> | <p>- contratos comerciales internacionales</p> <p>- principios Unidroit</p> <p>- hardship</p> |



|  |  |  |   |  |
|--|--|--|---|--|
|  |  | <p>contrato y su ejecución ininterrumpida.</p> | <p>en su recopilación hecha por el Unidroit, como es la cláusula hardship, que ha sido utilizada dentro de contratos internacionales e interpretada y aplicada en los laudos arbitrales internacionales, que coetáneamente construyen el derecho internacional privado.</p> <p>Para concluir se presentan algunas consideraciones personales frente al panorama de la teoría de la imprevisión, como es el análisis económico del derecho como regla de interpretación para los hechos de extrema onerosidad que afecten la relación contractual.</p> |  |
|--|--|--|---|--|

| Fuente                         | Referencia   | Conceptos básicos   | Idea central del texto  | Subtemas   |
|--------------------------------|--|---|---|--|
| Ordenamiento jurídico nacional | Gravedad del incumplimiento, buena fe contractual, cláusula resolutoria expresa: fragmentos críticos y puntos reconstructivos para una defensa anti dogmática de la autonomía privada, Mauro Grondona, 2011. | Entonces, aquellos que proponen un uso de la buena fe en función solidarista, lo hacen para introducir en el contrato, por vía interpretativa, integradora, completiva, un contenido económico diferente de aquel que las partes han delineado; diferente, porque no es desequilibrado, es decir, más justo, conforme a ciertos valores, como aquel de la solidaridad y de la proporcionalidad entre las prestaciones y aquel de la igualdad entre los individuos, destinados a prevalecer, como consecuencia de una ponderación axiológica | . El artículo analiza la relación entre los artículos 1455 y 1456 del código civil italiano, con particular referencia al papel del principio de la importancia del incumplimiento y su relación con la resolución contractual. En ese cuadro emergen dos temas específicos de reflexión: los límites al ejercicio de la autonomía privada y la extensión de los poderes del juez sobre el contrato, analizados en la perspectiva más amplia de la relación dinámica entre orden jurídico de los privados y orden jurídico del Estado | <ul style="list-style-type: none"> <li>- buena fe contractual</li> <li>- límites a los poderes del juez</li> <li>- derecho de los contratos</li> </ul> |

| Fuente                         | Referencia  | Conceptos básicos  | Idea central del texto  | Subtemas   |
|--------------------------------|---|--|---|--|
| Ordenamiento jurídico nacional | La alteración fundamental del equilibrio contractual: base conceptual de la figura del hardship en los Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales | La figura del hardship en los Principios de Unidroit se presenta cuando se da una alteración fundamental del equilibrio contractual, causada por eventos sobrevinientes a la celebración del contrato, de naturaleza extraordinaria e imprevisible, que escapan al control de la parte afectada con éstos cuyo riesgo no fue asumido por ésta, creándose así una situación radicalmente diversa a la existente en el momento de celebrarse el acuerdo comercial. Ahora, ¿qué debe entenderse por una alteración fundamental del equilibrio contractual? En otras palabras, | . Partiendo de la anterior definición, se ha entendido entonces como “un desequilibrio entre las prestaciones recíprocas de las dos –o más– partes contratantes, ora por mayor onerosidad –cumplir es más caro– ora bien por menor rentabilidad productiva –cobrar es menos productivo o lo que se percibe es menos rentable” | <ul style="list-style-type: none"> <li>- equilibrio contractual</li> <li>- hardship</li> <li>- renegociación del contrato</li> </ul> |

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  | <p>¿qué constituye una prestación excesivamente onerosa? ¿Debe valorarse tal onerosidad desde el punto de vista del deudor (de forma subjetiva) o desde el punto de la la contraprestación, (de forma objetiva)? ¿Existe un límite matemático para cuando una de las partes puede solicitar la renegociación del contrato por una situación de hardship.</p> |  |  |
|--|--|--|--|--|

| Fuente                         | Referencia   | Conceptos básicos  | Idea central del texto   | Subtemas  |
|--------------------------------|--|--|--|---|
| Ordenamiento jurídico nacional | . La responsabilidad precontractual en Colombia, Gustavo Adolfo Marín Vélez, 2003. | <p>Precontractual: la definición de este término debe incluir tanto lo dicho por la Real Academia, como el alcance legal del mismo. Atendiendo a lo anterior, se opta, entonces, por dividir la palabra en sus partes, conocer el sentido individual de cada una y, luego, unirlas a la luz del principio según el cual “el conjunto da razón de sus partes” (art. 30, Código Civil). Con la separación de la palabra en sus componentes se tiene:</p> <p>Pre: preposición inseparable que denota antelación, prioridad<sup>2</sup>.</p> | <p>La dinámica de las relaciones económicas en el mundo contemporáneo impone, a su vez, nuevas necesidades a los ordenamientos jurídicos nacionales. Por tal razón, el brindar seriedad, seguridad, transparencia y firmeza a los negocios ha obligado a la adopción de medidas orientadas a regular el nivel de responsabilidad jurídica que adquieren las partes cuando se encuentran en las conversaciones o tratativas previas a la celebración del contrato. En efecto, se pretende determinar, con fundamento en</p> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- responsabilidad precontractual</li> <li>- principio de buena fe</li> <li>- derecho de los contratos</li> </ul> |

|  |  |   |  |  |
|--|--|---|--|--|
|  |  | <p>Contractual: todo aquello estipulado por contrato y a través del documento que acredita éste.</p> <p>Desde el punto de vista legal, el Código de Comercio en su artículo 864 define el contrato como</p> <p>“... un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”.</p> | <p>la actual regulación prevista en el Artículo 863 del Estatuto Mercantil, la obligación reparadora o indemnizatoria en que incurriría un precontractante en el evento en que, de manera unilateral e injustificada, se margine del escenario precontractual, frustrando definitivamente la expectativa de concretar el contrato. Esta censurable conducta de marginamiento unilateral implica, desde luego, un desconocimiento del principio medular de la buena fe que, por fortuna, dirige la principalística contractual en Colombia.</p> |  |
|--|--|---|--|--|

## **4. Resultados**

### **4.1. Esquema de resolución del problema**

Para abordar el problema planteado en la investigación, en un primer escenario se estudiará a la autonomía privada, su función y límites.

En un segundo escenario se estudia el contrato de arrendamiento comercial y todo su andamiaje normativo que se establece en Colombia, prestando especial atención en la norma de revisión del contrato y estableciendo la diferencia con algunas figuras.

En un tercer escenario se estudia el principio de equilibrio contractual, la teoría de la imprevisión, la responsabilidad precontractual y la buena fe, como formas necesarias para el análisis de las posibles respuestas al tratamiento jurídico en casos de vulneración al principio de equilibrio contractual en el contrato de arrendamiento de local comercial.

En un cuarto escenario se estudian los caminos que puede tener el juez o abogados litigantes en la resolución de un litigio en casos como el que se evidencia en el escrito.

Para posteriormente finalizar con las respectivas conclusiones

### **4.2. Plan de redacción**

#### **Autonomía de la voluntad de las partes**

El derecho privado se encuentra regido por lo que algunos conocen como la autonomía privada, en razón de ella las partes o contratantes crean un mundo jurídico donde se establecen obligaciones para llevar a cabo un negocio jurídico, es decir en la formación de los contratos la autonomía de la voluntad de las partes es eje fundamental.

La Corte Constitucional se ha dedicado a sintetizar la naturaleza de la autonomía de la voluntad privada en los siguientes términos:

La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. La mayor o menor amplitud en la consagración positiva del postulado de la autonomía de la voluntad privada o, lo que es lo mismo, en el señalamiento del campo del campo de acción del acto o negocio jurídico que es su expresión normal, depende

principalmente del grado de cultura y desarrollo de cada pueblo y de las concepciones filosóficopolíticas en que se inspire cada legislador. (Sentencia T-338/93, 1993)

Aquí se puede observar que el alto tribunal emite un concepto muy amplio de lo que debe entenderse por autonomía de la voluntad privada al expresar que el legislador delega la función de poder que tiene de regular las relaciones sociales, ya que mediante el acto o negocio jurídico las partes establecen las regulaciones pertinentes para cada negocio jurídico.

No obstante, existe una posición por la doctrina que menciona que esta autonomía no es tan absoluta, como lo hace ver la corte constitucional, que su función tiene límites y que las partes no pueden crear negocios jurídicos que traspasen los límites establecidos por la ley.

Es así como algunos autores exponen que:

La libertad consiste en hacer cada cual su antojo y va hasta donde tropieza con el derecho ajeno, y a esta visión o, mejor fantasía, insisten en adherirse tanto los propugnadores de un individualismo absoluto con nostalgia de un sueño que nunca tuvo realidad como los detractores de aquél y vaticinadores de la desaparición de libertad e iniciativa individuales o de su restricción a proporciones minúsculas. No sobra, por consiguiente, tener en cuenta que jamás ha existido, y tampoco es concebible, una libertad completa, entendida como un poder en blanco que solamente se vería limitado por el apareamiento del derecho ajeno, aserto para cuya demostración habría que comenzar recordando que el negocio jurídico es una figura social, cuya administración y empleo, igual que su exposición doctrinaria, parten y tienen que partir de la experiencia, que se inicia con la presencia de un código cultural común y de una prudencia y providencia grandes de las gentes, que, por ello, no suelen ser mayormente imaginativas y osadas en la utilización de figuras del todo nuevas. (Hinestrosa, 2014)

Es decir que en el concepto de autonomía privada no debe entenderse esta como un poder absoluto o esa libertad completa para que las partes pacten lo que deseen pues existen ciertos límites.

Por lo que se ha expresado que: “el elemento constante en la teoría de los actos y de la actividad de los particulares es la iniciativa y no la autonomía, puesto que en concreto puede faltar la autorregulación” (P. Perlingieri, 1975).

A lo cual se puede deducir que en vez de referirse como voluntad privada de las partes estamos es ante la iniciativa privada de las partes, esto bajo el entendido de que: “la puntualización de que la autonomía privada no es de por sí un valor, sino que puede serlo, y dentro de ciertos límites, si responde y en cuanto responda a un interés merecedor de tutela” (Hinestrosa, 2014)



El ordenamiento jurídico colombiano pareciera haber estipulado estas limitaciones, analicemos en cuales:

**ARTICULO 1518. REQUISITOS DE LOS OBJETOS DE LAS OBLIGACIONES.** No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o **contrario a las buenas costumbres o al orden público.**

**ARTICULO 1532. POSIBILIDAD Y MORALIDAD DE LAS CONDICIONES POSITIVAS.** La condición positiva debe ser física y moralmente posible.

Es físicamente imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, **o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público.** (ley 57 de 1887)

Las buenas costumbres y el orden público actúan entonces como limitantes a la autonomía privada de la voluntad de las partes, pero estos conceptos como se manejan en el mundo jurídico:

Orden público. Dictados políticos que señalan terminantemente la primacía del interés social sobre el individual y procuran enrumbar la actividad privada del modo que sea más conveniente para la comunidad entera, como se la considere, en el momento y según las circunstancias, más útil socialmente.

Así que una primera respuesta práctica a la pregunta de cómo se manifiesta el concepto de orden público frente a la autonomía negocial se encuentra en la invalidez de los actos o, mejor, de las disposiciones (por lo mismo que la invalidez puede ser parcial, remitida a una cláusula o pacto, sin afectar a la integridad del negocio jurídico) expresamente prohibidas por la ley.

En tales hipótesis el orden público se encuentra determinado legislativamente y tanto los particulares como la jurisdicción consiguen por ese medio una certeza inmediata y, por lo mismo, seguridad. El código de comercio de 1971 emplea a menudo esa forma que, en medio de la antipatía de la expresión represiva, constituye un alivio en la duda acerca de la legitimidad o no legitimidad de una estipulación que difiera de las disposiciones de ley, al saberse allí de plano que no es factible variarlas o, como se dice de ordinario, derogarlas. (Hinestrosa, 2014)

En cuanto al desarrollo de las buenas costumbres se ha establecido que:

Buenas costumbres. Regla moral, sentido ético de la iniciativa particular; pero, en fin de cuentas, ¿qué ha de entenderse por “buenas costumbres”? ¿“La moral prevaleciente en la sociedad actual”? ¿“Lo que el hombre de la calle considera correcto”? ¿“Los principios morales que la gente reconoce diariamente como tales”? Y, ¿cómo hacer su identificación dentro de la enorme pluralidad y heterogeneidad de medios culturales y, por tanto, de concepciones, prácticas y sentimientos acerca de cómo debe procederse en la autorregulación de los intereses propios? ¿Moral ascética? ¿Moral complaciente? ¿Moral realista, promedia, comprensiva?.

Para apreciar la evidencia y la magnitud de estos problemas, baste tratar de emitir juicios de valor acerca de las decisiones judiciales en asuntos en donde, aparte de si el fallo debe pronunciarse en derecho o en conciencia, el sentido de él es incuestionablemente un punto de conciencia, esto es, de moral: ¿Con arreglo a qué criterios se va a poder sostener que se procedió severamente o con largueza, y con qué fundamento se iría a censurar o ensalzar una u otra posturas? Y ¿De qué clase de moral se está hablando? ¿De moral compensatoria? ¿De moral distributiva? De todas formas, aquí también, y posiblemente en términos más profundos, es patente la historicidad del contenido de la moral y de su ejercicio como limitación de la autonomía negocial. De las clasificaciones estereotipadas de los negocios inmorales, con la atención prevalecientemente dirigida hacia la moral sexual, se ha pasado a una concepción más vasta, a la vez que más dinámica de la moral, posiblemente más próxima al orden público.

Todo sin perder de vista con qué facilidad y en qué tan corto tiempo se anda de uno a otro extremo, y que en el presente estamos atravesando un período en donde la pose de moralista es del mejor recibo y produce dividendos, a la vez que crea tensiones, ambiente de sospecha, presunciones de culpabilidad, distorsionantes e intimidadoras (Hinestrosa, 2014)

Nunca, ni en el common law, ni en ningún otro sistema, ha existido una absoluta libertad contractual.

### **Establecimiento de comercio y local comercial**

Antes de estudiar el contrato de arrendamiento comercial es necesario entender la diferencia entre dos figuras que pueden ser confundidas:

El establecimiento de comercio y el local comercial son dos figuras que en sustancia son diferentes. Sin embargo, es necesario tener en cuenta la finalidad que persiguen, **pues los conceptos pueden dar lugar a confusión.**

En términos generales, el local comercial es el espacio físico donde se ofrecen bienes y servicios, mientras que el establecimiento de comercio está conformado por las cosas, objetos y bienes utilizados para realizar la actividad comercial.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 515 del Código de Comercio, el establecimiento de comercio es el conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. **La misma persona puede tener varios establecimientos de comercio y, a su vez, un solo establecimiento puede pertenecer a varias personas y destinarse el desarrollo de varias actividades comerciales.**

Así las cosas, el establecimiento de comercio es un conjunto de bienes organizados por el empresario en un sitio determinado para el desarrollo de sus actividades económicas, tales como supermercados, almacenes, bodegas, fábricas, plantas industriales, entre otros.

Aunque no están reglamentados, los locales comerciales son aquellos donde funcionan los establecimientos de comercio, es decir, **el lugar físico en el cual el comerciante tiene sus artículos o el conjunto de bienes que conforman el establecimiento de comercio**, indicó la entidad.

El empresario puede ser propietario de local comercial o gestionarlo a través de contrato de arrendamiento, cuyo objeto específico es entregar el uso del bien inmueble destinado para el desarrollo del establecimiento comercial, industrial o de servicios. (Ambito juridico, 2017)

## **Contrato de arrendamiento de local comercial**

El siguiente contrato mercantil será de especial atención para el estudio de este escrito, se analizará cómo se ha establecido en el ordenamiento jurídico colombiano. Su naturaleza, objeto y función.

Antes de abordar este tipo contractual de materia comercial hay que mencionar la siguiente precisión que nos ayudara a comprender mejor esta figura contractual, el Código de Comercio no hace una definición completa del concepto del contrato de arrendamiento, es más ni siquiera es tenido en cuenta en la parte de contratos. La regulación se limita a algunos aspectos puntuales sobre arrendamiento de locales comerciales o sea de bienes inmuebles destinados al funcionamiento de establecimientos de comercio, dejando grandes vacíos normativos que deben ser llenados con las normas civiles, en pocas palabras el contrato de arrendamiento de local comercial carece de poseer todas las características propias como figura independiente que la complemente e individualice por completo como figura en el código de Comercio, si no por el contrario, deja vacíos normativos de esta figura contractual comercial que con el fin de complementarse como figura contractual tiene que remitirse a disposiciones civiles del contrato de arrendamiento.

Como consecuencia el contrato de arrendamiento se rige por las normas civiles en cuanto a su estructura y solamente se aplican normas comerciales en sus aspectos especiales los cuales son

aquellos aspectos tocantes de objeto comercial, normas que son imperativas y por lo tanto las partes no pueden pactar en contrario, ya que, de hacerlo, las cláusulas serían ineficaces de pleno derecho por ejemplo que el arrendamiento no tenga los fines de un establecimiento de comercio. (Peña L, 2006)

“Lo cual entiende que cuando un precepto civil se rige por uno mercantil, pero también hay que mencionar que algunas normas civiles también remiten a disposiciones mercantiles, lo que nos lleva a determinar que tanto la legislación civil como la comercial tienden a complementarse” (Narváez J, 2008).

Desde el punto de vista comercial el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, esta definición la encontramos en el artículo 864 del Código de Comercio:

**ARTÍCULO 864. DEFINICIÓN DE CONTRATO.** El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.

Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851.

Esta definición es prácticamente idéntica a la que hace el Código Civil italiano en su artículo 1321 la cual dice “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial”, lo que nos lleva a concluir que la definición de contrato de nuestro código de comercio es derivada de la definición de contrato del Código Civil italiano, otra apreciación que nos hace el autor referente a la definición del Código de Comercio respecto al contrato es que “podemos observar que desde el punto de vista de los sujetos ésta es una definición más completa que la del Código Civil, pues, de entrada, incluye la pluralidad de sujetos, refiriéndose implícitamente a los contratos bilaterales y también a los plurilaterales

El contrato de arrendamiento de local comercial también lo podemos definir civilmente, como aquel contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a proporcionarle a otro el uso y goce de una cosa, durante cierto tiempo, y este a pagar, como prestación un precio determinado tal cual lo menciona el artículo 1973 del Código Civil, como ya hemos mencionado. Todo contrato ya sea civil como comercial debe contar con los elementos del contrato para presumir su existencia, elementos (de su esencia, de su naturaleza y accidentales) su validez (capacidad, consentimiento, objeto lícito, causa lícita), elementos que ya fueron estudiados en el anterior capítulo.

El contrato de arrendamiento posee otros elementos especiales como el precio, que constituye un elemento esencial también en el contrato de arrendamiento de local comercial, pues sin este no existe y degenera un contrato de comodato o préstamo de uso, respecto a su determinación el precio en dinero podrá ser fijado de la misma manera que el precio en la compraventa. (Peña L, 2006)

En materia comercial las buenas costumbres es otro elemento formal del contrato de arrendamiento de local comercial el cual la doctrina define como, la repetición de un hecho de manera constante y uniforme en un territorio determinado que la acepta como obligatoria o aplicable, que en materia contractual comercial los comerciantes están acostumbrados a pactar, la anterior cuenta con una relación directa con la moral pues las costumbres y los actos jurídicos en general deben estar a tono con los preceptos morales, partiendo de la base que la ley y la moral son dos postulados que norman la conducta del hombre, la cual requiere para su validez ciertos presupuestos o requisitos especiales como lo son; no ser contraria a la ley, estar constituido por hechos o actos públicos, uniformes y reiterados, según lo dispone el artículo 3 del Código de Comercio. (Linares J, 2009)

De conformidad a la definición dada por el Código de Comercio, logramos precisar que el Contrato mercantil tiene una connotación de carácter patrimonial, desde su comienzo hasta su fin, refiriéndose al contrato de una manera global sin especificar, pero ¿qué es un contrato mercantil? Para responder a este interrogante debemos preguntarnos ¿Qué es un comerciante? y ¿Qué es un acto de comercio? el Código de Comercio nos define en su artículo 10 que “Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantil y su calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona”), en pocas palabras la persona que es comerciante realiza actos de comercio y esos actos, se deben realizar de manera profesional y habitual porque, si lo hacen en forma ocasional y no profesional ya no tiene “la calidad de comerciante” si no de particular. (Lozada S, 2015)

El Código de Comercio en su artículo 13 menciona que la persona que ejerce actividades mercantiles debe cumplir con los siguientes requisitos: estar inscrito en el registro mercantil, tener un establecimiento de comercio y anunciarse ante el público como comerciante.

En cambio, el acto de comercio es una actividad o una acción que realiza un sujeto llamado comerciante que busca obtener ingresos para su negocio, el Código de Comercio nos proporciona la definición del acto de comercio en su artículo 21 el cual nos menciona, “Se tendrán así mismo como mercantiles todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio, y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales”, encontrando una definición más precisa Narváez, (2008) menciona que los actos

mercantiles “Son aquellos que se realizan en gran número, con carácter típico, en forma reiterada, más o menos iguales y que se presuponen una actividad económica organizada”.

El contrato mercantil es un acuerdo de voluntades en el cual, intervienen uno o más comerciantes que tienen como finalidad, generar un desarrollo económico del negocio, “podemos afirmar que el contrato mercantil es un acto de empresa, es un acto jurídico que se realiza por el empresario para llevar a cabo los objetivos de su empresa”. (Lozada, 2015)

Por tal motivo es importante hablar de la función económica de este tipo contractual, al respecto podemos decir, que a veces las dificultades económicas que sufren algunos empresarios, se constituyen en el primer obstáculo para la adquisición de inmuebles con fines comerciales donde funcionara como establecimiento de comercio, por este motivo el empresario o comerciante procura su uso y goce temporalmente como primera medida, pues requiere de tiempo para lograr consolidar su actividad, con el fin que su capacidad económica le permite adquirir el mismo en propiedad.

Según lo anterior, el objeto del contrato de arrendamiento de local comercial, es entregar el uso del inmueble el cual está destinado para el desarrollo de establecimiento comercial, industrial o de servicios, por eso es vital e importante que el local posea las condiciones para el desarrollo de cualesquiera estas actividades, el cual debe existir pues si no existe el contrato seria inexistente por falta de objeto. (Peña, 2006)

El contrato en materia comercial también cuenta con una peculiaridades propias que lo logran diferenciar del contrato en materia civil, lo que es peculiar en un contrato mercantil en primera medida es que el contrato mercantil está regulado por el Código de Comercio, haciendo la salvedad que existen normas civiles aplicables en materia mercantil por lo tanto, cuando vamos a interpretar la norma comercial debemos tener en cuenta las siguientes reglas; primero, en caso que los asuntos mercantiles no estén regulados en el Código de Comercio se aplicará la analogía de la norma, mediante esta técnica lógico jurídica se colman vacíos legales, es decir, se aplica la solución instituida para una situación semejante” con el fin de cubrir ese vacío, segundo, las cuestiones que no estén reguladas por la primera regla se les aplica la legislación civil.

Otra peculiaridad del contrato de local comercial se refiere a las partes, un contrato es mercantil cuando las partes que intervienen en su celebración son comerciantes, también es mercantil un contrato celebrado por un particular siempre cuando, una de las partes del contrato sea un empresario o comerciante, su objeto consiste en regular actividades o asuntos mercantiles realizados por los comerciantes, su prestación económica es onerosa por naturaleza y referente a su actividad, debe ser habitual y profesional porque, si es ocasional ya no estamos frente a un comerciante o empresario y por lo tanto, el contrato mercantil pierde su calidad. (Lozada, 2015)

Las partes o los sujetos inmersos en el contrato de arrendamiento de local comercial son; el arrendador, que es aquella persona natural o jurídica que proporciona el uso y goce de la cosa a cambio de una remuneración denominada renta y el arrendatario, que es la persona natural o jurídica que paga un precio o renta a cambio del uso de la cosa, como ya lo hemos mencionado con anterioridad, pues su definición es la misma del código civil. Por último, hay que mencionar otros aspectos importantes a resaltar en el contrato de arrendamiento de local comercial y es que este tipo contractual comercial es bilateral, pues requiere mínimo de dos partes para su realización, es consensual, porque se perfecciona con el solo acuerdo de las partes sobre la cosa y el precio, es oneroso, ya que las partes perdigen utilidades, es conmutativo, porque se entiende que la renta es equivalente al justo precio por el uso, es de ejecución sucesiva, pues las obligaciones de las partes se realizan periódicamente, es principal, porque existe independientemente de cualquier otra forma contractual y es nominado, porque la ley civil y comercial regulan su formación. Las anteriores son las características propias del contrato de arrendamiento de local comercial en Colombia, estas características también son aplicables en el contrato de arrendamiento de tipo civil. (Peña, 2006)

### **Equilibrio contractual en el negocio jurídico**

Este principio ha sido conocido por distintos nombres a través de la doctrina, equilibrio económico, equilibrio contractual, equilibrio financiero, siempre haciendo referencia a estar incorporado en el negocio jurídico como un principio de vital importancia en los contratos mercantiles y también en contratos con la administración pública que se rigen por normas de derecho privado.

Se define como:

Exponer sobre el equilibrio contractual, necesariamente, nos conduce a la noción de contrato oneroso. El contrato es a título oneroso cuando una de las partes ha recibido o recibe, bajo la forma de una prestación inmediata (actual) o de una promesa futura, una atribución patrimonial entendida como beneficio o ventaja, como contrapartida del sacrificio que ella procura a la otra o a un tercero. Para que el contrato sea oneroso se hace menester que las atribuciones patrimoniales se hallen en relación de causalidad, de suerte tal, que el sacrificio de una parte tenga como contraprestación un beneficio en relación de equivalencia. (Stiglitz S., 2012)

En ocasiones este principio puede romperse:

El desequilibrio contractual ha sido definido como el poder que impone una voluntad unilateral a la contraparte que no se halla de hecho en estado de discutir y, por el contrario, se halla constreñido a aceptar las condiciones contractuales desventajosas. La parte que no dispone de los mismos conocimientos, informaciones y aptitudes que su contraparte no está en

condiciones de apreciar el contenido del contrato ni el alcance del compromiso que se apresta a conformar. El poder desequilibrante es de naturaleza jurídica desde que encuentra su origen en el contrato mismo. (Stiglitz S., 2012)

En el ordenamiento jurídico comercial colombiano esta condición fue tipificada de la siguiente manera:

**“ARTÍCULO 872. PRESTACIÓN IRRISORIA.** Cuando la prestación de una de las partes sea irrisoria, no habrá contrato conmutativo”.

Nuestro código de comercio especifica de manera muy sencilla que en aquellos casos donde la prestación sea irrisoria, es decir, que para una de las partes sea muy pequeña, el contrato deja de ser conmutativo y no genera ganancias iguales a las partes, por ello el equilibrio contractual se convierte en desequilibrio.

El principio de reciprocidad de prestaciones encuentra su fuente de inspiración en los contratos que la doctrina suele definir como sinalagmáticos o bilaterales, caracterizados por prever el surgimiento de prestaciones mutuas o correlativas a cargo de los sujetos que integran la relación jurídica negocial. Bajo este criterio, y por efecto directo del sinalagma, las partes quedan obligadas recíprocamente a cumplir los compromisos surgidos del contrato, los cuales se estiman como equivalentes y que pueden llegar a concretarse en una contraprestación, en un valor recíproco, en un acontecimiento previsible o en una cooperación asociativa. (sentencia C 892, 2001)

Ahora el punto de discusión está en saber si ese desequilibrio se ha generado por obra de una de las partes o ha sido causado por circunstancias externas y ajenas a las partes lo que se llama como la teoría de la imprevisión, por ello la importancia del estudio de la buena fe en los actos preliminares de la formación del contrato.

#### **4.3. El Equilibrio económico en el contrato de arrendamiento de local comercial**

En Colombia, se tiene conocimiento de la existencia de lo que puede concebirse como la autonomía negocial o dispositiva, más allá del concepto de autonomía de la voluntad que ha sido criticado por diferentes autores de gran importancia y relevancia nacional, tales como Jaime Arrubla Paucar (Paucar , 2012) y algunos que han estudiado el tema en relación con el negocio jurídico y lo que se conoce en el derecho como ineficacia de pleno derecho como Fernando Alarcón Rojas (Rojas, 2015 )

Los cuales, presentan una panorámica interesante del derecho comercial y la crisis que actualmente está viviendo esta rama del derecho, pues evidentemente existe un límite al mismo,



que no es otra cosa que el orden público y las buenas costumbres que desde el Código Civil se han materializado y además lo que se concibe como normas imperativas dentro del derecho privado que hacen que dicha autonomía no pueda entenderse de manera absoluta en un mundo globalizado como lo desarrolla Maximiliano Rodríguez (Rodríguez, 2009) en relación con el concepto de empresa (Marisol , 2016) y dentro de un margen de evolución de lo que se conoce como derecho financiero (Manuel , 2015 ), teniendo en cuenta la evolución y aplicación de tecnología en todo lo relacionado con la administración de justicia (Sinisterra, 2016) y la evolución de los diferentes contratos en el mundo de los negocios de colaboración (Raúl , 2016).

De otro lado existen en el país diferentes contratos tanto civiles como mercantiles (Paul , 2010), los cuales según la tipicidad que presenten en primer y segundo orden pueden ser típicos o atípicos. En el entendido que serán típicos aquellos que encuentren esa tipicidad de segundo orden en la ley como lo es el contrato de arrendamiento comercial, en donde según Antonio Bohórquez Orduz (Orduz, 2014 ), explica que son dos los sujetos negociales: el arrendador que es la persona que se compromete a prestar una cosa corporal y el arrendatario que es aquella personas que va a gozar del bien y paga a cambio un precio que se llama canon, pero que también se le conoce como renta o alquiler.

Además de lo anterior, se conoce la buena fe como principio constitucional, pero además como lo explica (Paucar , 2012), pasa a ser un postulado que adopta concepciones abstractas y pasa a formar parte de los ordenamientos jurídicos a través de fórmulas concretas que terminan siendo un criterio inspirador de instituciones jurídicas, las cuáles se van acomodando en los ordenamientos jurídicos, tales como el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, la teoría de la imprevisión, la responsabilidad precontractual, etc.

Pero... ¿Por qué hablar de normas imperativas, contrato típico de arrendamiento comercial y la buena fe como sustento de la responsabilidad que se considera precontractual a la luz del derecho civil?

Según el artículo 519 del Código de Comercio (Congreso, 1971): **DIFERENCIAS EN LA RENOVACIÓN DEL CONTRATO**. Las diferencias que ocurran entre las partes en el momento de la renovación del contrato de arrendamiento se decidirán por el procedimiento verbal, con intervención de peritos. Al parecer esta norma solucionaría todos los casos en donde se tenga por parte de alguno de los contratantes alguna inconformidad frente al canon inicialmente pactado, pero no es cierto en todos los casos como pasará a explicarse posteriormente.

#### **4.4. La responsabilidad civil precontractual en el derecho colombiano**

Como se pudo evidenciar en la introducción de este ensayo crítico que presentará no solo una problemática real que se identificó sino lo que se concibe es la responsabilidad precontractual relacionada desde diferentes perspectivas de la buena fe como uno de los principios que son de vital importancia para cualquier negocio jurídico, tal y como sucede para el contrato de arrendamiento comercial en Colombia.

Como lo dice Karl Larenz (Karl, 1958): La buena fe significa que cada uno debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar o abusar de ella, ya que esta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas. Pero estos postulados no solo se han específicamente desarrollado en la doctrina sino también han sido tenidos en cuenta dentro del ordenamiento jurídico nacional tanto en la codificación civil como en la comercial posteriormente:

Según el artículo 1603 del Código Civil: EJECUCIÓN DE BUENA FE. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

Según el artículo 871 del Código de Comercio: PRINCIPIO DE BUENA FE. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

En el anterior artículo puede identificarse que el legislador solo piensa en una posible responsabilidad de raigambre civil desde el momento en que se celebra o que se ejecuta el contrato en materia comercial, pero al leer e interpretar sistemáticamente el siguiente artículo se encontrara que para el derecho colombiano una fuente legal y directa que justifica lo que se conoce como la responsabilidad precontractual en la fase preparatoria de lo que se conoce es el iter negocio.

Según el artículo 863 del Código de Comercio: BUENA FE EN EL PERIODO PRECONTRACTUAL. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.

Es decir, que esta responsabilidad a la que se le denomina como precontractual no es otra cosa que aquella que tiene relación según Jaime Arrubla Paucar (Paucar , 2012) con la etapa preparatoria y de formación del contrato en donde se deben presentar con claridad los antecedentes del negocio, procurando informar sobre todas aquellas circunstancias que puedan interesar a la otra parte. Ocultar circunstancias que puedan influir en la decisión del otro negociante, es una reticencia fraudulenta, que atenta contra este deber de buena fe.

Es claro que existe una gran relación entre el principio de buena fe para entender lo que se concibe como responsabilidad civil precontractual y que es clara la remisión que para el caso hace el Código de Comercio, sin embargo es necesario plantear una situación real y práctica donde la propuesta de este ensayo crítico puede encontrar un punto más álgido de discusión y de adecuaciones críticas de estas instituciones del derecho en relación con el negocio jurídico y el equilibrio contractual como postulado del mismo.

Una sociedad con domicilio en Cúcuta celebró un contrato de arrendamiento comercial con una persona natural con domicilio en Bogotá cuyo objeto era entregar a título de arrendamiento la tenencia de un local comercial: Estación de Gasolina, donde se distribuía gasolina con la empresa Texaco y Gas con Fenosa. La duración del contrato fue pactada en 5 años y el canon igual a QUINCE MILLONES DE PESOS (15.000.000) mensuales. Sin embargo, el gerente de la sociedad de Cúcuta, no fue directamente a hacer dicho negocio, sino que envió a un representante, al cual el propietario del local en Bogotá le mostró un estudio en donde se demostraba que las ganancias del lugar eran alrededor de TREINTA MILLONES DE PESOS (30.000.000) mensuales, sin contar el ingreso que se percibía del gas (Todo lo anterior, quedando demostrado por diferentes medios de comunicación que se emplearon en toda la etapa precontractual).

Al transcurrir 10 meses de la ejecución del contrato la sociedad con domicilio en Cúcuta empezó a identificar que desde el inicio del contrato el ingreso mensual no superaba los SIETE MILLONES DE PESOS (7.000.000), por lo que antes estaba teniendo que girar dineros para poder completar tanto el canon pactado por el local de forma mensual, así como el pago de nómina de empleados, mantenimiento en general del local, entre otros conceptos.

Pregunta: ¿Es posible solucionar este problema de forma sencilla a partir de la aplicación del derecho comercial teniendo en cuenta que la buena fe es un principio vertebral en este derecho?

En el Código de Comercio, la única norma que se refiere a las diferencias frente al canon es la que anteriormente se citó, pero que cabe resaltar para encontrar los vacíos que dicha norma presenta para el caso anterior, uno de los cuáles es limitar dicha opción al momento de la renovación del contrato y no tener en cuenta el daño que puede ser sufrido por alguno de los contratados, incluso desde la fase preparatoria del negocio jurídico:

Según el artículo 519 del Código de Comercio (Congreso, 1971): DIFERENCIAS EN LA RENOVACIÓN DEL CONTRATO. Las diferencias que ocurran entre las partes en el momento de la renovación del contrato de arrendamiento se decidirán por el procedimiento verbal, con intervención de peritos. Al parecer esta norma solucionaría todos los casos en donde se tenga por parte de alguno de los contratados alguna inconformidad frente al canon inicialmente pactado, pero no es cierto en todos los casos.

Es decir, que el Código tiene en cuenta las diferencias que ocurran entre las partes en el momento de la renovación, ¿Pero ¿qué sucede si el desequilibrio contractual se puede demostrar en relación con la mala fe de uno de los contratantes y se está en la fase de ejecución del contrato? ¿Debe el contratante engañado esperar hasta el momento de la renovación del contrato de arrendamiento comercial para que se discuta con intervención de peritos sobre la regulación del canon para el caso anterior?

La respuesta no podría ser otra diferente a que el derecho colombiano debe ofrecer una respuesta para mitigar el daño y que no sería justo obligar a un contratante como el del caso anterior a esperar por varios años, jugando incluso con toda su estabilidad patrimonial por una interpretación taxativa y exegética de las normas y más cuando en el derecho comercial se estipuló expresamente que la buena fe era de vital importancia en la fase preparatoria del contrato.

#### **4.5. El equilibrio contractual y la aplicación de la nulidad Relativa en relación con el contrato de arrendamiento comercial en Colombia**

Para algunos abogados y jueces lo que se podría alegar en el caso de un contratante que ha sido engañado en la fase preparatoria del negocio jurídico, no es la responsabilidad civil precontractual sino lo que se conoce como una consecuencia del cumplimiento de los requisitos de validez de cualquier contrato los cuales son: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitas.

Por ejemplo, para el caso que sirve de sustento en la explicación para algunos se calificaría como un vicio del consentimiento, por lo que se conoce podría ser el error, pero esto en la actualidad sería prácticamente devolverse a las raíces del reconocimiento de lo que es la responsabilidad civil precontractual en donde no puede ser el contratante que ha sufrido un daño obligado a elegir la vía en donde el contrato es declarado nulo simplemente, porque podría solo querer un ajuste equilibrado y una indemnización frente al daño que ha sufrido en nexos causales con las actuaciones del contratante que ha actuado dejando de lado el principio de buena fe en la etapa precontractual o preparatoria del negocio jurídico.

Como lo explica Fernando Hinestrosa (Fernando, 2015 ), la responsabilidad precontractual tuvo su comienzo en la consideración de que, producida la nulidad del contrato, aquella que una de las partes que sabiendo al momento de la celebración la causal o vicio que lo afectaba, no informó de ello a la otra parte. Lo que evidencia que el camino cuando aparece uno de los presupuestos de la responsabilidad, que es precisamente el daño, no puede ser este camino, cuando uno de los contratantes, el que si actuó dentro del marco de la buena fe, deba tener como único camino la terminación del mismo.

Para otros, la nulidad es el camino cuando el contrato si bien pudo tener una etapa precontractual en la que se faltara a los deberes que se establecen, se celebró y se tiene superada dicha etapa. Es decir, reducen dicha responsabilidad a las situaciones en las que el contrato no llega a celebrarse, lo que tampoco se comparte, pues la celebración de un negocio jurídico en fundamento a la vulneración al principio de buena fe, no puede tenerse como pretexto para tener como consumada la oportunidad que se tiene para alegar este tipo de responsabilidad.

Como lo explica Fernando Hinestrosa (Fernando, 2015), No obstante, la validez del contrato, la deslealtad nociva en la fase anterior a su celebración puede vincular la responsabilidad del infractor. De esta suerte cuando se alcanza a configurar el vicio, o la víctima prefiere la subsistencia de la operación, queda abierta la vía para demandar la sola indemnización de daños.

#### **4.6. Responsabilidad civil precontractual en relación con el equilibrio contractual en el contrato de arrendamiento comercial**

En principio, en el derecho civil se puede hablar de diferentes reglas que tendrán importancia a la hora de demostrar hechos dentro de un proceso, por ejemplo, la premisa conocida de que “quien alega un hecho, debe demostrarlo”, o que en caso de que exista mayor facilidad de demostrar un hecho por otra parte diferente a quien lo afirme se podrá “invertir la carga de la prueba”. Sin embargo, cuando se habla de este tipo de responsabilidad, al igual que otras de sus modalidades el panorama no ha sido pacífico ni doctrinal, ni jurisprudencialmente:

Según estudio presentado por el profesor Fernando Hinestrosa estudiando a Gallo:

“La doctrina es concorde, y así también la jurisprudencia, en que para los fines de la responsabilidad es menester por lo menos la prueba de la culpa. La jurisprudencia precisa, además, que no se exige la mala fe en sentido subjetivo, sino que es suficiente la violación de las reglas precontractuales de corrección fundadas en la buena fe en sentido objetivo. Sentencias recientes han establecido que tampoco es necesario probar de manera específica la culpa: suministrada la prueba de la violación de una regla de corrección fundada en la buena fe en sentido objetivo, resulta así integrada la prueba de la culpa: en los casos de este género la culpa va implícita en el hecho mismo de la lesión, lo que en buen romance viene a privar de significado el requisito de la culpa”.  
(Hinestrosa F., 2015)

¿Pero cuál es la diferencia entre buena fe en sentido subjetivo y buena fe en sentido objetivo?

Es importante tener en cuenta esta distinción, por cuanto cada vez es más común que los estudiantes y profesores de diferentes facultades y especialidades se refieran a la misma pero sin

dejar por sentado cual es la que se entiende para el caso de la responsabilidad precontractual o contractual es de vital importancia, por lo que es pertinente citar a la profesora, Martha Neme Villareal (Villareal , 2009), la cual explica brevemente que un parangón entre los conceptos de buena fe subjetiva y objetiva se plantea claramente cuando se señala que la buena fe objetiva no supone la creencia o ignorancia que justifica un error –buena fe en sentido subjetivo-, sino la aprobación de una conducta o proceder, según el parecer unánime de personas razonables y honradas con base en los usos sociales imperantes en una determinada circunstancia.

En otras palabras, más comunes, no es buena fe objetiva que una persona piense simplemente que actuó de forma correcta, cuando cualquier persona en su misma situación sabría que no estaría haciéndolo, sino será este tipo de comportamiento el que se realiza cuando todas las personas en esa misma situación hubieren realizado esa misma conducta. Lo que es de gran importancia al momento probar los hechos que pueden ser de relevancia para que se declare por parte de un juez que existe responsabilidad precontractual, lo que no invita al demandante a que ausculte sobre el interior totalmente subjetivo del otro contratante, sino que simplemente demuestre los hechos dentro de los parámetros de la buena fe objetiva que como se explicó anteriormente es la que se tendrá en cuenta para estos casos.

Sin embargo, la posición de la Corte Suprema de Justicia, en estos casos aun no llegado al campo total de lo que en responsabilidad penal se conoce como riesgo creado y la concreción del mismo en el resultado, lo que acercaría un poco más a Colombia hacia lo que se concibe es la responsabilidad de tipo objetivo, siendo la culpa aun un presupuesto de la misma en materia civil, pero con los matices explicados.

#### **4.7. Equilibrio contractual en el contrato de arrendamiento de local comercial, Teoría de la Imprevisión**

Para algunos, el equilibrio contractual propio del negocio jurídico que es objeto de estudio en este ensayo puede ser solucionado a partir de lo que se conoce como teoría de la imprevisión y no por medio de buscar la declaración de responsabilidad en una fase precontractual, lo cual no es lo recomendado, porque son dos figuras sustancialmente diferentes con supuestos muy específicos.

De un lado, se encuentra la teoría de la imprevisión, en donde, como su mismo nombre lo indica lo que ocurre es un hecho que no estaba previsto por los contratantes, el cual, va a variar las condiciones que equilibran el contrato y de otro la responsabilidad civil precontractual que tiene directa relación con la buena fe objetiva que deben tener en cuenta los contratantes en la fase preparatoria del negocio jurídico.

Como se puede identificar, en el caso de la teoría de la imprevisión no existe o no debería existir ni lo que se conoce como culpa ni mala fe de ningún contratante, porque lo que puede

ocurrir son casos como los que tuvieron lugar en Cúcuta, con el sorpresivo cierre de frontera, en donde dos personas proyectaron un negocio que tenía directa relación con dicha situación, pero en manos de ninguno estaba que ocurriera.

Como lo explica Fernando Hinestrosa (Fernando, 2015), esta teoría se fundamenta en el cambio de los efectos contractuales por motivo del advenimiento de circunstancias no previstas ni previsibles y por regla general opera en los negocios de tracto sucesivo y en aquellos que, siendo de cumplimiento instantáneo, previenen pago para época posterior.

## 5. CONCLUSIONES

La autonomía contractual no es tan absoluta tiene límites, recientemente se han formulado dudas acerca del mérito mismo de la autonomía privada y se privilegia la injerencia del Estado por todo concepto en la actividad particular, cada día más reglamentada y subordinada, habiendo llegado algunos doctrinantes a postular que "el elemento constante en la teoría de los actos y de la actividad de los particulares es la iniciativa y no la autonomía, puesto que en concreto puede faltar la autorregulación, la interferencia del Estado en el derecho privado cada vez es más fuerte.

El equilibrio contractual ha sido un principio de estudio en los contratos de seguro y en los contratos con los consumidores, la afectación del dicho principio en el contrato de arrendamiento comercial evidencia un vacío que la legislación comercial en Colombia no puede dar solución en aquellos casos donde el contrato se encuentra en fase de ejecución, de una interpretación sistemática que se realiza en esta investigación se proponen ciertos escenarios como el de nulidad relativa, mantener el negocio jurídico, reajuste en equidad del contrato, teoría de la imprevisión o la responsabilidad precontractual, como formas existentes en el mundo jurídico para dar solución al problema planteado.

Debido a su condición política, social y económica, Colombia es un país en donde las condiciones en que se desarrolla el tráfico jurídico-mercantil pueden cambiar con facilidad, tasas de interés, variaciones de precios, alteraciones en las tasas de cambio, escasez de ciertos productos o servicios en determinadas zonas del territorio, aumento de tributos y aranceles, situaciones que afectan la ejecución de un contrato mercantil, es por ello que ante estas circunstancias los ordenamientos jurídicos ofrecen la herramienta de la Teoría de la imprevisión, sin embargo al momento de aplicarse será el juez el que analice según las circunstancias particulares del caso, lo que corresponde ajustar o, mejor, adaptar, para restablecer el equilibrio contractual perdido.

En el derecho colombiano los actos preliminares hacen parte del iter negocius, de ellos se ha derivado en el desarrollo de la jurisprudencia y la doctrina unas obligaciones que deben tener en cuenta los contratantes, estos actos preliminares con el fin de conocer las condiciones objetivas y subjetivas que rodearían la eventual celebración de un contrato, al igual que servir para la interpretación del contrato que eventualmente llegare a celebrarse, No obstante gozar de la característica de no ser obligatorios, de los tratos preliminares se deriva la obligación de actuar de buena fe, la cual en sentido objetivo obliga a un actuar correcto y leal, de lo cual a su turno se han derivado una serie de deberes secundarios de conducta, los cuales han sido recogidos, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y en los últimos tiempos han tenido desarrollos legales, del incumplimiento de dichos actos preliminares y del daño que se pueda generar por falta a la buena fe se derivará los presupuestos para la formulación de la Responsabilidad precontractual.



El estudio de la buena fe en el ordenamiento jurídico colombiano es de vital importancia para entender la responsabilidad precontractual, como fuente generadora del daño en aquellos casos donde se vulnere la lealtad comercial en los actos preliminares del contrato, en otros sistemas jurídicos como el derecho anglosajón, la violación a la buena fe en los actos preliminares a la formación del contrato no genera daños, por lo que la aplicación de la Responsabilidad precontractual no existe en el derecho anglosajón.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ambito juridico. (03 de mayo de 2017). Establecimiento de comercio y local comercial son dos figuras distintas. *Ambito Juridico*. disponible en:  
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/mercantil/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/establecimiento-de-comercio-y-local>
- Atilio, A. A. (2011). Teoría de la imprevisión y cláusula de hardship. *Disponible en:*  
[www.alterini.org/tonline/to\\_aaa10.htm](http://www.alterini.org/tonline/to_aaa10.htm).
- Barbosa Verano, J., & Neyva Morales, A. I. (1992). *La teoría de la imprevisión en el derecho civil Colombiano*. Bogotá D.C., Colombia, editorial: jurídica radar, .
- Betti, E. (1969.). Teoría general de las obligaciones. editorial: *Revista de Derecho Privado*, 102. pág. 439-443
- Bianca, C. M. (2000). *Diritto Civile. 3, Il contratto*. Milano, Italia, editorial: Giuffré editore.
- Bianca, C. M. (2007). *Derecho civil, 3, El contrato*. Bogota, Colombia, editorial: Universidad Externado de Colombia .
- Bonnetcase, J. (1997). *Tratado elemental de derecho civil*. México: Oxford University Press Harla Mexico, Editorial Harla.
- Branca, G. (1978). *Instituciones de derecho privado, trad. Pablo Macedo*. México D.F. editorial: Porrúa.
- Canal-Silva, M. (2016.). La Aplicación Del Principio Del Equilibrio Económico A Contratos Estatales Sometidos Al Régimen Normativo Del Derecho Privado. *Revista Digital De Derecho Administrativo, N.º 15, Primer Semestre*, 143-161.
- Cárdenas Mejía, J. P. (2007). "*La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo*", en *Los contratos en el derecho privado*. Bogota, Colombia, editorial : Legis.
- Cárdenas Mejía, J. P. (2007). "*Justicia y abuso contractual*", en *Los contratos en el derecho privado*. Bogotá, Colombia, editorial: Legis.
- Chamie, J. F. (2008). Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato. *Revista de Derecho Privado (14)*, 113-138. disponible:  
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/552>
- Coaguila, s., & Mosset Iturraspe, J. (2009). *El contrato en una economía de mercado*. Bogotá, Colombia : Colección internacional n.º 5, editorial: Pontificia Universidad Javeriana.
- Concelular S.A. vs. Comunicación Celular S.A.(01 de diciembre de 2006), Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Comcel S.A., laudo arbitral en derecho
- Sentencia 15.119 (18 de septiembre de 2003). consejo de estado, sala de lo contencioso administrativa, seccion tercera, subseccion, C. C.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, Bogotá D.C., Colombia, Radicado numero: 70001-23-31-000-1996-05631-01(15119) .
- De La Maza Rivadeneira, L. ( 1940). "De la teoría de la imprevisión. *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias SocialesGaceta Judicial, tomo XLVII, Bogotá D.C., Colombia* .
- Franco Zárate, J. A. (2012). La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil: una aproximación desde la perspectiva de la jurisdicción civil en Colombia. *Revista de Derecho Privado N 23*, 245-277. disponible en:  
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3309>

- Georges Ripert, M. P. (1936, ). *Tratado práctico de derecho civil francés, VI, Las obligaciones, Primera parte*. La Habana, editorial: Ediciones Cultural.
- González de Alaiza, C., José, J., & Vílchez., P. (2009.). *Los contratos de adhesión y la contratación electrónica en Tratado de contratos, t. III, dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano*. Valencia, España, editorial: Tirant lo Blanch.
- Gutiérrez de Larrauri, N. (2010). La alteración fundamental del equilibrio contractual: base conceptual de la figura del hardship en los Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales. *Revista de Derecho Privado, (44)*, 1-30, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033193004.pdf>
- Hinestrosa, F. “. (1986). Función, límites y cargas de la autonomía privada. *Estudios de derecho privado, 23*, disponible en:<http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n26/n26a01.pdf>
- Hinestrosa, F. (2000). De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*.
- Hinestrosa, F., & Cortés, E. (2007). *El contrato, trad.* Bogotá D.C., Colombia, editorial: Universidad Externado de Colombia,.
- Klang, M. (1983). Teoría Da Imprevisão. *Revista Jurídica, Vol. XVII/167*.
- Larroumet, (. (2003). *Droit Civil, t. III Les obligations, Le contrat*. Paris, editorial: Economica, n° 116.
- Larroumet, C. (1999). *teoría general de contrato*. Bogotá, Colombia, editorial: Temis.
- Linares J. (2009). *Introducción al estudio de los contratos*. Bogotá, Colombia, editorial : Librería ediciones del profesional Ltda.
- Louis Josserand. s. (1999). *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá, Colombia, editorial: Temis.
- Lozada S. (2015). *Un estudio comparativo sobre las similitudes y diferencias entre los contratos civiles y contratos mercantiles*. Bogotá, Colombia, editorial: Universidad Católica de Colombia.
- Márcio, K. (1983). “A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos”. *Revista dos Tribunais, .*
- Mosset, J. (1994). *Interpretación económica de los contratos*. Buenos Aires, Argentina, editorial: Rubinzal-CulzonI.
- Narváez J. (2008). *Introducción al derecho mercantil*. Bogotá D.C., Colombia, editorial: Legis.
- Ordoqui Castilla, G. (2010). *Buena fe contractual, .* Bogota D.C., Colombia, editorial : Grupo Editorial Ibáñez,.
- Oviedo Albán, J. (2008). *tratos preliminares y responsabilidad precontractual. Vniversitas. Bogotá (Colombia) N° 115*, 83-116, dispnible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/5794/7627>
- P. Perlingieri, . C. (1975). *Profili istituzionali del diritto civile*. Camerino, Italia: editore giovane.
- PEDAMON, M. (2004, ). *Le contrat en Droit allemand*. Paris: LGDJ, n° 23. Editorial: Mazeaud Levy, Castaldo.
- Peña L. (2006). *De los contratos mercantiles; Nacionales e internacionales*. Bogotá, Colombia. editorial: Ecoe ed.
- Polo, E. (1990). *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*. Madrid, editorial: Civitas.
- Redondo, J. I. (1993). *Derecho romano. Historia e instituciones*. Barcelona: Ariel derecho.
- Rengifo García, E. (2009.). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Bogotá, Colombia, editorial: Universidad Externado de Colombia.

- Rezzónico, J. C. (1987). *Contratos con cláusulas predispuestas, condiciones negocíales generales*. Buenos Aires, editorial: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Rodríguez Young, C. A. (2013.). *Una aproximación a las cláusulas abusivas*. Bogotá, Colombia, editorial: Legis y Universidad del Rosario.
- Roppo, V. E. (2005). El contrato de dos mil. *la Revista de Derecho Privado n.º I, Universidad Externado de Colombia*. editorial: Colección: Ensayos De La Revista De Derecho Privado
- Sanabria Gaitan, I. L. (2017.). El “Equilibrio Económico” Del Contrato Estatal Como Derecho No Como Principio. ,Bogotá, Colombia, Editorial: *Universidad Del Rosario* , Pág. 1-132.
- Sentencia C 892 (22 de agosto de 2001), Corte Constitucional, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL, Bogotá, Colombia, expediente D-3404, obtenido de:  
<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-892-01.htm>
- Sentencia C-1547 (21 de noviembre de 2000), Corte Constitucional, M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER, Bogotá D.C., Colombia, expediente D-3007, disponible en:  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1547-00.htm> .
- Sentencia T-338 (24 de agosto de 1993), Corte Constitucional, sala septima de revision, M.P. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. , Bogotá, Colombia, EXPEDIENTE T-12.031, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-338-93.htm>.
- SILVA GARCÍA, F. (2007). Una Aproximación A La Visión De La Corrección Del Desequilibrio Contractual Desde La Perspectiva De La Jurisprudencia Arbitral. *REVIST@e-Mercatoria Volumen 6, Número 2* , Pág. 1-64.
- Sentencia de casacion 4962 (21 de marzo de 1998), corte suprema de justicia, M.P. Rafael Romero Sierra, sociedad Circuito Presidente Limitada contra la Compañía de Fomento Cinematográfico-Focine., expediente n° 4962.
- Stiglitz, R. S. (2012). El Desequilibrio Contractual. Una Vision Comparatista. *RIS, Bogotá (Colombia)*, 37(21): , Pág. 13-21.
- Vallespinos, C. G. (1984.). *El contrato por adhesión a condiciones generales*. Buenos Aires, Argentina, Editorial: Universidad.