

Adriana Polidura Castillo¹

Sumario

Introducción – I. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO: CONCEPTO, CAUSAS DE SU RUPTURA Y REMEDIOS - 1. Concepto y contratos a los que se refiere esta noción. - 2. Ruptura del equilibrio económico: causas, momentos en los que puede presentarse y remedios.- II. LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE Y LA TEORIA DE LA IMPREVISIÓN - 1. Fundamentos de la teoría de la imprevisión. - 2. La teoría de la imprevisión en el ordenamiento jurídico colombiano.- 3. Presupuestos de la excesiva onerosidad sobreviniente. - 3.1 Contrato existente y válido, de carácter conmutativo y de ejecución sucesiva, periódica o diferida.- 3.2. Circunstancias anormales o extraordinarias, imprevistas e imprevisibles.- 3.3. Circunstancias posteriores a la celebración del contrato. 3.4. Prestación pendiente de cumplimiento.- 3.5. Excesiva onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones o alteración fundamental en el equilibrio prestacional.- 3.6 Circunstancias ajenas a las partes y riesgo no asumido en el contrato. - 4. Efectos de la excesiva onerosidad sobreviniente. - 4.1. Deberes de conducta en situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente y renegociación del contrato entre las partes. - 4.2 Revisión judicial del contrato y terminación. – III. LA CORRECCIÓN DE SITUACIONES ATÍPICAS DE DESEQUILIBRIO O EXCESIVA ONEROSIDAD.- 1. La función económica y social del contrato, la autonomía de la voluntad y la buena fe en el derecho privado moderno. – 2 La corrección de situaciones “atípicas” de desequilibrio económico sobreviniente. - 2.1 Presupuestos necesarios. - 2.2. Casos particulares. – 2.2.1 El desequilibrio acaecido entre el momento de la presentación de la oferta y la celebración del contrato. - 2.2.2. La onerosidad sobreviniente en contratos ejecutados o concluidos. - 2.2.3. El desequilibrio originado en circunstancias anteriores a la celebración del contrato pero conocidas con posterioridad a su celebración.- 2.2.4 La situación de los contratos unilaterales, gratuitos y aleatorios. - CONCLUSIONES - Bibliografía

Resumen

De conformidad con el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, estos

¹ Abogada del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes, Especialista en Responsabilidad Civil y del Estado de la Universidad de la Sabana. Profesora de Responsabilidad Civil y del Estado de la Facultad de Derecho de la Universidad El Bosque (Bogotá, Colombia). En la actualidad se desempeña como consultora y litigante. Es miembro de la lista de secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Correo electrónico: adrianapolidura@hotmail.com

deben ser cumplidos por las partes al tenor de lo estipulado, incluso si durante su ejecución el cumplimiento de las prestaciones resulta más gravoso o difícil. Sin embargo, cuando con posterioridad a la celebración del contrato se presentan alteraciones excesivas en el equilibrio prestacional, surge la pregunta de si la mayor onerosidad debe ser asumida por la parte afectada, en aplicación de los principios de certeza e intangibilidad de las relaciones contractuales o si, por el contrario, el contrato debe ser revisado con el fin de corregir o reajustar el desequilibrio. El escrito desarrolla en qué casos hay lugar al restablecimiento del equilibrio contractual por excesiva onerosidad sobreviniente y cuáles son los instrumentos consagrados en el derecho privado colombiano para dicho efecto.

Palabras clave: Equilibrio contractual, teoría de la imprevisión, excesiva onerosidad de las prestaciones, revisión del contrato.

Abstract:

In accordance with the principle of the binding force of contracts, these must be fulfilled by the parties according to what is established, even if during their implementation complying with the obligations is more burdensome or difficult. However, when after the execution of the contract there are excessive alterations in the balance of obligations, the question arises of whether the greater burden must be assumed by the affected Party, in application of the principles of certainty and intangibility of the contractual relations or whether, on the contrary, the contract must be revised in order to correct or adjust the imbalance. The document develops in which cases the contractual balance can be reestablished due to an excessive supervening burden and what instruments enshrined in Colombian private law are available for that purpose.

Keywords: Contractual equilibrium, hardship, excessively onerous contractual duties, contract readjustment.

INTRODUCCIÓN

La preservación del equilibrio prestacional durante la ejecución del contrato es un tema que ha tenido escaso desarrollo en el derecho privado en Colombia, a diferencia del amplio reconocimiento y aplicación que en la jurisprudencia contencioso administrativa ha presentado el restablecimiento de la ecuación económica del contrato estatal, previsto como un principio de orden público y una obligación a cargo del Estado en todos aquellos casos en que el equilibrio económico del contrato resulta alterado por razones que no le sean imputables al contratista².

En efecto, en el derecho privado el restablecimiento de la simetría prestacional frente a situaciones extraordinarias, sobrevinientes e imprevistas que la alteran, ha sido recibido con mucho recelo por la doctrina tradicional, y la interpretación que la jurisprudencia ordinaria y arbitral colombiana han realizado sobre los requisitos para la aplicación de la teoría de la imprevisión al amparo del artículo 868 del Código de Comercio y sus efectos, cierra casi completamente cualquier posibilidad a una aplicación amplia, que cubra los distintos supuestos que se presentan en la práctica³.

La anterior situación contrasta con el reconocimiento cada vez mayor que la doctrina contemporánea otorga a la equidad y a la buena fe, presentes en todas las

² El equilibrio de la ecuación económica del contrato en la contratación estatal, se encuentra consagrado, entre otros, en los artículos 4 numerales 3º, 8º y 9º, 5 numeral 1º, 14 numeral 1º, 25, numeral 14, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993.

³Esta situación ha sido resaltada por varios doctrinantes. Por ejemplo, Fernando Silva García señala: *“Bien puede sostenerse que en derecho privado colombiano sigue siendo nula la aplicación práctica de las figuras ideadas por la teoría jurídica para la corrección del desequilibrio económico sobreviviente en la contratación, toda vez que en la esfera arbitral, al igual que en las pocas sentencias de la jurisdicción civil que se pueden ubicar en esta materia, no se identifica ninguna en la que se haya dispuesto reconocer un ajuste a las prestaciones derivado de la aplicación de una de tales figuras.”* (Silva García, F., 2007, p.49).

En similar sentido, Juan Caro Nieto, tras afirmar que en las sentencias de la Corte dictadas con anterioridad a la expedición del código de Comercio, si bien se hizo alusión a la figura de la imprevisión, la misma en la práctica no fue aplicada, añade: *“Ya adoptada la imprevisión como norma positiva en el Código de Comercio de 1971, tampoco se conoce un caso en el que la Corte Suprema de Justicia haya confirmado que un contrato entre particulares deba revisarse a la luz de los lineamientos consagrados en el artículo 868 de dicho código. La teoría de la imprevisión se ha quedado en eso: en una teoría. Una teoría que en sentencias y laudos se plantea pero no se aplica”.* (Caro Nieto, J., 2009, p. 239).

instituciones jurídicas, como principios estructurales del derecho privado, y con la preocupación creciente por la tutela del equilibrio contractual, tanto en la etapa de negociación y celebración del contrato, como durante su ejecución. La noción individualista del contrato y el escaso desarrollo de las codificaciones clásicas por la justicia contractual, inspiradas en las concepciones decimonónicas fundadas en el culto a la voluntad, han quedado atrás. En su lugar, la justicia conmutativa del contrato es en la actualidad una preocupación constante en la doctrina nacional y foránea, y el restablecimiento de la equivalencia prestacional perdida o alterada comienza a dejar de ser tema exclusivo de la contratación pública. Incluso, la doctrina moderna ha empezado a considerar el *“equilibrio del contrato como elemento de un orden público contractual”* (Cárdenas Mejía, J.P, 2009, p. 229) y en general se observa una tendencia del derecho privado moderno hacia la protección de la denominada “justicia contractual”.

Frente a lo anterior y partiendo de recordar que *“los conceptos jurídicos todos -y a esa constante no podría escapar el de autonomía negocial- están sometidos a la relatividad histórica, lo que hace que su significado y su actuación varíen al compás de la mentalidad y las prácticas de los tiempos sucesivos, especialmente por lo que respecta a los dictados políticos de la sociedad”* (Hinestrosa, F, 2014, p.45), es oportuno llevar a cabo una profundización sobre la problemática del desequilibrio contractual sobreviniente en el contexto del derecho privado moderno, marcado como está por una clara tendencia hacia la prevención y corrección de situaciones de inequidad e injusticia contractual.

En este orden de ideas, el presente escrito tiene por objeto analizar la situación, en el derecho privado colombiano, del restablecimiento o reajuste del equilibrio económico de los contratos, en aquellos casos en los que la simetría prestacional del negocio jurídico resulta sustancialmente alterada por circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles y ajenas a los riesgos asumidos por las partes en el contrato. Se pretende mostrar cómo debe darse mayor cabida a la posibilidad de corregir la excesiva onerosidad sobreviniente, en unos casos a través

de una interpretación menos literal de la que ha sido expuesta tradicionalmente en nuestro país sobre algunos de los requisitos establecidos en el artículo 868 del Código de Comercio para la procedencia de la figura de la imprevisión, y en otros mediante la aplicación de mecanismos jurídicos distintos de la teoría de la imprevisión, con base en los cuales, dados determinados presupuestos, sería posible restablecer el equilibrio económico del contrato por fuera de los estrechos límites del artículo 868 del Código de Comercio.

El desarrollo del problema planteado, que se ubica en la tensión que se presenta entre el principio "*pacta sunt servanda*"⁴ y la denominada "*cláusula rebus sic stantibus*"⁵, supone despejar distintos interrogantes, a cuyo análisis se orienta este trabajo. En especial, se deberá responder cuál es la función y el alcance de la buena fe frente a las situaciones de desequilibrio contractual originadas en hechos posteriores a la celebración del contrato y ajenos a las partes, así como cuáles son los instrumentos consagrados en el derecho privado para corregir las alteraciones significativas en la proporcionalidad de las prestaciones, y cuál es la interpretación que en el contexto del derecho privado moderno y de acuerdo con la buena fe debe darse a los requisitos establecidos en el artículo 868 del Código de Comercio.

Para desarrollar la temática planteada se comenzará revisando la noción de equilibrio económico o financiero, con especial énfasis en los contratos respecto de los cuales se predica este concepto. A continuación, se estudiará la figura de la

⁴ El principio *pacta sunt servanda*, como es bien sabido, hace referencia a la "*firmeza y solidez del vínculo*" contractual. En el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra contenido en el artículo 1602 del Código Civil, de acuerdo con el cual todo contrato acordado entre las partes tiene fuerza de ley para quienes lo celebran, de tal suerte que las obligaciones que de él emanan no pueden ser desconocidas ni modificadas por uno solo de los contratantes. Su observancia, por tanto, es piedra angular de la seguridad jurídica. (Hinestrosa, F. (2001).

⁵ De acuerdo con la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, traducida como "*estando así, conservar la situación las cosas*", las estipulaciones contractuales son acordadas por las partes sobre la base de las circunstancias presentes al momento en el que son convenidas. Esta doctrina "*postula la implícita inclusión en su contenido de una condición necesaria, esencial, fundamental e imprescindible para el cumplimiento, atañedora a la permanencia constante del marco de circunstancias fácticas o jurídicas, o estado de cosas primario, a cuya invariabilidad sujeta su obligatoriedad, y aún cuando, hay distintas posturas acerca de su exacto origen, suele atribuirse a la escuela del derecho medieval inspirada en las fuentes romanas*" (C.S.J., cas. civ, sentencia del 21 de febrero de 2012).

onerosidad sobreviniente o teoría de la imprevisión, para lo cual haremos referencia a las distintas teorías jurídicas que han sido formuladas sobre su fundamentación, los presupuestos para su aplicación y sus efectos. En este punto nos detendremos en los deberes emanados de la buena fe con ocasión de situaciones de desequilibrio sobreviniente, para mostrar cómo la buena fe impone a las partes el deber de renegociar las condiciones contractuales cuando se presentan situaciones de desbalance ostensible, en procura de lograr el cumplimiento equitativo de las prestaciones. Se trata aquí, como algunos doctrinantes han comenzado a anunciar, del reconocimiento de la existencia de un *“verdadero y propio `deber de revisión`, un deber fundado en la buena fe y la equidad correctiva, en la equidad de la cooperación que llama a las partes a procurar el remedio para las anomalías sobrevinidas, conservar el contrato y alcanzar las expectativas recíprocas”*. (Chamie, J.F, 2015, p. 13)

Como cierre, presentaremos nuestras conclusiones sobre la corrección del desequilibrio económico sobreviniente en el derecho privado colombiano, en especial frente a situaciones de excesiva onerosidad que no encajan en estricto rigor en los presupuestos del artículo 868 del Código de Comercio y que, no obstante, a nuestro juicio deberían ser objeto de restablecimiento o reajuste en virtud de la buena fe, la equidad y la justicia contractual. Aquí nos referiremos puntualmente a algunos casos de excesiva onerosidad sobreviniente que hemos denominado “atípicos” y frente a los cuales exponemos nuestra postura.

I. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO: CONCEPTO, CAUSAS DE SU RUPTURA Y REMEDIOS

1.1 Concepto y contratos a los que se refiere esta noción.

El punto de partida para el estudio del desequilibrio contractual sobreviniente lo constituye, lógicamente, la noción de equilibrio económico o financiero del contrato. Al respecto, la doctrina en forma mayoritaria señala que se trata de un concepto

predicable de los contratos onerosos, es decir de aquellos que tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes, y, dentro de estos, de los denominados conmutativos, en los cuales y según la definición del artículo 1498 del Código Civil, “*cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez*”, por oposición a los contratos aleatorios en donde la utilidad o beneficio “*consiste en una contingencia de ganancia o pérdida*”, es decir que esas consecuencias del contrato dependen del azar⁶.

A partir de lo anterior y como resultado de descartar la existencia del mencionado equilibrio en los contratos gratuitos y en los aleatorios, tradicionalmente se define la equivalencia financiera del contrato como el equilibrio, balance o simetría que existe en los contratos onerosos conmutativos, en los que la prestación que tiene a su cargo cada parte en el contrato es correlativa y se “*mira como equivalente*” a la que a su turno asume la otra, de tal forma que las obligaciones resultan equilibradas⁷.

De igual forma, precisa la doctrina que la equivalencia o equilibrio financiero, no es absoluto ni puede entenderse en términos exactos y matemáticos, sino que, según se desprende del artículo 1498 del Código Civil, es un concepto relativo en el que de lo que se trata es que exista “*un cierto equilibrio en la economía del contrato*” (Ospina Fernández, G y Ospina Acosta, E., 2005, p. 63) atendiendo las circunstancias particulares del caso concreto y la apreciación subjetiva de las

⁶ El artículo 1497 del Código Civil colombiano distingue entre los contratos gratuitos y onerosos, así: “*El contrato es gratuito o de beneficencia cuando solo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.*” El artículo 1498 del Código Civil Colombiano, por su parte, divide los contratos onerosos en conmutativos y aleatorios, así: “*El contrato oneroso es conmutativo, cuando una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente al o que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.*”

⁷ En palabras de Sergio Muñoz Laverde (2015), el equilibrio financiero contractual “*se traduce en la denominada onerosidad conmutativa, que consiste en que el peso financiero que cada una de las partes asume se contrarresta frente al de la otra, de manera que el intercambio prestacional resulte económicamente nivelado, o lo que es lo mismo y para usar la expresión legal, se mire como equivalente. Así, cada parte de la relación contractual alcanza su utilidad al lograr el fin práctico pretendido, por la obtención de lo que recibe, que se tiene como proporcionado a lo que da*” (p. 5).

partes⁸. En otras palabras, la equivalencia o equilibrio prestacional no se entiende ni se asimila a la existencia de una exactitud aritmética en el valor de las prestaciones, sino, como bien lo tiene dicho la doctrina, a una *“razonable equiparación en la estimación del valor patrimonial de las prestaciones a cargo de las partes, en atención a las particularidades de cada relación contractual y, por supuesto, a la voluntad e intención de aquellas. No se trata de un concepto puramente aritmético y objetivo sino de uno que, a más de reconocer lo subjetivo de cada relación jurídica, se afinque en lo que es sensato, dadas las circunstancias del caso.”* (Muñoz Laverde, S, 2006, p 6).

Ahora bien, frente a la noción expuesta, que como se ha señalado corresponde al concepto tradicional de equilibrio o equivalencia del contrato y como consecuencia de la cual en los contratos gratuitos y en los aleatorios *“no hay lugar a sostener equivalencia prestacional o equilibrio financiero alguno”* (Muñoz Laverde, S, 2006, p 5.), debe señalarse que en la práctica es ciertamente posible, como se ha venido

⁸ Al respecto, es frecuente encontrar en la doctrina y la jurisprudencia la diferenciación entre el equilibrio material u objetivo del contrato y el equilibrio formal o subjetivo, para resaltar que en el derecho privado se tiene en cuenta este último, pues de lo que se trata es que, según la apreciación interna de los contratantes, lo que una parte se obliga a dar o a hacer a favor de la otra “se mire” como equivalente a lo que la otra parte a su vez se compromete a dar o a hacer. En el Derecho Administrativo, por el contrario, la igualdad o equivalencia entre las prestaciones es objetiva, de manera tal que lo que el contratista recibe como remuneración corresponda en todo caso al justo precio del mercado. En este sentido, Rodrigo Escobar Gil (2003) sostiene: *“En el Derecho Privado, la equivalencia de las prestaciones recíprocas es eminentemente subjetiva o formal, lo esencial es que cada parte considere según su libre apreciación sico volitiva que la prestación a la que se compromete es igual o proporcional a la que recibe como contrapartida o retribución de la otra parte, sin que tenga relevancia los factores objetivos que determinan el valor del mercado. Un fiel exponente de esta posición es el profesor Emilio Betti, que señala: ‘Ahora bien, no se trata propiamente de equivalencia, que pueda tener ventajas y cargas correlativas; es decir, apreciación de conveniencia de la proporción entre la carga que se acepta y la ventaja, que asumiendo la carga, se puede conseguir.’ A contrario sensu, en el Derecho Administrativo las prestaciones recíprocas a cargo de las partes, deben guardar una equivalencia según un criterio objetivo de igualdad o simetría en el valor económico de las contraprestaciones, o un ideal de justicia conmutativa que impone que el valor que reciba el contratista por las obras, servicios o bienes que le proporciona a la Administración corresponda al iustum pretium del mercado. De esta suerte, el principio de reciprocidad de prestaciones juega como un límite al postulado de la autonomía de la voluntad, tal como se expone más adelante.”*, agregando más adelante:

“La reciprocidad de prestaciones, o la equivalencia objetiva, o la justicia conmutativa, o la proporción mesurada, como indistintamente suele denominarse este principio, es una idea consubstancial al contrato administrativo que corresponde a la categoría de los contratos bilaterales. Entre las reglas que señala Gaston Jéze para reconocer un contrato administrativo se encuentra la de la reciprocidad o interdependencia de prestaciones, propia de los negocios jurídicos sinalagmáticos: ‘2º El acuerdo de voluntades tiene por objeto la creación de una obligación jurídica de prestación de cosas materiales o servicios personales, mediante una remuneración (en dinero o remuneración de otro modo)’. Los contratos unilaterales y gratuitos son ajenos a las técnicas utilizadas por la Administración en virtud del principio de garantía del gasto público.” (p.448)

estableciendo en varias legislaciones extranjeras⁹, que se presenten situaciones de alteración sobrevenida en las prestaciones de contratos que no son conmutativos, lo cual nos lleva a considerar que, al menos para efectos del análisis de la excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación privada, si bien en los contratos aleatorios o en los gratuitos no habría, por definición, equilibrio contractual, ello no debería sustraerlos de la revisión de sus condiciones si con posterioridad a su celebración la prestación de una de las partes se vuelve excesivamente onerosa para ella. En estos casos, más que “restablecer el equilibrio contractual”, de lo que se trata es de eliminar la excesiva onerosidad sobrevenida por una alteración fundamental en la estructura económica del contrato.

En otras palabras, aunque no cabe duda alguna de que nuestro Código Civil se refiere a la equivalencia prestacional al definir el contrato conmutativo, si aceptamos que en contratos de naturaleza distinta pueden presentarse situaciones de alteración económica constitutivas de ventajas patrimoniales desproporcionadas e injustificadas, como sería el caso, por ejemplo, de la afectación a las condiciones económicas inicialmente previstas en la ejecución de un contrato aleatorio, originadas en la ocurrencia de circunstancias ajenas al riesgo inherente o propio del contrato¹⁰, debe concluirse que el concepto de “equilibrio económico” al que se alude al hablar de onerosidad sobrevenida en el cumplimiento de las prestaciones no debería estructurarse forzosamente, en supuestos como los que mencionamos, sobre la base de una comparación entre ventajas y sacrificios correlativos, sino que

⁹ Es el caso, por ejemplo, del Código Civil y de Comercio Argentino, el Código Civil Peruano y el Código Civil Italiano.

¹⁰ Refiriéndose a este tema de la excesiva onerosidad sobrevenida en los contratos aleatorios, Javier Bonivento Jiménez señala: *“En este sentido resulta claro que la compañía de seguros no podría exigir la revisión del contrato de seguro de vida por excesiva onerosidad sobrevenida, con el alegato de que el asegurado falleció cuando sólo se había pagado la primera prima mensual y el valor del siniestro a su cargo resultaría excesivamente superior a la prestación recibida a cambio, o el tomador, por su lado, arguyendo que pagó las primas completas durante la vigencia del seguro y que a cambio nunca recibió contraprestación alguna ante la no muerte del asegurado. En uno u otro evento se está ante un riesgo que es inherente o consustancial al tipo de contrato celebrado que excluye, por si mismo, su revisión por circunstancias añañederas al mismo. “No obstante, cabe señalar cierta tendencia en la doctrina foránea a prohijar la posibilidad de aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad provenga de algo ajeno al riesgo propio del contrato, por causas extrañas a este como, p. ej., una devaluación monetaria imprevista que debilite excesivamente el poder adquisitivo de una renta vitalicia, o cuando se efectuaron pagos de primas de seguros en un momento de inexistencia de inflación o habiéndola en un nivel determinado, y al tiempo del siniestro sobreviene una hiperinflación inesperada”.* (Bonivento Jiménez, J _____ p. 116)

podría entenderse en un sentido distinto, más bien referido, en nuestra opinión, a la valoración patrimonial de las prestaciones que asumen las partes y a la estructura de la operación económica, incluyendo el conjunto de derechos, prestaciones y riesgos que integran el contrato cualquiera que sea su naturaleza, así como a sus variaciones a lo largo del tiempo, como consecuencia de lo cual se podría analizar si el contrato conserva una estructura que se acompasa con estándares adecuados de “justicia contractual” o si, por el contrario, la alteración sobrevenida amerita su revisión.

En este sentido, cabe destacar que al explicar la ajenidad de los hechos sobrevenidos como requisito para la aplicación de la teoría de la imprevisión y la circunstancia de que la desproporción no puede ser el resultado de riesgos asumidos en el contrato, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 21 de febrero de 2012¹¹ se refirió al tema de la economía del contrato, y si bien no definió el concepto de equilibrio económico, expuso, en nuestra opinión, importantes planteamientos en torno al punto que se analiza. En efecto, la Corte hizo mención a la estructura económica del contrato, afirmando que debe ser proyectada por cada parte para establecer “razonablemente la equivalencia prestacional”¹², y sostuvo que la simetría prestacional no puede analizarse en relación con una prestación considerada en forma aislada y mediante la comparación entre su valor inicial y el posterior, sino más bien atendiendo al contrato en su conjunto y como un todo.

¹¹C.S.J, cas. civ., sentencia del 21 de febrero de 2012.

¹² En este sentido, sostuvo la Corte: “Por ello, la desproporción y sus causas han de ser por completo ajenas a la parte afectada, en tanto no sean imputables a su acción u omisión, conducta o hecho, ni las haya asumido legal o contractualmente. A tal efecto, el contrato de suyo es acto de previsión, sobre los contratantes gravitan cargas de previsión y sagacidad Cada parte contratante debe proyectar razonablemente la estructura económica del contrato, el valor de la prestación y la contraprestación, los costos, gastos, pérdidas, beneficios o utilidades y riesgos al instante de contratar, oportunidad en la cual establecen razonablemente la equivalencia prestacional, sin admitírsele alegar torpeza (*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*) o malicia en provecho propio, ni volver sobre su acto propio (*venire contra factum proprium*) o contrariar la confianza legítima (*Vertrauensschutz, legitimate expectations, legittimo affidamento, estoppel*) (rev.civ. sentencia 25 de junio de 2009, Exp. 2005-00251 01).” (C.S.J., cas. civ., sentencia del 21 de febrero de 2012)

En palabras de la Corte *“la simetría atañe no a una prestación singular, sino al contrato in complexu, en su unidad compacta, in toto e integral, desde su celebración hasta su terminación, y deviene de su visión retrospectiva y prospectiva. Estricto sensu, no se mide sobre la simple diferencia del valor inicial y posterior de una prestación. Por el contrario, concierne a todo el contrato y conecta a su estructura económica y riesgos. A no dudarlo, los riesgos y aleas componen la simetría de las prestaciones, e influyen en la determinación concreta del desequilibrio. Así, integran el equilibrio económico, las aleas normales, y los riesgos que por ley, uso, costumbre, equidad o estipulación pertenecen al contrato y deben soportarse por la parte respectiva, a quien no es dado invocar excesiva onerosidad. Contrario sensu, aleas anormales no asumidas, suelen tornar excesivamente onerosa la prestación”* (C.S.J. cas. civ., sentencia del 21 de febrero de 2012).

De lo que viene anotándose se desprende que, si bien el artículo 868 del Código de Comercio asocia el equilibrio económico a los contratos conmutativos y excluye expresamente la aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos aleatorios, la estructura económica de todo negocio jurídico, cualquiera sea su naturaleza, puede resultar significativamente alterada por hechos posteriores a su celebración y, por lo tanto, en cada caso particular a nuestro juicio deben analizarse las circunstancias que rodean el desequilibrio sobrevenido de que se trate, con el fin de determinar si, eventualmente, tratándose de una alteración excesiva, imprevista y ajena a las partes, habría lugar a corregir dicha situación, en lugar de descartar de plano y forzosamente cualquier posibilidad de corrección fundada exclusivamente en el tipo de contrato de que se trate.

Por supuesto que en estas situaciones, al no estarse en presencia de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida y, particularmente, de carácter conmutativo, como lo exige el artículo 886 del Código de Comercio, mal podría darse aplicación a esta norma. Sin embargo, ello no se traduce automáticamente en que la parte afectada deba quedar desprovista de cualquiera posibilidad de protección. Por el contrario, de acuerdo con las circunstancias de cada caso

concreto y por supuesto bajo ciertas particularidades a las que nos referiremos más adelante, deberá darse aplicación a otras disposiciones o instituciones de nuestro ordenamiento jurídico, mediante las cuales se restablezca la proporcionalidad de la operación económica, tal como se analizará lo largo del presente estudio.

Conviene añadir que a nivel del derecho comparado, son varias las legislaciones que en forma expresa contemplan la aplicación de la figura de la imprevisión en los contratos aleatorios, cuandoquiera que la prestación “*se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia*”¹³. De igual forma, también se ha admitido la ocurrencia de alteraciones sobrevenidas en la economía de los contratos unilaterales, situación que no sólo es reconocida por parte de la doctrina¹⁴, sino que es expresamente prevista en legislaciones como la peruana¹⁵ y la italiana¹⁶, en las que se contempla la posibilidad de revisión del contrato por excesiva onerosidad en contratos de esta naturaleza, todo lo cual muestra una clara tendencia en el derecho privado contemporáneo en el sentido de ampliar el alcance de la imprevisión para cobijar no sólo, como ha sido tradicional, a los contratos conmutativos.

De manera similar, también podría considerarse que el cumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato gratuito resulte en ciertas circunstancias excesivamente oneroso, en comparación con la magnitud de la carga o del valor económico que al momento de su celebración significaba para el contratante la obligación contraída. Nuevamente aquí partimos de la base de considerar más que el equilibrio económico del contrato la economía del mismo para la parte gravada con las obligaciones que de él se deriven, la que no está medida, como ya se ha

¹³ Artículo 1091 del Código Argentino. En similar sentido, el inciso segundo del artículo 1441 del Código Civil peruano dispone de modo expreso la aplicación de la teoría de la imprevisión “*A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato*”.

¹⁴ Al respecto, por ejemplo, Bonivento Jimenez, J. (2009).

¹⁵ El artículo 1442 del Código Civil Peruano de 1984 establece: “Cuando se trate de contratos en que una sola de las partes hubiera asumido obligaciones, le es privativo solicitar judicialmente la reducción de la prestación a fin de que cese su excesiva onerosidad. Si no se puede recudir la prestación, rige lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1440”.

¹⁶ El Artículo 1468 del Código Civil Italiano reza: “Contratto con obbligazioni di una sola parte: Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità.”

señalado, exclusiva y forzosamente a través de la comparación entre prestaciones correlativas¹⁷.

1.2 Ruptura del equilibrio económico: causas, momentos en los que puede presentarse y remedios

Una vez precisado el concepto de equivalencia o equilibrio económico del contrato y visto, como ha quedado, que éste se refiere en particular a los contratos de naturaleza conmutativa, lo que no excluye la posibilidad de revisar la economía de los contratos de naturaleza diversa que se altere por circunstancias sobrevinientes, debemos señalar que, como es lógico, dicho equilibrio puede alterarse por distintas causas. En ocasiones, en efecto, el desequilibrio existe desde el momento mismo de la celebración del contrato, como en el caso de la lesión enorme, mientras que en otras tiene lugar con posterioridad al acuerdo de voluntades. En este último evento, por su parte, son también distintos los motivos que pueden producirlo, como, por ejemplo, entre otros, el incumplimiento de las obligaciones por parte de uno de los contratantes.

¹⁷ Sobre la excesiva onerosidad sobreviniente en contratos gratuitos se encuentran algunas referencias en la doctrina, como por ejemplo, el autor Javier Bonivento Jiménez, para quien podría contemplarse, a partir de un entendimiento distinto y más amplio al concepto de “onerosidad” de las prestaciones, que no esté asociado a la existencia de prestaciones correlativas. En efecto, el citado autor señala:

“A nivel doctrinario, la tesis mayoritaria se inclina por descartar a los contratos gratuitos del campo de la revisión judicial por imprevisión.

En el ámbito patrio una primera cuestión a considerar al respecto es que el artículo 868 del Código de Comercio no se refiere expresamente este tipo de contratos, ni para incluirlos ni para excluirlos de su órbita de aplicación. Ahora, en la medida en que se considere, de manera circunscrita, que la onerosidad de una prestación sólo se puede medir comparándola con la contraprestación correlativa, esto es, contrastando el sacrificio a cargo versus la ventaja recibir, habría que llegar a la conclusión de que no cabría la posibilidad de revisar por imprevisión los contratos gratuitos, sino únicamente los onerosos pues sólo en estos últimos puede presentarse tal forma de inequivalencia prestacional.

En esta medida, a nuestro modo de ver, la viabilidad de dar cabida a la teoría de la imprevisión en los contratos gratuitos dependería de la posibilidad de llegar a aceptarse un entendimiento diverso y de mayor amplitud sobre el punto, en el sentido de que quepa hablar de “onerosidad” de las prestaciones en los contratos gratuitos, sólo que estructurada de manera diferente a como lo es en los onerosos, esto es, no en comparación con las ventajas asignadas a favor de la única parte gravada, pues por definición no podría haberlas, sino cotejando la prestación o sacrificio inicial a cargo del contratante afectado con el sacrificio sobreviviente que se juzga excesivo”. (Bonivento Jiménez, J., 2009, p.112)

Ahora bien, dentro de las causas de ruptura del equilibrio financiero ocurridas luego de celebrado el contrato, se encuentra el acaecimiento de circunstancias imprevistas e imprevisibles, ajenas al control de las partes que alteran sustancialmente las bases del contrato. Se trata, en estos casos, de cambios significativos en las circunstancias bajo las cuales los contratantes manifestaron su consentimiento, que agravan sustancialmente el cumplimiento de las obligaciones para una de las partes. En este caso, sobre el que se centra exclusivamente este trabajo, nos encontramos frente a la denominada *Teoría de la Imprevisión*, figura consagrada expresamente en el ordenamiento jurídico colombiano en el artículo 868 del Código de Comercio¹⁸.

Es importante añadir que la excesiva onerosidad sobreviniente que se encuentra en la base de la teoría de la imprevisión, hace referencia a la presencia de una dificultad en el cumplimiento de las prestaciones asumidas por las partes contratantes, no a una imposibilidad absoluta para cumplir, pues como es sabido en éste último evento, cuando esa circunstancia se origina en factores externos al círculo de control del deudor, estamos en presencia de la fuerza mayor, cuya consecuencia es la exoneración del cumplimiento de la obligación¹⁹. Cuando nos referimos a la

¹⁸ El texto del artículo 868 del Código de Comercio, es el siguiente: “*Revisión del contrato por circunstancias extraordinarias: Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea*”.

¹⁹ La distinción entre la imposibilidad y la dificultad para cumplir las prestaciones, que a su turno permite diferenciar la fuerza mayor de la imprevisión, es resaltada por la doctrina de manera uniforme y reiterada. En este sentido, por ejemplo, señala Álvaro Mendoza Ramírez: “*Por cuanto una de las causales de exoneración del cumplimiento de lo pactado es la fuerza mayor o el caso fortuito, capaces de llevar a una imposibilidad sobreviniente, debemos en este punto inicial del tratamiento de la figura, como lo hacen la obra de OSPINA FERNÁNDEZ y un escrito preparado para su clase por el Profesor JORGE OVIEDO, sentar la diferencia entre el caso fortuito, ajeno a las previsiones normales, y la excesiva onerosidad sobreviniente, en tanto las dos figuras tienen proximidad una con otra. Por caso fortuito debemos entender aquel, igualmente posterior al negocio jurídico, imposible de prever e imposible de resistir. Por el contrario, cuando hablamos de excesiva onerosidad sobreviniente, nos estamos refiriendo a una dificultad, costo o requerimiento de elementos no tenidos en cuenta al momento de contratar, que llevan a que una o varias de las prestaciones debidas se hagan excesivamente pesadas para quienes deben soportarlas, mucho más difíciles de cuanto fue previsto o era previsible en el momento en que se adquirió la respectiva obligación. No se trata aquí de imposibilidad para cumplir, sino de dificultad para hacerlo. Esta diferencia es igualmente subrayada por VALENCIA ZEA*”. (Mendoza Ramírez, A., 2015, p.4)

imprevisión, en suma, la prestación es susceptible de cumplimiento, pero al presentarse una alteración ostensible y significativa que la vuelve en extremo gravosa para el obligado, se da cabida a la revisión del contrato con el fin de corregir el grave desequilibrio presentado, pues no estaría acorde con la buena fe y la justicia contractual que la parte afectada tuviera que asumir totalmente el sobrecosto.

De otro lado, en lo que respecta a las consecuencias que se producen cuando tiene lugar la ruptura del equilibrio financiero, es claro que existiendo distintas causas que pueden producirlo, no podría existir un único criterio para evaluar cada una de ellas, ni tampoco los efectos podrían ser los mismos para todas las hipótesis. Es necesario, por lo tanto, identificar en cada caso la razón que ha producido el desequilibrio contractual, con el fin de establecer el respectivo remedio. No es del caso entrar aquí a señalar los distintos instrumentos que el ordenamiento jurídico contempla frente a las variadas causas de desequilibrio contractual, bastando precisar que en los casos de excesiva onerosidad sobreviniente o imprevisión la respuesta del ordenamiento jurídico consiste en la revisión del contrato por parte del juez, quien deberá disponer de acuerdo con la equidad los reajustes que sean del caso y, de no ser ello posible, decretará la terminación del contrato, tal como lo dispone el artículo 868 del estatuto mercantil, según se analizará más adelante.

No estando aquí ante una situación de incumplimiento contractual ni, por tanto, en una hipótesis de responsabilidad civil contractual, la consecuencia que se sigue ante la ruptura del equilibrio económico por excesiva onerosidad sobreviniente no es, por supuesto, la indemnización de perjuicios. Como se ha dicho, la teoría de la imprevisión se encamina exclusivamente a la preservación de la ecuación financiera del contrato y, por lo mismo, se endereza a la revisión judicial del contrato con miras a obtener una distribución equitativa de las cargas resultantes de la alteración fundamental en las circunstancias o, en su defecto, su terminación. Son estos y no otros distintos, los remedios contemplados por el legislador frente a la excesiva

onerosidad sobreviniente²⁰, sin perjuicio, lógicamente, de la posibilidad de que eventualmente pudieran concurrir la imprevisión y la responsabilidad civil, en los eventos en los que simultáneamente con el desequilibrio sobreviniente existiere incumplimiento de obligaciones contractuales.

En este orden de ideas cabe anticipar que si, como veremos más adelante, ante el desequilibrio excesivo y sobreviniente la buena fe contractual impone a las partes el deber de renegociar el contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias, en el evento en que dicho deber fuere incumplido por uno de los contratantes en perjuicio del otro, nos encontraremos en el campo de la responsabilidad civil contractual²¹, que será aplicable de acuerdo con las reglas que rigen la obligación de reparar los daños causados por el incumplimiento de deberes singulares y concretos surgidos entre personas determinadas, como lo sería la inobservancia del deber de renegociar el contrato. En este caso, si se dan los presupuestos de la responsabilidad, el contratante afectado tendrá derecho a la indemnización de los daños causados como consecuencia directa y adecuada del incumplimiento, que son diferentes de las consecuencias establecidas en el artículo 868 del Código de Comercio para los casos de imprevisión, las cuales serán aplicables si se reúnen los presupuestos establecidos en esta norma.

Ahora bien, frente a situaciones de desequilibrio sobrevenido que no puedan ser corregidas a través de la revisión del contrato en virtud de la acción derivada de la

²⁰ En este sentido, el Laudo Arbitral del 12 de Julio de 2002, dictado en el Tribunal de Arbitramento promovido por Dragados Hidráulicos Ltda Vs, Concesionaria Tibitoc S.A. ESP, señala: “*Con apoyo en el supuesto fáctico del artículo 868 del Código de Comercio, no es posible deprecar con éxito consecuencias indemnizatorias. En efecto, como las circunstancias que permiten emplear la herramienta de la imprevisión deben ser ajenas a las partes, esto es, no imputables a su malicia o negligencia, no se configuran los elementos necesarios para un evento de responsabilidad civil.*”

“*En suma, si de advenimiento de circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles se trata, y bajo el supuesto de reunirse los requisitos señalados, la única vía que el ordenamiento ofrece al contratante afectado es la de la revisión del contrato. Eso y nada más que eso. Ni la terminación del negocio ni mucho menos, una eventual indemnización de perjuicios, que, si se causaron, no fueron producidos por conductas imputables de la otra parte, sino por hechos externos y ajenos a la voluntad de las partes.*”

²¹ Si bien en nuestra opinión el régimen aplicable en este caso sería el de la responsabilidad contractual, debe aclararse que tratándose de incumplimiento de deberes secundarios de conducta durante la etapa de ejecución contractual, existe discrepancia en la doctrina acerca de si la responsabilidad es contractual o extracontractual. (Solarte Rodríguez, A., 2004).

teoría de la imprevisión por no cumplir con todos los presupuestos del artículo 868 del Código de Comercio, estimamos que es posible, siempre que se trate de alteraciones graves en la estructura económica del contrato no imputables a la parte afectada, acudir a otras figuras o instituciones del ordenamiento jurídico a través de las cuales se corrija la situación anómala, pues lo contrario equivaldría a tolerar excesivas e injustificadas ventajas económicas en desconocimiento de los principios de buena fe, equidad y justicia contractual.

II. LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE Y LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

De conformidad con el artículo 1602 del Código Civil “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”. Este es el principio de la normatividad de los contratos, en virtud del cual las obligaciones emanadas del contrato deben ser cumplidas por las partes con sujeción a lo estipulado, incluso aun cuando el cumplimiento de las prestaciones resulte más oneroso o se presenten circunstancias sobrevinientes que afecten el equilibrio del contrato, dada su fuerza vinculante y en aras de la seguridad jurídica.

Sin embargo, cuando la estructura económica del contrato se altera en forma sustancial y el cumplimiento del contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida se hace excesivamente gravoso para uno de los contratantes por razones no imputables a las partes y ajenas al riesgo asumido por estas, surge la pregunta de si la parte afectada continúa obligada al cumplimiento del contrato de conformidad con el tenor de lo estipulado o si, en cambio, el contrato debe adecuarse de forma tal que se restablezca la proporcionalidad de la operación económica.

Es precisamente en estas situaciones en las que se plantea la teoría de la imprevisión, que en el derecho comparado se ha esbozado bajo distintas figuras, más o menos similares, como la presuposición, la frustración y el hardship, y que

se enuncian, en general, bajo la denominada *cláusula rebus sic stantibus* de acuerdo con la cual *“las partes entienden que deben cumplir las prestaciones en su totalidad, de acuerdo con el contenido literal del contrato, siempre que se mantengan las condiciones que existían al momento de su celebración”*.(Franco Zarate, J A., 2012, p. 236 7 237)

1. Fundamentos de la teoría de la imprevisión

A lo largo de su evolución²², la doctrina ha elaborado distintas tesis para explicar el fundamento de la teoría de la imprevisión. Si bien escapa al alcance de nuestro estudio presentar en detalle las construcciones teóricas que han sido expuestas por numerosos autores desde mediados del siglo XIX y a lo largo del siglo XX en punto al fundamento de la revisión del contrato por imprevisión u onerosidad sobreviniente, es importante hacer una breve mención al respecto, pues sin duda resultan ilustrativas para el cabal entendimiento de la figura.

Dentro de las formulaciones más destacadas encontramos, en primer lugar, la doctrina de la “presuposición”, elaborada por el jurista alemán Bernhard Windscheid a mediados del siglo XIX, de acuerdo con la cual *“Hay un presupuesto en el cual se da el acuerdo, es un clima que si cambia sustancialmente afecta la voluntad de las partes al contratar”* (Laudo arbitral del 13 de junio de 2001. Aura Cristina Geithner Cuesta Vs. Industria Electrosonora S.A. Sonolux). Se trata de una condición implícita *“bajo la cual las partes declaran su voluntad ... y sujetan el efecto jurídico deseado al mantenimiento de cierto estado de cosas, situación fáctica o de derecho, circunstancias determinantes e influyentes de la declaración”*²³.

A partir de esta doctrina, Oertmann elaboró la denominada “Teoría de la base del negocio jurídico”, según la cual la base del negocio jurídico *“Es la condición implícita del acto jurídico que resultaría sustancialmente modificado al cambiar las bases*

²² Una completa exposición sobre la evolución histórica de la teoría de la imprevisión, puede verse en Chamie, J.F (2015)

²³ C.S.J. cas. civ., sentencia del 21 de febrero de 2012

sobre las que se contrató” (Laudo arbitral del 13 de junio de 2001. Aura Cristina Geithner Cuesta Vs. Industria Electrosonora S.A. Sonolux), el conjunto de circunstancias existentes al celebrar el negocio jurídico que si bien no se han estipulado de modo expreso, constituyen la base o “subsuelo” sobre el que las partes construyen el negocio jurídico y, por lo mismo, justifican su fuerza obligatoria.

*“En la diferenciación entre lo “puesto” y lo “presupuesto” radica el gran aporte de Windscheid, que sirvió para que, entrado ya el siglo XX, Oertmann perfeccionara la idea y propusiera, en 1921, la tesis de la **base del negocio**, según la cual tal base está constituida por aquellas circunstancias en que las partes edifican la eficacia de su acuerdo, **aunque no las hayan estipulado expresamente**, (lo “presupuesto”, según Windscheid) pero no como **motivo individual**, como parece deducirse del pensamiento de este último, sino como elemento del convenio”* (Laudo arbitral del 15 de julio de 2002. Dragados Hidráulicos Ltda. vs. Concesionaria Tibiotoc S.A. ESP) (negrilla dentro del texto original)

El anterior planteamiento de Oertmann, que se conoce como la teoría de la base subjetiva del negocio jurídico, ha presentado distintos desarrollos. Se destaca la propuesta de Karl Larenz, quien estructuró la teoría *“desde una perspectiva objetiva, es decir con prescindencia de si las circunstancias que la constituyen han sido o no efectivamente esperadas por las partes. Y Lehmann sugiere un criterio ecléctico interesante, aunque un tanto sofisticado, que combina las dos ideas”* (Laudo arbitral del 15 de julio de 2002. Dragados Hidráulicos Ltda. vs. Concesionaria Tibiotoc S.A. ESP).

Por último, otros autores han señalado como fundamento de la teoría de la imprevisión la moral (Ripert), *“la noción del derecho y la función económica y social del contrato”* (Bonnetcase y Demoge)²⁴ y el principio de la buena fe, entre otros.

²⁴ C.J.S. cas. civ, sentencia del 23 de mayo de 1938.

En Colombia, el artículo 868 del Código de Comercio adopta la teoría de la base del negocio jurídico, como ha sido resaltado en varias ocasiones por la doctrina y la jurisprudencia, pues al referirse a los efectos o consecuencias de la figura, el inciso segundo de esta norma establece que el juez deberá “*examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato*” con el fin de disponer los reajustes a los que haya lugar según la equidad o, de no ser ello posible, decretará la terminación del contrato.

En este sentido, por ejemplo, en el Laudo arbitral del 15 de julio de 2002 proferido dentro del Tribunal de Arbitramento promovido por Dragados Hidráulicos Ltda. vs. Concesionaria Tibiotoc S.A. ESP, se lee:

*“Es claro para el tribunal que la expresión **bases del negocio**, que emplea la norma comentada, sitúa la cuestión en esa más que conocida tesis que, entre otras cosas, ha sido el basamento de la institución en otras legislaciones como la argentina, según la opinión de Alterini.*

(...)

Lo cierto es que esta teoría, prohijada por nuestra legislación, (C. de Co., art. 868) considera como bases del negocio todas las circunstancias cuya existencia o subsistencia son subjetiva y/u objetivamente necesarias (según la postura que se adopte) para que tenga sentido el mantenimiento de la fuerza vinculante del contrato, ya que si desaparece la relación de equivalencia entre las prestaciones a cargo de las partes, base de todo contrato bilateral, oneroso y conmutativo, pierde sentido el acto” (Laudo arbitral del 15 de julio de 2002. Dragados Hidráulicos Ltda. vs. Concesionaria Tibiotoc S.A. ESP) ²⁵ (negrilla dentro del texto original).

²⁵En otros apartes del mismo laudo se refuerza esta misma conclusión, así:

“La idea según la cual es la teoría de la base del negocio la que adoptó nuestra legislación ha sido expuesta con nitidez por importante sector de la doctrina patria.

El profesor Gabriel Correa Arango, en su obra “De Los Principales Contratos Mercantiles” expresa:

*“Así las cosas, consideramos que es de recibo en nuestro derecho positivo afirmar que se **“han alterado las bases del contrato”** como lo expresa el artículo 868 del Código de Comercio, cuando la relación de equivalencia que las partes han presupuestado en el acuerdo se ha destruido o deteriorado en tal medida que no puede hablarse racionalmente de una “contraprestación”, todo ello por circunstancias extraordinarias e imprevisibles que hayan alterado el estado de las cosas, el orden económico en torno al cual se mueve la actividad negocial de los contratantes (negrilla).*

(...)

2. La teoría de la imprevisión en el ordenamiento jurídico colombiano

En Colombia, la teoría de la imprevisión fue consagrada por primera vez en el derecho positivo en el artículo 868 del Código de Comercio, aun cuando se señala en la doctrina que en el numeral 2º del artículo 2060 y en el inciso final del artículo 1932 del Código Civil se incluyen algunas manifestaciones de la aplicación de la figura²⁶. Sin embargo, antes de la expedición del estatuto mercantil en los años treinta nuestra Corte Suprema de Justicia había dictado ya varias sentencias²⁷ que reconocieron la aplicación de la teoría de la imprevisión, aun cuando no existía en ese momento una norma expresa que la consagrara.

En las sentencias referidas, la Corte no aplicó la teoría de la imprevisión, entre otras cosas porque no era materia de las pretensiones ni objeto central de debate en aquellos procesos, pero con ocasión del análisis realizado acogió la figura como principio general del derecho²⁸. Teniendo en cuenta que en las sentencias mencionadas no aplicó la Corte la teoría de la imprevisión en los casos concretos a los que se referían los respectivos procesos, algunos autores les restan significación²⁹. Con todo, si bien es cierto que los casos en cuestión no se referían en concreto a situaciones de onerosidad sobreviniente y que la Corte no dio aplicación a la teoría, en nuestra opinión no puede dejar de resaltarse la relevancia de estas providencias, si se tiene en cuenta que en ellas la Corte señaló que la

En suma, estima el tribunal que para la aplicación de la teoría de la imprevisión es imprescindible examinar en cada caso lo que constituyen las bases del negocio, supuestas o razonablemente presupuestas por los contratantes, y particularmente las que de manera objetiva soportan la equivalencia de las prestaciones a cargo de cada una de las partes, con el propósito de concluir si ellas han sido significativamente alteradas por hechos sobrevinientes, extraordinarios, imprevistos o imprevisibles que por socavar la equivalencia de las prestaciones de un contrato con efectos diferidos, hacen que para una de las partes resulte excesivamente oneroso su cumplimiento. Como ejemplos de bases de los negocios, cabe reseñar las inversiones y gastos en que se habrá de incurrir por causa de la ejecución del contrato y las utilidades esperadas, entre otras". (Laudo arbitral del 15 de julio de 2002. Dragados Hidráulicos Ltda. vs. Concesionaria Tibiotoc S.A. ESP)

²⁶ Al respecto puede verse Gómez Estrada, C., 1987, p. 373

²⁷ Al respecto véanse la sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 29 de octubre de 1936 (G.J. XLIV, p. 455), 25 de febrero de 1937 (G.J. XLIV, p. 613) y 23 de mayo de 1938 (G.J. XLVI, p. 423)

²⁸ Esta característica ha sido resaltada por la Corte Suprema de Justicia en varias oportunidades, como puede verse, por ejemplo, en Sentencia de 31 de julio de 2014, M.P. Margarita Caballero Blanco, Exp. 68001 31 03 005 2003 00366 01.

²⁹ Al respecto puede verse, por ejemplo, la posición expuesta por Caro Nieto, J. (2009), p 239-275.

figura tenía cabida con fundamento en la equidad y los principios generales del derecho, independientemente, por lo tanto, de su consagración expresa en el ordenamiento jurídico, la cual, como se ha dicho, vino a tener lugar sólo con la expedición del Código de Comercio actualmente vigente.

Así, sostuvo la Corte Suprema de Justicia en aquella época que la teoría de la imprevisión se ha elaborado como respuesta a la pregunta de *“si los Tribunales pueden corregir o modificar cómo se ha de ejecutar un contrato cuando han surgido posteriormente a la celebración de éste, ciertos hechos que vienen a constituir un desequilibrio en la prestación de alguna de las partes, hechos extra-contractuales y que no pudieron ser previstos cuando el contrato se celebró”*, añadiendo que *“Sobre el aforismo de los glosadores del derecho romano rebus sic stantibus, o sea que hay que suponer que las partes han entendido mantener el contrato si las circunstancias en que se celebró no cambian, se ha fundado la teoría de la imprevisión, que se encamina a darle al juez el poder de modificar la ecuación de un contrato cuando han variado de tal manera las circunstancias, que se hace imposible para una de las partes, cumplir lo pactado, sin que sufra lesión en sus intereses”*(C.S.J. cas. civ, sentencia del 29 de octubre de 1936).

Más adelante, en sentencia del 25 de febrero de 1937 la Corte continuó su desarrollo doctrinal sobre la figura y acogió la teoría de la base del negocio jurídico: *“Se basa la teoría de la imprevisión en el hecho de que en algunos casos dados se hace indispensable atribuir una cierta importancia, tanto a la finalidad del negocio como a las particularidades decisivas para su logro. Sea en la hipótesis del error en las representaciones sobre las circunstancias básicas del pacto al tiempo de su perfeccionamiento, o en la de su alteración esencial acaecida posteriormente.*

“Los doctrinantes de la imprevisión dicen que “una fórmula general sostenida tiene que intentar la combinación de los factores subjetivos y objetivos y partir de si la parte contraria, procediendo de buena fe, y en atención al fin del contrato hubiese admitido que el contrato se hubiese hecho depender de la circunstancia en cuestión,

o bien, de buena fe hubiese tenido que admitirlo si al concluirse el contrato se hubiera tenido presente la inseguridad de las circunstancias.

Por consiguiente, para que una circunstancia sea reconocida como base del negocio, es menester un triple requisito: 1º- Que la otra parte contratante haya podido conocer la importancia básica de la circunstancia para la conclusión del contrato. 2º- Que fuese únicamente la certidumbre respecto a la existencia, subsistencia o llegada posterior de la circunstancia en cuestión lo que motivase a la parte, que le atribuía valor, a prescindir de pedir a la otra parte su reconocimiento como condición. 3º- Y finalmente, que en el caso de que la seguridad de la circunstancia se hubiese tomado en serio, la otra parte contratante hubiese accedido a esa pretensión, teniendo en cuenta la finalidad del contrato, o hubiese tenido que acceder procediendo de buena fe". (C.S.J., Sala Plena, sentencia de 25 de febrero de 1937).

Ahora bien, debe señalarse que con posterioridad a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que en los años treinta aceptaron la aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos de derecho privado y algunas otras posteriores que reiteraron lo allí expuesto, en vigencia del Código de Comercio que consagró expresamente la teoría de la imprevisión en su artículo 868 ha sido muy poca la jurisprudencia civil sobre la materia, destacándose, principalmente, la sentencia de casación civil dictada por la Corte Suprema de Justicia el 21 de febrero de 2012³⁰, en la cual, con ponencia del Magistrado William Namén Vargas, se ocupó la Corte del estudio detallado de la figura en un caso en el que se pretendía por el demandante la aplicación de la teoría de la imprevisión, con fundamento en la modificación de las condiciones económicas bajo las cuales se celebró un contrato de mutuo, a raíz de la crisis que se presentó en el año de 1998 en el sistema UPAC para los créditos de vivienda a largo plazo.

30 C.S.J., cas. civ., sentencia del 21 de febrero de 2012

Así mismo, se destaca, también, la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia proferida el 31 de julio de 2014³¹, con ponencia de la Magistrada Margarita Caballero Blanco, en la que estudió la Corte un conjunto de pretensiones basadas en la aplicación de la teoría de la imprevisión, fundamentadas en el significativo incremento del precio del dólar que se presentó a partir de la presentación de la oferta por parte del contratista y a lo largo de la ejecución del contrato.

Sin embargo, las dos providencias mencionadas, que reflejan la doctrina vigente de la Corte sobre la materia, se caracterizan por una aplicación rigurosa de los presupuestos o elementos contemplados en el artículo 868 del Código de Comercio, siendo esta la situación que se ha presentado en forma reiterada y constante en los casos que han llegado a decisión de la Corte Suprema de Justicia y también de la justicia arbitral sobre la materia, en los que se ha señalado que sólo bajo supuestos completamente excepcionales sería posible aplicar la teoría de la imprevisión, los cuales ciertamente han sido interpretados de modo tan riguroso que la aplicación del artículo 886 del C. de Co. ha sido prácticamente inexistente, al punto que nadie discute el hecho de que, en Colombia, en el campo del derecho privado es *“una teoría que se plantea pero no se aplica”* (Caro Nieto, J., 2009)

En todo caso, es de resaltar que la sentencia del 21 de febrero de 2012 se destaca por el completo análisis de la figura y porque, según veremos, se refirió a algunas situaciones en las que no es posible dar aplicación a la regla del artículo 868 del Código de Comercio al no reunirse los presupuestos allí establecidos, reconociendo en tales casos la posibilidad de acudir a otros instrumentos mediante los cuales se restaure la proporción de la operación económica, enfatizando que lo contrario conduciría a tolerar situaciones de manifiesta injusticia e inequidad que no son de recibo para el derecho.

3. Presupuestos de la excesiva onerosidad sobreviniente

³¹ C.S.J. cas. civ. sentencia del 31 de julio de 2014.

Revisaremos a continuación los presupuestos de la excesiva onerosidad sobreviniente de conformidad del artículo 868 del Código de Comercio, para lo cual debemos resaltar, como punto de partida, el carácter excepcional de la revisión del contrato por imprevisión, pues como ya hemos anotado, si bien somos partidarios de una interpretación menos rigurosa de algunos de sus requisitos, en principio y por regla general, los contratos deben ser cumplidos de acuerdo con lo pactado aún cuando durante su ejecución se generen mayores dificultades, cargas o sobrecostos para los contratantes.

3.1 Contrato existente y válido, de carácter conmutativo y de ejecución sucesiva, periódica o diferida

En primer lugar, para que se pueda aplicar la revisión del contrato por imprevisión, debemos estar en presencia de un contrato existente y válido. Como es lógico, en situaciones de ausencia de elementos esenciales del negocio jurídico o carencia de formalidades ad substantiam actus, así como en casos de invalidez, no podemos hablar de revisión del contrato por onerosidad sobreviniente. Los fenómenos de inexistencia y nulidad son regulados por el ordenamiento jurídico a través de disposiciones especiales que establecen ante tales eventualidades un tratamiento jurídico distinto y particular.

Por otra parte, es necesario que el contrato, existente y válido, sea de ejecución sucesiva, periódica o diferida, pues lógicamente si el objeto de la imprevisión es la corrección del desequilibrio económico sobreviniente, tal posibilidad queda excluida tratándose de contratos cuyas prestaciones se cumplen de manera inmediata o simultánea a su celebración. Es claro, por tanto, que sólo cabe hablar de imprevisión respecto de contratos de ejecución sucesiva o de aquellos cuyo cumplimiento, no obstante ser de ejecución instantánea, ha sido diferido en el tiempo, por ejemplo, por haberse pactado un plazo o condición que suspenda el nacimiento o la exigibilidad del acuerdo. De igual modo, el inciso final del artículo

868 del Código de Comercio expresamente excluye de la aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos aleatorios.

En relación con la naturaleza de los contratos que pueden sufrir desequilibrios sobrevinientes, ya hemos analizado que, de conformidad con el artículo 868 del estatuto mercantil, la revisión judicial por imprevisión se predica de los contratos onerosos y conmutativos, lo genera dificultades, como se evidenció atrás, cuando se presentan situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente respecto de contratos unilaterales o de contratos gratuitos y también frente a contratos aleatorios cuando las circunstancias posteriores que alteren gravemente la equivalencia prestacional se originen en la ocurrencia de un riesgo ajeno o distinto al riesgo inherente del contrato. A este punto nos referiremos más adelante, bastando por el momento dejar enunciada la dificultad que encierra la mencionada restricción.

3.2. Ocurrencia de circunstancias anormales o extraordinarias, imprevistas e imprevisibles

Es necesario que el desequilibrio económico del contrato se produzca como resultado de la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, esto es, que sean anormales o fuera de lo común. En palabras de la Corte, circunstancias *“Extraordinarias, son aquellas cuya ocurrencia probable está fuera de lo ordinario, normal, natural, común, usual, lógico, habitual, corriente, frecuencia o periodicidad, atendido el marco fáctico del suceso, sus antecedentes, el estado actual de la ciencia, y la situación concreta según las reglas de experiencia”*. (C.S.J. cas. civ., sentencia del 21 de febrero de 2012).

Imprevisto e imprevisible, a su turno, significa que las circunstancias de que se trate no hayan sido previstas ni haya sido razonablemente posible preverlas, lo que quiere decir, por tanto, que las situaciones que alteran significativamente las bases del contrato, dada su anormalidad, su carácter sorpresivo o su falta de frecuencia,

no fueron anticipadas por las partes y, en el contexto en el que se celebró el negocio jurídico, tampoco era razonable prever que se presentarían.

En este punto cabe señalar que los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, Comisión Lando, en el artículo 6:111³² regulan la figura bajo la denominación de “cambio de circunstancias”, acudiendo para estos efectos al criterio de razonabilidad. Así, se señala dentro de los requisitos para su aplicación, el hecho de que *“(b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido”*, disposición complementada con el artículo 1:302 que incorpora una definición de lo razonable, sin duda ilustrativa: *“Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera.”*³³

Por otro lado, de tiempo atrás se ha señalado que *“Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay porque prever lo que es excepcional”* (C.S.J.cas. civ. sentencia de 27 de septiembre de 1945). Igualmente, en relación con la imprevisibilidad ha precisado la doctrina con acierto que *“no puede entenderse de manera absoluta, pues finalmente, todos los eventos pueden ser de una manera u otra previsibles, por lo cual la previsibilidad debe analizarse a la luz de la diligencia que deben observar las partes al contratar y los factores que por consiguiente deben tomar en cuenta”*. Además, el análisis de la imprevisibilidad no puede realizarse en abstracto sino examinando las circunstancias particulares y concretas del caso,

³²Principios de derecho europeo de los contratos.
(DISPONIBLE EN: <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>)

³³Cabe añadir que el artículo 6.2.2. de los Principios Unidroit también establecen dentro de los requisitos para la excesiva onerosidad que: *“los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato”*.

pues “... ciertamente muchos factores pueden ser previsibles en abstracto, pero no en las condiciones particulares que se presenta. Así, por ejemplo, es claro que en la ejecución de un contrato pueden presentarse dificultades vinculadas a factores meteorológicos, los cuales son previsibles, pero cuando los mismos alcanzan una dimensión tal que exceden lo normal, los mismos se vuelven imprevisibles y cabe aplicar la teoría de la imprevisión.” (Cárdenas Mejía, J.P., 2009, p 708)

3.3 Circunstancias posteriores a la celebración del contrato

De conformidad con el artículo 868 del Código de Comercio, las circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles que generan la desproporción de la operación económica deben ser sobrevinientes, esto es, deben tener ocurrencia con posterioridad a la celebración del contrato y antes de su terminación.

A pesar de la aparente claridad del requisito que se enuncia, en la práctica genera varios interrogantes. En efecto, de una parte, cabe preguntarse cuál es la solución que debe dársele a la excesiva onerosidad sobreviniente que tenga ocurrencia con posterioridad a la presentación de la oferta y antes del perfeccionamiento del contrato y, de otra, si podrían entenderse comprendidos, tal como se contempla expresamente en los Principios Unidroit, los hechos generadores de desequilibrio ocurridos con anterioridad a la celebración del contrato pero conocidos por la parte afectada luego de celebrado el negocio jurídico. Nos encontramos en estos casos, nuevamente, ante situaciones “atípicas” de excesiva onerosidad sobreviniente que, siendo generadoras de manifiestas inequidades, deben en todo caso ser corregidas pues lo contrario equivaldría a tolerar situaciones de ostensible injusticia contractual.

3.4 Prestación pendiente de cumplimiento

Señala expresamente el Código de Comercio que para la aplicación de la teoría de la imprevisión, los hechos determinantes del desequilibrio han de presentarse en relación con prestaciones de futuro cumplimiento³⁴.

El requisito es perfectamente lógico, pues si el efecto de la aplicación de la teoría de la imprevisión es la corrección del desequilibrio a través de la adaptación, revisión o modificación del contrato o, si ello no fuere posible, mediante su terminación, por sustracción de materia ninguna de estas posibilidades sería factible de aplicar respecto a contratos ya ejecutados. Sin embargo, como analizaremos más adelante, se identifica aquí otro punto que suscita interrogantes, a pesar del claro sentido de la norma que se comenta, pues en la práctica es posible que la parte afectada, actuando de buena fe y no obstante la excesiva onerosidad, hubiere dado cumplimiento a las prestaciones a su cargo, en cuyo caso no parecería acorde con la justicia contractual y la buena fe que el cumplimiento de las obligaciones frustrase de plano toda posibilidad de corrección del desequilibrio, sin ninguna consideración a las circunstancias particulares bajo las cuales tuvo lugar la ejecución de las prestaciones.

3.5. Excesiva onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones o alteración fundamental en el equilibrio prestacional

Para la procedencia de la figura, como consecuencia de las circunstancias sobrevinientes, extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, debe producirse una alteración grave y significativa en el equilibrio prestacional. En otras palabras, el

³⁴ En este sentido y como ha señalado la Corte: “La vigencia del contrato y la pendencia de la prestación, conforman condiciones ineludibles. Menester el vigor del contrato, y que la obligación no sea exigible, haya cumplido, ejecutado o agotado. Distinto es que, para establecer la onerosidad de la prestación de futuro cumplimiento, deba valorarse completo, pleno e íntegro el contrato y en su conjunto prestacional, tanto cuanto más que, lo excesivo o el desequilibrio prestacional no deriva de una prestación aislada, sino del complejo tejido contractual, según la prudente, juiciosa o razonable ponderación por el juzgador del marco fáctico de circunstancias concreto y los elementos de convicción, atendiendo la equidad y justicia. La revisión por imprevisión, es inadmisibles si la prestación, no obstante la excesiva onerosidad se cumplió, lo cual salvo protesta, reserva o acto contrario, denota aceptación, tolerancia o modificación por conducta concluyente de la parte afectada. Aún, satisfecha con reserva o protesta, al extinguirse definitivamente, clara es su improcedencia, por versar sobre la prestación cuyo cumplimiento posterior sobreviene oneroso en exceso, y predicarse de la relación vigente *ad futurum*” (C.S.J. cas. civ., sentencia del 21 de febrero de 2012).

cumplimiento de las prestaciones emanadas del contrato debe hacerse para una de las partes excesivamente oneroso o gravoso. Se trata, pues, de un desequilibrio grave, esencial, significativo, pudiendo presentarse bien por un aumento excesivo en el valor de la prestación o bien por una disminución significativa en la contraprestación³⁵.

Como la norma no define lo que debe entenderse por onerosidad excesiva, quedará al prudente criterio del juez apreciar en cada caso concreto la magnitud de la desproporción, teniendo en cuenta la estructura económica del negocio jurídico, incluyendo aquí los riesgos asumidos por las partes y, por supuesto, considerando al contrato como una unidad. En este punto, la posición mayoritaria señala que no es suficiente con exceder el alea normal del contrato, sino que es necesario que tal aumento sea excesivo, es decir, que afecte de manera sustancial la estructura económica del contrato, sin que se requiera tampoco *“porque la ley no lo exige, que el contrato lleve a la ruina al contratante”* (Laudo arbitral del 12 de septiembre de 2005. Coninsa & Ramón H S.A. vs. Cámara de Comercio de Bogotá)

3.6 Circunstancias ajenas a las partes y riesgo no asumido en el contrato

Finalmente, las circunstancias determinantes del desequilibrio económico del contrato no pueden ser imputables a la parte afectada, es decir, deben ser ajenas a su acción u omisión, así como tampoco pueden formar parte del riesgo que hubiere asumido en virtud del contrato o que la ley le atribuyere. Al respecto, ha dicho la Corte:

“La ajениdad de los hechos sobrevenidos al deudor es necesaria en la imprevisión, en tanto extraños a su órbita, esfera o círculo de riesgo, conducta, comportamiento, acción u omisión, hecho o acto, que no las haya causado, motivado, agravado,

³⁵ En la sentencia del 21 de febrero de 2012 tantas veces citada, la Corte puntualizó que, en efecto, debe tratarse de una *“desproporción grande con su incremento desmesurado o sensible disminución de la contraprestación, ya una pérdida patrimonial, por reducción del activo, ora de la utilidad esperada, bien por aumento del pasivo, suscitada por los acontecimientos sobrevenidos, imprevistos e imprevisibles, con los cuales debe tener una relación indisociable de causa a efecto”* (C.S.J.cas. civ. sentencia de 21 de 2012)

incurrido en dolo o culpa u omitido medidas idóneas para evitarlos o atenuar sus efectos, siéndole exigible y pudiendo hacerlo. Los eventos pueden originarse en la otra parte, nunca en la afectada, pues al serle imputable jamás podrá invocar su propio acto. Y lo que se dice de la parte comprende el hecho de las personas por quienes responde legal o contractualmente.

Por tanto, la negligencia, desidia, imprudencia, el dolo o culpa, la falta de diligencia, cuidado, previsión y la concurrencia, exposición o contribución de la afectada, así como la ausencia de medidas para evitar, mitigar o disipar la excesiva onerosidad (duty to mitigate damages), y en fin, la inobservancia de las cargas de la autonomía excluyen imprevisión, imprevisibilidad, inimputabilidad y extraneidad, a mas de contrariar claros dictados éticos, sociales y jurídicos prevalerse de la propia conducta para derivar provecho con un desequilibrio que pudo evitarse, mitigarse o conjurarse, en quebranto a la lealtad, probidad, corrección, buena fe y fuerza obligatoria del contrato a que conduce admitir su revisión cuando la conducta del obligado es la causa o concausa de la excesiva onerosidad. Por ende, no opera la imprevisión cuando el suceso está en la esfera o círculo del riesgo de la parte afectada, el alea normal del contrato, o es imputable a la propia conducta, hecho dolo, culpa, exposición, incuria, negligencia, imprudencia o, la falta de medidas idóneas para prevenir, evitar o mitigar el evento o sus efectos” (C.S.J. cas. civ., sentencia del 21 de febrero de 2012).

4. Efectos de la excesiva onerosidad sobreviniente

Cuando se presentan situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente, en virtud de la buena fe que deben observar las partes en la celebración, ejecución y liquidación de todo contrato, las partes contratantes tienen el deber de renegociar el contrato con el fin de restaurar la alteración en la estructura económica por ellas inicialmente querida y adaptar el contrato a las nuevas condiciones. A ellas corresponde en primera instancia corregir la excesiva onerosidad sobrevinida acordando las rectificaciones adecuadas, pues todo contrato debe ser cumplido de buena fe y obliga a las partes a actuar con probidad y colaboración, imponiéndoles,

entre otros, el deber de mantener el equilibrio económico del contrato y rectificar las alteraciones sobrevinientes que rompan la simetría prestacional. Con todo, si no se logra un acuerdo entre los contratantes, la parte afectada puede acudir ante el juez y solicitar, con fundamento en el artículo 868 del Código de Comercio, la revisión judicial del contrato.

4.1. Deberes de conducta en situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente y renegociación del contrato entre las partes

De conformidad con lo dispuesto en el 871 del Código de Comercio, que recoge el principio ya planteado por el artículo 1603 del Código Civil, los contratos deben 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”*.

Durante la ejecución del contrato las partes están obligadas a actuar con corrección, honradez y lealtad y, particularmente en cuanto al tema que analizamos, con el sincero propósito de respetar la proporcionalidad, el “equivalente honrado” entre los derechos y las obligaciones recíprocas de los contratantes, el resultado útil de la prestación y las expectativas legítimas. En este sentido, como ha reconocido la doctrina, existe a cargo de las partes en virtud de la buena fe contractual, el deber de *“salvaguardar la utilidad de la otra en los límites en los cuales no implique un sacrificio apreciable a su cargo”, las obligaciones que surgen en virtud del principio de buena fe imponen tener en cuenta la justicia existente en el contrato y no puede conducir a esfuerzos desproporcionados, que precisamente afectarían el equilibrio querido por las partes.*” (Cárdenas Mejía, J.P., 2009, p 706)

La buena fe *“cumple la función de criterio para mantener el equilibrio de las prestaciones y, por ende, la equidad en el intercambio... al momento de la celebración y también durante la ejecución, en ambos casos, respecto del comportamiento de una parte que pretende la ejecución de un contrato*

desequilibrado. Buena fe y equilibrio contractual actúan para procurar una justicia contractual y evitar entonces cualquier desproporción grave de las prestaciones ...,que se traduzca en una excesiva e injustificada ventaja económica para una de las partes en detrimento de la otra ...”. (Chamie, J.F., 2008, p. 114)

Como resultado de lo anterior, ante situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente, son las partes las primeras llamadas a corregir el desequilibrio y la proporción de la operación económica, procurando respetar las expectativas legítimas y evitar ventajas económicas desproporcionadas e injustificadas. Por tanto, cuando en la ejecución del contrato se evidencia una situación de desequilibrio sustancial originada en circunstancias imprevistas no imputables a las partes, el principio de la buena fe, en su función integradora del contenido obligatorio del contrato, genera a cargo de las partes, entre otros, el deber de revisar y adaptar el contrato a las nuevas circunstancias³⁶, distribuyendo entre ellas de manera equitativa las cargas resultantes de la alteración fundamental.

La Corte en la sentencia de 21 de febrero de 2012 reconoció expresamente este deber de renegociación del contrato, en los siguientes términos: “... *la relación cuyo equilibrio, equivalencia, paridad o simetría prestacional deviene rota, turbada o afectada por los cambios sobrevenidos, comporta una situación incompatible con la justicia contractual que la misma fuerza obligatoria del contrato impone a las partes preservar con las rectificaciones pertinentes. En este contexto, delante del desequilibrio contractual, las partes tienen el deber de corregirlo y evitar su ineficacia. El deber de renegociar el contrato en tales casos surge de su propia estructura, noción y disciplina legal, pues el contrato alterado ya no es el mismo celebrado ab initio, cuyo cumplimiento ata a las partes. Este deber, además se ha destacado por la doctrina, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, atrás*

³⁶ En palabras de José Félix Chamie “... *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*”. (Chamie, J.F., 2008, 113)

citados, y encuentra previsión expresa en la contratación estatal (C.S.J. cas. civ., sentencia del 21 de febrero de 2012).

Varias legislaciones extranjeras y trabajos académicos encaminados a la armonización de los distintos ordenamientos, por su parte, se refieren de manera expresa al deber de los contratantes, y fundamentalmente de la parte que no padece los efectos de la excesiva onerosidad, de renegociar las condiciones del contrato. Precisamente en este sentido, el artículo 6.2.3 de los Principios Unidroit al regular los efectos de la excesiva onerosidad, dispone que *“En caso de “excesiva onerosidad” (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa”,* añadiendo que *“En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.”*³⁷

Más claro todavía resulta el texto incorporado en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, cuyo artículo 6:111 impone a las partes *“la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias...”* añadiendo que *“el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura”*³⁸.

La doctrina también ha resaltado los deberes secundarios de conducta a cargo de las partes cuando se presentan anomalías que afectan el balance económico del negocio jurídico: *“Así, resulta que la buena fe sustenta, respecto de aquellas patologías que afectan en estricto rigor el equilibrio del contrato (lesión y estado de necesidad o de peligro, y cambio sobrevenido de las circunstancias iniciales), un deber para ambas partes en razón del cual ellas deben buscar corregir o adaptar el*

³⁷ Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. 2010

³⁸ Principios del Derecho Europeo de los Contratos -*Principles of European Contract Law (PECL)*, Comisión Lando. Disponible en: <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>

contrato (debet moderari) respectivamente si su equilibrio fue perturbado genérica o sucesivamente... una Vertragskorrektur que se basa en el principio de la buena fe contractual y en la relación de cooperación entre las partes –como manifestación de aquella-, y las obliga a mantener el equilibrio y la equivalencia prestacional ... mediante un verdadero y propio deber de renegociación ... independientemente de la estructura interna de las mencionadas patologías que afectan al contrato en su equilibrio”. (Chamie, J.F. 2008, p 115)

4.2. Revisión judicial del contrato y terminación

Ahora bien, si los contratantes no han adaptado el contrato acordando los reajustes necesarios ni tampoco de mutuo acuerdo han convenido en darlo por terminado, la parte en desventaja podrá acudir al juez para solicitar la revisión del contrato. En este caso, el juez analizará el cumplimiento de los presupuestos para dar aplicación a la figura de la imprevisión y examinará las circunstancias particulares del caso, para disponer, de acuerdo con la equidad, los ajustes que resulten necesarios.

El Código de Comercio de manera acertada remite a la equidad como el criterio rector para que el juez establezca los remedios que mejor correspondan, atendiendo las circunstancias del caso y consultando el interés de ambas partes. Es importante destacar este último punto pues, a nuestro juicio, el juez deberá considerar no sólo si es materialmente posible reajustar el contrato, sino cuál es el interés de las partes. En este sentido, en Laudo Arbitral del 15 de julio de 2002, tras señalarse que *“Es el juez quien decide, cuando no sea posible recuperar el equilibrio prestacional perdido, ordenar la terminación del contrato”*, sostuvo el tribunal que *“... lo viable o inviable de ordenar reajustes económicos, no depende únicamente de su posibilidad o imposibilidad material. Hay casos en los cuales, a pesar de la posibilidad teórica de reajustar los términos patrimoniales del contrato, ello resulta improcedente jurídicamente hablando como cuando, por ejemplo, transcurrido el tiempo previsto para la ejecución contractual el contrato deje de ser útil para las partes o pierda sentido su ejecución.*

Sobre este punto vuelve a ser interesante expresar la opinión de Correa Arango: “También puede darse por terminado el contrato cuando, aún siendo posible la moderación de las prestaciones, de ordenarse su revisión quedaría frustrado el interés de una de las partes” (Laudo arbitral del 15 de julio de 2002. Dragados Hidráulicos Ltda. vs. Concesionaria Tibiotoc S.A. ESP).

Por otro lado, los reajustes que pueden ser dispuestos por el juez en la acción de imprevisión, podrán consistir en la reducción de la prestación excesivamente onerosa o en el incremento de la contraprestación³⁹, pues como ya se dijo la alteración del equilibrio del contrato puede tener lugar por el incremento en el costo de la prestación o por la disminución en la contraprestación que se recibe, comprendiendo así tanto los eventos que corresponden a la noción tradicional de la teoría de la imprevisión en el derecho continental europeo, como los casos que se ubican en *“la noción ingresa de la frustración del contrato, que se caracteriza por la disminución sustancial o pérdida total del valor de la prestación que ha de recibir la parte que tiene a su cargo la obligación dineraria”*. (Caro Nieto, J., 2009, p. 261).

Ahora bien, no es potestad de la parte afectada escoger entre la modificación del contrato o su terminación. Es el juez quien, con fundamento en la equidad y atendiendo a las circunstancias particulares del caso, adoptará la decisión que corresponda, la cual, en todo caso, debe procurar en primer lugar la continuidad del negocio jurídico –por el principio de conservación del contrato-, de suerte que sólo de no ser factible adaptar el contrato a través de los reajustes que permitan restaurar el equilibrio económico alterado, el juez procederá a darlo por terminado⁴⁰.

³⁹ C.S.J. cas. civ., sentencia del 21 de febrero de 2012

⁴⁰ En efecto, la terminación del contrato, como se ha precisado de manera uniforme y pacífica por la doctrina y la jurisprudencia, *“es pertinente sólo cuando el contrato no admite corrección justa y equitativa consultando el equilibrio e interés de las partes. Es que la imprevisión, la alteración de la base económica o ruptura de la equivalencia o ecuación del contrato, no es mecanismo para patrocinar el incumplimiento, menos desligarse del vínculo, sino para revisar, ajustar o adaptar el equilibrio turbado. De este modo, sólo cuando el equilibrio o la equidad no permitan el reajuste, podrá disponerse la terminación del contrato”* (C.S.J. cas. civ., sentencia del 21 de febrero de 2012)

Finalmente, independientemente de la revisión judicial del contrato por imprevisión, si con ocasión de la situación de excesiva onerosidad sobreviniente se hubieren incumplido los deberes de conducta que la buena fe impone a cargo de las partes, paralela o alternativamente con la revisión del contrato por imprevisión, podrá el demandante acumular una pretensión de responsabilidad civil derivada del incumplimiento del deber de mantener el equilibrio económico del contrato y renegociar sus condiciones, en cuyo caso podrá, por lo tanto, solicitar la indemnización de los perjuicios causados como consecuencia de dicho incumplimiento, sobre la base, claro está, de que se encuentren reunidos los presupuestos de la responsabilidad civil.⁴¹

III. LA CORRECCIÓN DE SITUACIONES ATÍPICAS DE DESEQUILIBRIO O EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE

1. La función económica y social del contrato, la autonomía de la voluntad y la buena fe en el derecho privado moderno

Como hemos advertido en otros apartes de este estudio, pueden presentarse situaciones que, no obstante la existencia de una alteración o un desequilibrio

⁴¹ En el Laudo Arbitral dictado en el Tribunal de Coninsa & Ramón H S.A del 12 de septiembre de 2005, precisamente se pronunció el Tribunal sobre la diferenciación entre las pretensiones relativas al incumplimiento contractual y las de onerosidad sobreviniente, comprendiendo dentro de aquellas las derivadas de la inobservancia de deberes emanados de la buena fe:

“Cuando en un contrato de obra una parte se obliga a entregar una obra en un plazo determinado, adquiere una obligación de resultado para cuyo cumplimiento debe realizar todas las actividades que sean necesarias, sin que en principio pueda posteriormente reclamar invocando que para tal propósito debió incurrir en mayores costos. Lo anterior sin perjuicio de los eventos en los que la prestación de futuro cumplimiento se haya hecho excesivamente onerosa por circunstancias imprevistas, de conformidad con el artículo 868 del Código de Comercio, o en los cuales se presentan circunstancias que no pudieron preverse al tiempo de la celebración del contrato y que generan mayores costos, tal y como lo dispone el artículo 2060 del Código Civil.

No obstante lo anterior, es necesario, de otra parte, recordar que en desarrollo del deber de obrar de buena fe, cada parte debe cooperar con la otra para que ésta pueda cumplir sus obligaciones. Adicionalmente, el contrato puede imponer al constructor sujetarse a ciertos actos que debe realizar la otra parte, como es el caso, por ejemplo, de la necesidad de obtener autorizaciones o aprobaciones. En tales casos, si una parte no cumple con el deber de cooperación que le corresponde en desarrollo del deber de obrar de buena fe, o si no actúa diligentemente al realizar los actos que está a su cargo, y a los cuales está sujeto el actuar de la otra parte, incurrirá en violación de sus obligaciones. Lo anterior puede entonces dar lugar, en primer lugar, a que el constructor pueda reclamar la indemnización de los perjuicios causados por razón de los mayores costos causados, o en segundo término, y dependiendo de la gravedad del incumplimiento, a que el constructor pueda invocar la excepción de contrato no cumplido o incluso demandar la resolución del contrato”. (Laudo Arbitral dictado en el Tribunal de Coninsa & Ramón H S.A del 12 de septiembre de 2005)

evidente en las condiciones económicas del contrato, no se enmarcan, al menos claramente, en los supuestos de hecho del artículo 868 del C. de Co. al no reunir todos los presupuestos contemplados. En estos casos, surge la dificultad de establecer si en virtud del *pacta sunt servanda* la parte afectada debe asumir la pérdida no obstante que se considere que es excesiva e injustificada, o si la buena fe, la equidad y la justicia contractual permiten arribar a una solución a través de la cual se restablezca el equilibrio o la proporción que debe existir en la respectiva operación económica. La respuesta que tradicionalmente se ha dado frente a este interrogante, ha sido la de cerrar la posibilidad de contemplar instrumentos de restablecimiento del equilibrio por fuera de la regla del artículo 868 del Código de Comercio⁴².

Con todo, comienzan a ser cada vez más numerosas las voces orientadas a admitir mecanismos de corrección distintos a la teoría de la imprevisión frente a las situaciones de ostensible desequilibrio sobreviniente, como se observa, por ejemplo, en Laudo del 29 de mayo de 2003 proferido dentro del Tribunal de Arbitramento promovido por Bonaire Ltda vs Impregilo SPA. En este caso sostuvo el Tribunal que si bien la petición de restablecimiento del equilibrio financiero presentada en el proceso no reunía los presupuestos para la aplicación de la teoría de la imprevisión, en virtud de la buena fe y la equidad natural *“que van implícitos en todo contrato comercial”*, el Tribunal revisaría si se habían producido los sobrecostos e intereses de mora reclamados por la parte contratante, aunque no encajaran en los supuestos planteados por la teoría de la imprevisión, pues *“Sería un contrasentido de la justicia y la equidad considerar que el respeto por el equilibrio económico o financiero de los contratos solo se predicara en la contratación estatal regulada por la Ley 80 de 1993. Porque precisamente la ley comercial consagra*

⁴² Es así como, en efecto, en su estudio acerca de la jurisprudencia arbitral colombiana en materia de desequilibrio contractual, el profesor Fernando Silva concluye: *“Las posiciones planteadas en los fallos arbitrales reseñados son consistentes con el estado del arte en la materia, en el ámbito del derecho privado, en donde prevalecen las posturas reactivas a admitir cualquier escenario de restablecimiento del equilibrio turbado, que no pueda enmarcarse en los linderos de las figuras que tienen desarrollo legislativo, aún si el resultado de la aplicación del postulado “pacta sunt servanda” conduce a una situación en la que la inequidad sea protuberante y en la que, por ende, parecería languidecer el principio de la buena fe, no obstante su vigoroso reconocimiento constitucional y legal”* (Silva García, F. 2007, p.53)

para los contratos celebrados entre particulares dos disposiciones con idéntico sentido teleológico: la del artículo 868 que desarrolla la teoría de la imprevisión; y la del artículo 871, que aplica los principios de la buena fe y la equidad” (Laudo del 29 de mayo de 2003 dictado en el Tribunal de Arbitramento de Bonaire Ltda vs Impregilo SPA.)

Ahora bien, el punto de partida para abordar la problemática que se analiza, lo constituye sin duda el entendimiento que las nociones de contrato, autonomía de la voluntad y buena fe tienen en el derecho contemporáneo. Hay que reconocer que frente al principio *pacta sunt servanda*, en el derecho privado moderno ha ido adquiriendo prevalencia el imperativo de justicia contractual, con la consiguiente limitación de la noción individualista del contrato, que partía de suponer que, al recoger la expresión de la voluntad de las dos partes que libremente manifestaban su consentimiento y regulaban autónomamente sus relaciones, el contrato reflejaba un acuerdo que para ambas partes era justo y equilibrado y que debía ser rigurosamente cumplido al tenor de lo estipulado, con independencia de las circunstancias sobrevinientes que pudieran dificultar su ejecución.

Frente a esta noción tradicional del contrato, ha ido abriéndose espacio la aplicación de los principios de igualdad sustancial y justicia en las relaciones contractuales, como reflejo de lo cual se observan reglamentaciones y pronunciamientos cada vez más enfáticos en temas tales como cláusulas abusivas, contratos de adhesión y derechos de los consumidores, entre otros.

De manera similar, pero refiriéndose no ya a la etapa de celebración del contrato sino a su ejecución, viene también reconociéndose que *“El derecho privado contemporáneo se orienta, al parecer de manera definitiva, por el camino de exigir una proporcionalidad en las cargas que resultan de la contratación, abandonando su culto previo y exagerado al respeto por las decisiones particulares, cuando éstas no consultan un principio de justicia, de equidad”* (Mendoza Ramírez, A., 2015, p.1).

Al respecto, al describir la evolución que se ha presentado en la noción del contrato y la importancia que viene adquiriendo la justicia contractual en toda la vida del negocio jurídico, Juan Pablo Cárdenas señala: *“La concepción tradicional del contrato partía de la base de que el mismo era la obra de dos partes que, a través de su poder de negociación, lograban un acuerdo que permitía lograr un fin lícito. En principio, el ordenamiento no se preocupaba de la justicia conmutativa del contrato, pues se pensaba que a través del consentimiento libre, las partes podían lograr un acuerdo que para ellas fuera justo”,* añadiendo que, *“Este ya no es en gran medida el espíritu del derecho contemporáneo, pues existe el constante propósito de asegurar que el contrato corresponda a un ideal de justicia, el cual por lo demás corresponde al propósito constitucional de un orden justo. Lo anterior, sin embargo, no implica sustituir la decisión de los contratantes por la de las autoridades estatales, pues ello significaría desconocer la importancia del contrato y su función. Se trata, por consiguiente, de asegurar que las partes puedan adoptar la decisión que más les convenga, que lo hagan libremente, que en aquello sobre lo cual no existe deliberación se preserve la justicia y que durante la ejecución del contrato se conserve el equilibrio querido por los contratantes, incluyendo los riesgos que cada uno haya asumido”* (Cárdenas Mejía, J.P., 2009, p.693).

En suma, es claro el énfasis que viene haciéndose a nivel de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina sobre el cambio en la concepción del contrato, reconociéndosele, tal como sucede con los derechos y las libertades, una función económica y social⁴³, con fundamento en la cual, entre otros efectos, se debe

⁴³Esta tendencia se observa en forma marcada en la jurisprudencia constitucional, la cual evidentemente se encamina hacia la socialización del derecho privado de los contratos, como se ve reflejado en numerosos pronunciamientos en los que la Corte Constitucional ha reconocido que el ejercicio de la autonomía de la voluntad debe enmarcarse dentro del principio de solidaridad e igualdad sustancial, señalándose el *“... nuevo sentido que a la luz de la Constitución ella -se refiere a la autonomía de la voluntad.- ha adquirido como instrumento del particular cuyo ejercicio debe hacerse dentro de los límites del bien común y consultando el principio de la solidaridad social (CP arts. 1 y 333)”*, para concluir que *“Si la propiedad, la empresa y la iniciativa económica, todas tienen una función social e implican responsabilidades (CP arts. 58 y 333), no puede la institución del contrato.... ser una ínsula alejada del influjo y proyecciones de los principios de la solidaridad y de utilidad social a los cuales debe subordinarse.*

(...) En todo caso, no será posible lograr la vigencia de un orden justo si la categoría del contrato, que por sí sola responde de una porción significativa de las relaciones sociales, no es examinada por el Juez y asumida por los particulares con un mínimo criterio de justicia sustancial (CP arts. 2 y 13).” Corte Constitucional, Sentencia T-240/93. M.P. Eduardo Cifuentes. Exp. T-9665. Actor: Vela Jaramillo Enrique y otro.

destacar, por un lado, que la posibilidad de su adaptación o revisión en circunstancias de excesiva onerosidad sobreviniente lógicamente se aborda con menos reservas y, por otro, que se admiten escenarios de corrección del desequilibrio sobreviniente por fuera de los límites de la teoría de la imprevisión.

Por otra parte, no se puede dejar de insistir en el papel preponderante del principio de la buena fe durante la ejecución del contrato, pues como se ha señalado, él *“hace surgir un catálogo de deberes de conducta que de acuerdo con la naturaleza la respectiva relación, amplía los deberes contractualmente asumidos por cada parte para con ello realizar en interés contractual de la otra parte”* además de que *“sirve como limitación al ejercicio de los derechos subjetivos proscribiendo el abuso o la desviación en su ejercicio, e impulsa las partes a ser coherentes en su comportamiento evitando contradecir sus propios actos entre otras conductas”*. (Solarte Rodríguez, A., 2004, p. 289).

2. La corrección de situaciones “atípicas” de alteración o desequilibrio económico sobreviniente

A continuación analizaremos algunas situaciones de desequilibrio o excesiva onerosidad sobreviniente que denominamos “atípicas”, significando con esta expresión que todas ellas tienen en común el hecho de no encuadrar rigurosamente dentro de los límites del artículo 868 del Código de Comercio. Frente a algunas de ellas, como veremos, proponemos una interpretación más amplia de los requisitos establecidos en esta norma, mientras que respecto de otras nos inclinamos por contemplar escenarios de restablecimiento del equilibrio contractual distintos de la figura de la imprevisión.

2.1. Presupuestos necesarios

Como hemos dicho, existen algunos casos que, por no enmarcar de modo exacto en todos los presupuestos contemplados en el artículo 886 del Código de Comercio,

hacen necesario analizar la posibilidad de dar una aplicación más amplia a algunos de los requisitos de la teoría de la imprevisión o acudir a otros instrumentos jurídicos que permitan corregir el desequilibrio económico.

En estas situaciones, que pasaremos a comentar por separado, debe partirse de la base, necesariamente, de que se esté en presencia de una alteración grave o fundamental en el equilibrio económico del contrato, como resultado de circunstancias extraordinarias, imprevistas, imprevisibles y ajenas a las partes, de suerte que, sólo tratándose de una situación de onerosidad sobreviniente que reúna estas condiciones, podrá entonces pasar a analizarse si debe acudirse a otros instrumentos de rectificación del desequilibrio sobreviniente o si, como en algunas situaciones proponemos, puede aplicarse la imprevisión dándose una interpretación menos rígida a la norma.

Sólo bajo este supuesto consideramos que, si se reúnen estas características pero falla alguna de las restantes contempladas en el artículo 868 del Código de Comercio, debe entrar a procurarse una corrección del desequilibrio fundamental pues lo contrario equivaldría a patrocinar situaciones de manifiesta inequidad contrarias a la buena fe y a la justicia contractual.

2.2. Casos particulares

Si bien podrían contemplarse otras situaciones atípicas de desequilibrio sobreviniente, haremos referencia a cuatro casos que nos parecen particularmente relevantes: (i) el desequilibrio acaecido entre el momento de presentación de la oferta y la celebración del contrato, (ii) la situación de desequilibrio en contratos ejecutados o concluidos, (iii) el desequilibrio originado en circunstancias anteriores a la celebración del contrato pero conocidas por la parte en desventaja con posterioridad a su celebración y, finalmente, (iv) el desequilibrio económico de los contratos unilaterales, gratuitos y aleatorios.

2.2.1 El desequilibrio acaecido entre el momento de la presentación de la oferta y la celebración del contrato

Según hemos visto antes, de acuerdo con el artículo 868 del C. de Co., las circunstancias extraordinarias determinantes de la grave alteración económica deben ser posteriores a la celebración del contrato. Sin embargo, bien puede ocurrir que los hechos sobrevinientes tengan lugar con posterioridad a la presentación de la oferta y antes de la aceptación, pudiendo romperse *“el equilibrio previsto por el oferente en forma excepcionalmente gravosa”*. (Cárdenas Mejía, J.P. 2009, p.708)

En estos casos creemos que se debe dar aplicación a la teoría de la imprevisión, mediante una interpretación del requisito legal que consulte no sólo el estricto tenor literal de la norma sino su sentido, contexto y finalidad, es decir armonizando el método de interpretación gramatical con el método sistemático que permite *“encontrar el sentido de las disposiciones a partir de la comparación con otras normas que pertenecen al orden jurídico legal y que guardan relación con aquella”*, y con el método teológico o finalista que *“se basa en la identificación de los objetivos de la legislación, de manera que resulta justificada una interpretación del precepto legal, cuando ese entendimiento concuerda con tales propósitos”* (Corte Constitucional, sentencia C-054/16 del 10 de febrero de 2016)

Al respecto, es de señalar que al resolver la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 27 del Código Civil que establece el método de interpretación gramatical, la Corte Constitucional tras citar, a título de ejemplo, algunas sentencias en las que precisamente se determinó el sentido de una disposición a partir de la integración entre varios de los métodos de interpretación de la ley, concluyó que la interpretación gramatical prevista en el artículo 27 del C.C. es *“una de las reglas hermenéuticas para la interpretación de la ley, que no es única y en todo caso no puede ser entendida de manera aislada, sin tener en cuenta que forma parte de un conjunto de reglas de interpretación, que se complementan y*

armonizan para desentrañar el contenido de un texto legal” (Corte Constitucional, sentencia C-054/16 del 10 de febrero de 2016)

En este orden de ideas, haciendo un ejercicio de interpretación de la norma que armonice los distintos métodos de hermenéutica, puede decirse, a nuestro juicio, que si la teoría de la imprevisión se encamina a la corrección del desequilibrio sobreviniente por la ocurrencia de circunstancias que alteran la economía del contrato, como claramente se desprende del tenor del artículo 886 del C. de Co., cuando el proceso de estructuración de la ecuación contractual no comienza con el perfeccionamiento mismo del contrato sino que arranca un estadio atrás mediante la formulación de una oferta, en la que se consignan por el oferente las condiciones y bases del negocio jurídico en proceso de celebración, cumplirán con el requisito de ser posteriores o sobrevinientes aquellas circunstancias externas, imprevistas e imprevisibles que tengan lugar con posterioridad a la oferta.

Sólo con esta interpretación se cumplirá el propósito perseguido por la norma, sin atender exclusivamente su tenor literal. Adicionalmente, debe advertirse que no se trata de una interpretación que resulte exótica o extraña a la tradición de nuestra jurisprudencia civil, como se puede verificar, por ejemplo, con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en las que se analiza la posibilidad de rescindir por lesión enorme los contratos de compraventa cuando éstos han estado precedidos de promesa, supuestos en los cuales el justo precio debe analizarse para la época de la promesa y no para la época de la compraventa.

Conviene detenerse brevemente en este último punto para recordar como la Corte Suprema de Justicia ha señalado que si bien el artículo 1947 del Código Civil en punto a la rescisión de la venta por lesión enorme dispone que *“El justo precio se refiere al tiempo del contrato”*, cuando la compraventa está antecedida de un contrato de promesa no puede desconocerse el vínculo de causalidad existente entre ambos contratos, así como tampoco *“los dictados de la equidad”* y *“los datos que ofrece la realidad social, factores estos que condicionan toda interpretación*

científica y sana de la ley” (C.S.J. cas.civ., sentencia 23 de julio de 1969), como consecuencia de lo cual ha concluido que podría darse cabida a la acción de rescisión por lesión enorme en la situación descrita, pero tomando en consideración el justo precio al tiempo de la celebración del contrato de promesa y no el de la celebración del contrato de venta prometido.

En este sentido, en efecto, sostuvo la Corte en sentencia del 23 de julio de 1969 que *“Esta vinculación causal entre los referidos actos jurídicos suscita en punto de la lesión enorme un delicado problema que plantea la impugnación, cual es el de definir si este vicio opera automáticamente en todos los casos en que la ley lo erige como tal, por el sólo hecho de ofrecerse al tiempo del otorgamiento del acto afectado y en la magnitud fijada por la ley, o si, por el contrario, habida cuenta de que las condiciones de dicho acto han debido quedar definitivamente pre-estipuladas en la promesa, ésta última influye en la determinación del vicio, ya para descartar totalmente la eficacia del mismo, o ya para imponer la necesidad de examinar la economía del negocio a través de todo el proceso de su desarrollo, o sea relacionando las circunstancias existentes al perfeccionarse el acto prometido con las que se dieran al tiempo de la promesa de celebrarlo”*. (C.S.J. cas.civ., sentencia 23 de julio de 1969).

Debe destacarse, por su evidente similitud con la situación que se analiza, que la Corte llegó a la conclusión que se ha mencionado, tras dejar de lado las dos posturas antagónicas tradicionalmente expuestas por la doctrina civilista, de acuerdo con las cuales, mientras que para algunos debía rechazarse toda cabida a la lesión enorme en los casos en que la compraventa estuviere precedida de una promesa, para otros doctrinantes, en cambio, la lesión enorme siempre tendría cabida respecto de aquellos actos que la ley establece y cuando se alcanzare el límite determinado en la ley, pero teniendo en cuenta única y exclusivamente el justo precio evaluado al momento del contrato, debiendo que rechazarse *“toda influencia a la promesa en la ponderación de la lesión del acto prometido”*. Frente a lo anterior, la Corte estimó en la sentencia citada, reiterada posteriormente en distintas

providencias, que ambas posiciones desconocen la realidad social, caracterizada por un uso cada vez más generalizado de las promesas de compraventa en las transacciones inmobiliarias, a la vez que no consultan los postulados de la equidad y la finalidad de la institución de la lesión enorme, elementos todos que deben ser ponderados a fin de adoptar una “*interpretación científica*” de las normas, apoyada, además, “*en el postulado de la buena fe en la ejecución de los actos jurídicos consagrado en el artículo 1603 del C. Civil*”.⁴⁴ (C.S.J. cas.civ., sentencia 23 de julio de 1969).

2.2.2 La onerosidad sobreviniente en contratos ejecutados o concluidos

Se ha debatido la posibilidad de dar aplicación a la teoría de la imprevisión frente a contratos ejecutados y al respecto existen posiciones encontradas. La Corte Suprema de Justicia, desde las sentencias proferidas en los años treinta y de ahí en adelante, ha sostenido reiteradamente la posición mayoritariamente acogida, consistente en que la figura “*no tiene cabida, ni puede aplicarse sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos, porque entonces el acto jurídico ya no existe, de suerte que por más que pudiera ampliársela no se podría llegar a la revisión del contrato por ministerio de la Justicia, puesto que la teoría sólo se inspira en la idea del equilibrio contractual*” (C.S.J. cas.civ., sentencia 29 de octubre de 1936). Esta posición se fundamenta en que si el efecto previsto en el artículo 868 del Código de Comercio frente a la excesiva onerosidad sobrevinida es la revisión de las condiciones contractuales y, en su defecto, la terminación del negocio jurídico, por sustracción de materia no puede aplicarse la teoría de la imprevisión si

⁴⁴ En efecto, en la citada sentencia se lee: “... *la compraventa de bienes inmuebles, como cualquiera otro de los actos susceptibles del vicio de la lesión, puede estar o no precedida de una promesa de celebrarla. En el primero de tales eventos existen ... dos actos distintos y unidos entre sí por un vínculo de causalidad ... Esta vinculación causal entre los referidos actos jurídicos suscita en punto de la lesión enorme un delicado problema que plantea la impugnación, cual es el de definir si este vicio opera automáticamente en todos los casos en que la ley lo erige como tal, por el sólo hecho de ofrecerse al tiempo del otorgamiento del acto afectado y en la magnitud fijada por la ley, o si, por el contrario, habida cuenta de que las condiciones de dicho acto han debido quedar definitivamente pre-estipuladas en la promesa, ésta última influye en la determinación del vicio, ya para descartar totalmente la eficacia del mismo, o ya para imponer la necesidad de examinar la economía del negocio a través de todo el proceso de su desarrollo, o sea relacionando las circunstancias existentes al perfeccionarse el acto prometido con las que se dieran al tiempo de la promesa de celebrarlo.*”(C.S.J. Cas. Civ. 23 de julio de 1969)

el contrato se encuentra ya ejecutado pues nada habría por corregir o revisar ni tampoco por terminar.

Frente a la anterior posición, recientemente han comenzado a pronunciarse algunos doctrinantes manifestándose en sentido contrario y afirmando que en estos casos, cuando la parte afectada actuó de buena fe, es posible acudir a la teoría imprevisión y dar aplicación al artículo 868 del Código de Comercio. En este sentido se pronuncia el profesor Juan Pablo Cárdenas⁴⁵, para quien *“... el artículo 868 del código de comercio debe ser interpretado en concordancia con el principio de la buena fe, por lo cual el contratista no puede perder el derecho a solicitar la revisión del contrato cuando ha actuado diligentemente y la falta de demanda judicial durante la ejecución del contrato obedece, por ejemplo, a que la conducta de la otra parte no la hacía necesaria. Es el caso en que la otra parte manifiesta estar dispuesta a discutir y reconocer posteriormente los derechos correspondientes a los eventos imprevistos que han afectado el equilibrio del contrato”* (Cárdenas Mejía, J.P., 2009, p. 710)

A nuestro juicio, si tenemos en cuenta que, como ya se analizó atrás, la consecuencia que el legislador contempla frente a la aplicación de la teoría de la imprevisión es la revisión del contrato con miras a su adaptación a las nuevas condiciones y, subsidiariamente, la terminación del contrato, la posición sostenida por la Corte es ajustada al objeto y alcance de la figura de la imprevisión, por lo que

⁴⁵ Esta misma postura es adoptada por Álvaro Mendoza Ramírez en: Mendoza Ramírez, A. 2015, señalando que siempre que se haya efectuado el respectivo reclamo por la parte afectada –pues lo contrario implicaría una aceptación de las nuevas condiciones que imposibilitaría un posterior reclamo en virtud de la imposibilidad de contradecir el acto propio- si se hubiere continuado ejecutando las prestaciones en todo caso *“queda abierta la posibilidad de pedir, no sólo el ajuste de lo ejecutado inmediatamente antes, sino las consecuencias de aquello que se cumplió luego del reclamo. Cuando defendemos los puntos anteriores no entendemos entrar en contradicción con la exigencia de que se trate de ‘prestaciones de futuro cumplimiento’, por cuanto es claro que aquellas no satisfechas eran futuras en el momento del reclamo. Además, que el entendimiento del futuro cumplimiento no debe reducirse, necesariamente, a cuanto ocurre después del reclamo, sino que bien puede entenderse como referido a cuanto acontece luego de la aparición de las circunstancias posteriores, no previstas o imprevisibles. Respecto de las que alcanzaron a ejecutarse inmediatamente antes, debe tenerse en cuenta que apreciar el impacto de las circunstancias sobrevinientes no es tarea siempre fácil, ni necesariamente inmediata, a la vez que la necesidad de presentar el reclamo oportuno debe contar con el plazo tácito antes mencionado. Lo importante para nosotros en este punto es que el reclamo pueda ser calificado como oportuno”*. (Mendoza Ramírez, A., 2015, p.p.22-23)

no consideramos que en el evento que se analiza haya cabida a interpretaciones extensivas del artículo 868 del Código de Comercio que conducirían a la revisión hacia el pasado de contratos ejecutados o terminados, en clara contradicción con los efectos que el artículo 868 del Código de Comercio contempla expresamente como consecuencia de la aplicación de la teoría de la imprevisión, cuyo alcance, como ya se analizó, se enmarca en la revisión hacia el futuro y, en su defecto, la terminación del contrato desequilibrado. A pesar de las razones de conveniencia y justicia que puedan esgrimirse en sentido contrario, no debe desconocerse el carácter restringido de las consecuencias previstas por el legislador frente a la imprevisión en el campo del derecho privado.

En suma, estamos aquí en uno de los casos en donde no es posible lograr el restablecimiento del desequilibrio contractual sobreviniente por la vía de aplicación de la teoría de la imprevisión, lo que en modo alguno supone que la parte afectada quede desprovista de toda posibilidad de protección frente a la onerosidad sobrevenida por el sólo hecho de haber dado cumplimiento a las prestaciones a su cargo. Por el contrario, en nuestra opinión, más que acudir a “flexibilizaciones” de la norma que terminarían por contradecir el sentido y alcance de la figura, debe más bien analizarse si existirían otros instrumentos jurídicos que permitan corregir la inequidad que se produciría en la situación que nos ocupa. Precisamente la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del 21 de febrero de 2012, dio cabida a esta posibilidad, manifestando al respecto lo siguiente:

“La revisión por imprevisión, es inadmisiblesi la prestación, no obstante la excesiva onerosidad se cumplió, lo cual salvo protesta, reserva o acto contrario, denota aceptación, tolerancia o modificación por conducta concluyente de la parte afectada. Aún, satisfecha con reserva o protesta, al extinguirse definitivamente, clara es su improcedencia, por versar sobre la prestación cuyo cumplimiento posterior sobreviene oneroso en exceso, y predicarse de la relación vigente ad futurum. Empero, por cuanto la imprevisión supone tanto el vigor del contrato como de la prestación de cumplimiento futuro, y no faculta a la parte afectada para incumplir la obligación, ni encarna elemento extraño o causa de imposibilidad obligatoria, en

oportunidades, la revisión para corregir el desequilibrio, o en su caso, terminar el contrato, se frustra ante el cumplimiento o la terminación del contrato, en tanto obligada la parte a cumplir, el cumplimiento extingue la prestación, y extinguida por sustracción de materia, resulta entonces impertinente la revisión bajo la regla consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, juzga la Sala que reclamada la revisión antes y hecho reserva expresa la parte afectada al instante de cumplir la prestación excesiva o desequilibrada, no debe soportarla y tiene derecho a obtener el reajuste, desde luego, no a través de la imprevisión, sino de las otras vías consagradas por el ordenamiento jurídico, pues lo contrario equivaldría a patrocinar una situación manifiestamente injusta, inequitativa y lesiva de la justicia contractual.” (C.S.J. cas. civ., sentencia del 21 de febrero de 2012).

Como puede verse, la Corte admitió expresamente la viabilidad de contemplar otros escenarios de corrección del desequilibrio sobreviniente por fuera de la teoría de la imprevisión para supuestos como el que se analiza, aunque no entró a estudiar cuáles serían dichos instrumentos. Ahora bien, en nuestra opinión, el mecanismo que tendría aplicación en este evento consiste en la responsabilidad civil por el incumplimiento de los deberes secundarios de conducta derivados de la buena fe contractual y, en particular, de los deberes que, según se expuso atrás, tienen a su cargo las partes cuando se enfrentan ante un grave desequilibrio sobreviniente, esto es, los que obligan a buscar la renegociación del contrato desequilibrado en procura de respetar la estructura económica del contrato querida por las partes, las expectativas legítimas y el resultado útil de las prestaciones.

Al respecto, como hemos dicho antes, cuando se encuentran las partes ante la ocurrencia de circunstancias determinantes de grave desequilibrio económico están en la obligación de renegociar de buena fe el contrato y distribuir de modo justo y equitativo los sobrecostos y cargas resultantes de la situación extraordinaria sobreviniente, de suerte que si el contratante que no resulte afectado con el desequilibrio incumple este deber mientras que, por el otro lado, la parte en desventaja cumple sus prestaciones no obstante la excesiva onerosidad, ésta última tendrá derecho al resarcimiento de los perjuicios sufridos.

Nótese que precisamente el supuesto que contempla Cárdenas Mejía, atrás citado, en el sentido de que el contratante hubiere ejecutado el contrato porque la otra parte le expresó “*estar dispuesta a discutir y reconocer posteriormente los derechos correspondientes a los eventos imprevistos*” claramente lo que constituye, a nuestro juicio, es un manifiesto incumplimiento a los deberes de la buena fe que, en consecuencia, generan acción de responsabilidad civil pero no la aplicación de la teoría de la imprevisión.

Ahora bien, debe añadirse que si no existiere posibilidad de acudir a la acción de responsabilidad civil originada en el incumplimiento de los deberes emanados de la buena fe en la ejecución del contrato debido a que no se cumplen los presupuestos propios de la responsabilidad civil, podría eventualmente entrar a considerarse, tras descartar lógicamente que no se trata de una actuación en contradicción con el acto propio, el ejercicio de una acción por enriquecimiento sin causa, con fundamento en el artículo 831 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 8 de la Ley 153 de 1887. Sin embargo, la aplicación de esta figura sólo cabe a falta de toda otra posible acción a través de la cual pueda reclamarse la corrección o reparación de patrimonial, pues la acción in rem verso es excepcional y de naturaleza eminentemente residual, es decir que sólo es procedente en tanto en cuanto el demandante no disponga de otro tipo de acción mediante la cual pueda procurarse la compensación frente al traslado patrimonial injustificado. No sobra aquí reiterar que, no obstante las razones de justicia que pudieran esgrimirse, no puede desconocerse el efecto restringido que el legislador ha contemplado para la teoría de la imprevisión – consistente exclusivamente en la revisión y en su defecto la terminación del contrato, como tanto se ha señalado- con el fin de atribuir consecuencias jurídicas no previstas por el legislador, circunstancia a la que se suma la existencia de otras instituciones jurídicas a través de las cuales puede responderse adecuadamente frente a situaciones de alteración fundamental en la economía del contrato. Paralelamente con la teoría de la imprevisión, convergen otros mecanismos que permiten asegurar o restablecer las condiciones

contractuales, de suerte que no dar en estos casos una aplicación extensiva, amplificada o analógica a la figura de la imprevisión no implica automáticamente frustrar toda posibilidad de protección de la parte en desventaja, como ya hemos señalado suficientemente en otros apartes.

2.2.3 El desequilibrio originado en circunstancias anteriores a la celebración del contrato pero conocidas con posterioridad a su celebración.

No es cuestión sencilla definir cuál es la solución que debe adoptarse frente a un evento de desequilibrio ostensible originado en circunstancias anteriores a la celebración del contrato que vienen a ser conocidas por la parte en desventaja con posterioridad. En estas situaciones, a nuestro juicio, debemos analizar distintas posibilidades que pueden presentarse de acuerdo con las circunstancias particulares del caso concreto. Un primer escenario a considerar, estaría dado por un desequilibrio originado en el incumplimiento de los deberes de lealtad, información y advertencia, cuya consecuencia sería la responsabilidad civil con miras a obtener la indemnización de los perjuicios causados como consecuencia directa de la inobservancia de estos deberes de conducta emanados de la buena fe y exigibles desde la etapa precontractual⁴⁶. Por supuesto ante una situación como la que se analiza, será necesario evaluar, paralelamente, la diligencia adoptada por la parte afectada, a quien le asiste una carga de sagacidad y previsión.

Otro posible escenario sería el de la existencia de un error constitutivo de un vicio del consentimiento, cuyo tratamiento corresponde al propio de la invalidez del negocio jurídico, distinto del de la imprevisión y del de la responsabilidad civil.

Finalmente, dependiendo de la situación de hecho de que se trate, podría también haber lugar, a nuestro juicio, a la aplicación de la teoría de la imprevisión, en el evento en que, descartada la nulidad originada en error y con independencia de una

⁴⁶ A la misma conclusión se llegaría tratándose del incumplimiento de los deberes de renegociación de las condiciones contractuales, caso en el cual, se repite, la acción correspondiente encaminada a la reparación de los daños, sería la propia de la responsabilidad civil, bajo los supuestos y requisitos que la misma supone.

posible violación de deberes secundarios de conducta, se encuentren dados los presupuestos de alteración ostensible de la economía del contrato por la ocurrencia de circunstancias anormales, imprevistas e imprevisibles y ajenas a los riesgos asumidos por los contratantes.

En efecto, si bien en su sentencia del 21 de febrero de 2012 la Corte descartó expresamente esta posibilidad⁴⁷ al considerar la Corte que se trataría en este caso de un desequilibrio congénito y no sobrevenido, estimamos que dentro de la base del negocio quedan comprendidas las condiciones materialmente existentes al momento de celebrar el negocio jurídico y aquellas circunstancias que las partes entendieron o supusieron existentes al momento de la celebración del contrato y de acuerdo con las cuales estructuraron la economía del contrato y manifestaron su consentimiento, de tal suerte que si con posterioridad al consentimiento de los contratantes son conocidas por las partes circunstancias extraordinarias que alteran gravemente este conjunto de condiciones, puede concluirse que han “acaecido circunstancias sobrevinientes” que, al reunir los restantes requisitos del artículo 868 del C. de Co., permitirían la aplicación de la teoría de la imprevisión⁴⁸.

⁴⁷Al respecto, en efecto, la sentencia citada señala: “La sobreviniencia de las circunstancias es inmanente al cambio o mutación del equilibrio prestacional en la imprevisión. Las causas preexistentes, aún ignoradas al celebrarse el contrato y conocidas después por la parte afectada, no obstante otra percepción (p.ej., art. 6.2.2, “(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;” Principios Unidroit, 2010), envuelven desequilibrio congénito, y escapan a la revisión ex artículo 868 del Código de Comercio, a cuyo tenor se autoriza cuando son “posteriores a la celebración de un contrato”. En afán de precisión, la ignorancia de circunstancias preexistentes al tiempo del contrato, no legitima la imprevisión, y podrá originarse en quebranto del deber de información, lealtad, probidad, corrección, buena fe, las cargas de sagacidad, previsión o, configurar una hipótesis de error provocado o espontáneo, cuyo tratamiento es diferente a la imprevisión. En idéntico sentido, el desequilibrio prestacional congénito inicial, encuentra solución en otras figuras, verbi gratia, la rescisión o reducción del exceso a causa de una manifiesta desproporción e iniquidad prestacional o económica por estado de necesidad o de peligro (arts. 1550, 1551 y 1844 y ss. C. Co.), esto es, aprovechamiento por una parte de la conocida condición de debilidad, inferioridad, apremio o necesidad de la otra para obtener una ventaja excesiva e indebida, valorada por el juzgador y traducida en un acto desequilibrado o inicuo que, a diferencia de la fuerza, estricto sensu no comporta per se intimidación singular de una persona determinada sobre otra para obligarla a contratar (arts. 1514 y 1025 [4] C. C; 1.º, 2.º y 9.º, Ley 201 de 1959), la inherente a la lesión enorme (laesio enormes) en los contratos taxativamente enunciados por el legislador dándose la afectación tarifada o, en aquéllos cuyo desequilibrio es inferior o no están previstos, y en los restantes, según la disciplina general, la buena fe, la equidad y justicia contractual”. (C.S.J. cas. civ., sentencia del 21 de febrero de 2012)

⁴⁸ En este mismo sentido se pronuncia Juan Pablo Cárdenas, afirmando sobre el punto que se analiza: “El texto literal de la ley se orienta en el sentido que los eventos deben ser físicamente posteriores al contrato. Sin embargo, la razón de ser de la teoría de la imprevisión, justifica que la misma se aplique incluso a eventos que ya habían ocurrido pero las partes no conocían”. (Cárdenas Mejía, J.P., 2009, p. 709). De igual forma, en este sentido el artículo 6.2.2. de los Principios Unidroit coinciden con esta misma conclusión, al disponer dentro de

Refuerza la interpretación que proponemos, fundada como se ha dicho en la teoría de la base del negocio jurídico acogida en el artículo 868 del C. de Co. y así mismo en la finalidad de la figura de la imprevisión, lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 2060 de Código Civil que consagra una manifestación de la teoría de la imprevisión, según vimos y a la que cabe acudir en virtud del método de interpretación sistemático de la ley, de acuerdo con el cual puede establecerse el sentido de una disposición comparándola con otras que guarden relación con aquella. En efecto, esta norma, relativa a los contratos para la confección de una obra material, contempla justamente la situación de hecho que nos ocupa, disponiendo al efecto que las *“circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo”* que *“ocasionaren costos que no pudieron preverse”*, serán reconocidos por parte del dueño de la obra a favor del contratista y que en tal caso éste último podrá solicitar al juez *“que decida si ha debido o no preverse el recargo de la obra y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda”*.

2.2.4 La situación de los contratos unilaterales, gratuitos y aleatorios

Para finalizar, resta una corta reflexión en punto a los contratos unilaterales, gratuitos y aleatorios. Como hemos visto, el artículo 868 del Código de Comercio consagra la teoría de la imprevisión para los contratos onerosos conmutativos y de ejecución sucesiva, periódica o diferida. Esto significa que quedarían en principio por fuera del alcance de la figura contratos de naturaleza distinta a la señalada, como es el caso de los contratos aleatorios, los gratuitos y los unilaterales, respecto de los cuales cabe entonces preguntarse si no obstante el tenor literal del artículo 868 del C. de Co. podrían quedar cobijados por la teoría de la imprevisión, en el evento en que con posterioridad a su celebración se presenten alteraciones fundamentales en su estructura económica como resultado de circunstancias

los requisitos para la aplicación de la figura que las situaciones extraordinarias tengan ocurrencia o lleguen a ser conocidas por la parte en desventaja con posterioridad a la celebración del contrato.

anormales, imprevistas e imprevisibles y ajenas a los riesgos inherentes al contrato o asumidos por las partes.

Algunos autores se han pronunciado acerca de esta problemática, señalando en respuesta al interrogante planteado, que debe habilitarse la imprevisión para otros contratos distintos de los onerosos conmutativos e incluso para actos jurídicos unilaterales⁴⁹, aunque se precisa definir cuál es el fundamento que permite llegar a esta conclusión, si la aplicación analógica de la ley de conformidad con el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 o la interpretación extensiva o amplificada del artículo 886 del C. de Co. Conviene, entonces, una corta referencia sobre el particular, con el fin de arribar a conclusiones que, más allá de posibles motivos de conveniencia y justicia, atiendan los métodos de interpretación e integración destinados a resolver situaciones como la que se analiza.

Escapa al alcance de este estudio analizar detenidamente el tema de la integración de las normas jurídicas, enderezado a llenar los vacíos que puedan presentarse en la legislación. Tampoco es el caso detenernos en la revisión de los distintos métodos de interpretación que existen para determinar el sentido de las normas. Baste resaltar a este respecto, por un lado, que frente al postulado de la autonomía de la voluntad y la normatividad del negocio jurídico, la teoría de la imprevisión tiene, de acuerdo con lo analizado atrás, un carácter excepcional y por otro, que encontrándose regulada la figura en el artículo 868 del Código de Comercio, no estamos en presencia de una laguna o vacío normativo que permita la utilización de la analogía.

En punto a la analogía, conviene recordar que, tal como ha señalado la Corte, “*mediante la analogía no se trata de establecer el significado de una norma sino de suplir o salvar un defecto del material normativo del que del modo inmediato se dispone*” (C.S.J. cas. civ. sentencia del 1 de diciembre de 2008), situación que no

⁴⁹ En este sentido puede verse: Mendoza Ramírez, A (2015), Cárdenas Mejía, J.P (200) y Bonivento Jiménez, J (2009).

se presenta en el caso que analizamos, comoquiera que en el artículo 868 del C. de Co. el legislador mercantil consagró de modo expreso la teoría de la imprevisión, estableciendo claramente los contratos objeto de su aplicación, es decir que no existe en verdad un vacío que permita conducir a la aplicación de la teoría de la imprevisión, por vía analógica, a contratos distintos de los onerosos conmutativos⁵⁰.

⁵⁰ Al respecto es ilustrativo ver el completo análisis expuesto por la Corte sobre los requisitos para la aplicación de la analogía y su diferenciación con el silencio intencional del legislador, en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 1 de diciembre de 2008, M. P. Arturo Solarte Rodríguez, Ref: 41298-3103-001-2002-00015-01. En esta sentencia, que recoge la postura expuesta por la Corte en sentencia proferida el 6 de julio de 2007 (Expediente No. 1998-00058-01), se estudió la posibilidad de habilitar la figura de la lesión enorme en la dación en pago, concluyéndose que no es posible aplicar la lesión enorme en la dación en pago, teniendo en cuenta, fundamentalmente: (i) que la dación en pago, como mecanismo de extinción de las obligaciones, tiene una naturaleza autónoma, independiente y distinta de la compraventa; (ii) que no debe desconocerse el carácter sancionatorio, restringido y excepcional de la lesión enorme; y (iii) finalmente, que no se reúnen los presupuestos para la aplicación analógica de la norma. Frente a este último punto, profundizó la Corte precisamente en los requisitos que de acuerdo con el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 se requieren para aplicar la analogía, señalando sobre el particular lo siguiente:

“Pertinente es resaltar, en primer término, que la puerta de acceso a la utilización de la analogía es la existencia de una verdadera laguna o vacío normativo, requisito que debe diferenciarse del silencio intencional que en la regulación de una determinada materia, hubiere guardado el legislador.

En efecto, una cosa es que la ley no se ocupe de disciplinar completamente un específico instituto jurídico y que, como consecuencia de ello, uno o varios aspectos de él carezcan de normatividad, derivándose de esa omisión, total incertidumbre sobre el tratamiento o manejo que debe darse a los mismos; y otra, bien diversa por cierto, es que en la reglamentación de un tema, el legislador, a propósito, no hubiese previsto para él determinadas consecuencias, sin que su silencio, por tanto, signifique vacío legal alguno.

De suyo, que sólo en el primero de esos supuestos, cabría recurrir a la analogía para encontrar la solución aplicable, mas no en el segundo, pues si en un evento con esas particularidades así se obrara, el intérprete haría suya la función legislativa y, por esta vía, idearía una norma precisamente no querida por el legislador, lo que conllevaría un claro desconocimiento del genuino sentido de la ley, además de una vulneración a las reglas de la competencia, grosso modo consideradas.

Como lo ha explicado la doctrina, mediante la analogía “no se trata de establecer el significado de una norma, sino de suplir o salvar un defecto del material normativo del que de modo inmediato se dispone. Por ello, el tema general de la integración de las normas se conoce en la técnica con el nombre de lagunas del Derecho, y abarca también el modo o procedimiento para ampliar o llenar tales lagunas”, que se presentan “cuando existe una deficiencia en la ley o... cuando nos encontramos con una inexistencia de ley aplicable al punto controvertido. Es un hecho que la ley presenta estas deficiencias en todo tiempo y lugar, porque no puede abarcar en su supuesto de hecho general y abstracto todos los posibles casos que nacen durante su vigencia y que no pudieron ser previstos por el legislador...Aquí nos basta con consignar que estamos en presencia de una laguna de la ley, cuando carezca un supuesto de hecho concreto y determinado de regulación legal...” (Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón. Sistema de derecho civil. Vol. I. Madrid, Tecnos, 2003, pág. 178).
(...)

6.9. Es que en tratándose de analogía, deben distinguirse los genuinos vacíos normativos que, de forma legal, activan ese mecanismo de integración del derecho-laguna auténtica-, de aquellas situaciones en que, “desde la perspectiva valorativa nos encontramos frente a una laguna-llamada también laguna político jurídica, laguna no auténtica, laguna de *lege ferenda*, laguna ideológica o laguna crítica-”, consistente en que “existiendo una norma en el derecho positivo que comprende y soluciona un caso determinado, esta solución se presenta como injusta o poco conveniente; y que se puede abreviar llamándola como una *ausencia de regulación satisfactoria*. Esta última clase de laguna es una falsa laguna porque-como lo apuntamos anteriormente-aquí existe una expresa regulación, pero lo que falta es una norma mejor o una disposición más justa. Si la ley no es incompleta sino defectuosa (laguna axiológica), entonces no está permitida una integración del orden jurídico, sino un desarrollo del derecho superior de la ley. Aquí el juez no se enfrenta a la necesidad de integrar el ordenamiento jurídico, ni se halla ante una genuina laguna que lo pueda inducir a aplicar la analogía. El único

Así las cosas, la corrección del desequilibrio tratándose de figuras contractuales que no enmarcan dentro de los lineamientos del artículo 868 del Código de Comercio, como es el caso de los contratos de naturaleza distinta a los onerosos conmutativos, debe ser obtenida mediante los demás instrumentos que la legislación contempla para remediar la excesiva onerosidad o el desequilibrio contractual sobrevinientes, a partir de los postulados de la buena fe, la justicia contractual y la equidad; por esta vía, en algunos de estos supuestos estaríamos en la posibilidad de analizar la viabilidad de una acción de responsabilidad en caso de incumplimiento de los deberes secundarios de conducta emanados de la buena fe.

En su sentencia del 21 de febrero de 2012 tantas veces citada, la Corte Suprema de Justicia se inclinó por esta conclusión, al manifestar que la excesiva onerosidad de los contratos aleatorios producida por circunstancias sobrevinientes y extraordinarias, cuando fueran ajenas al riesgo inherente del contrato, debía ser corregida, no mediante la aplicación extensiva de la imprevisión contractual, sino a través de otros vehículos establecidos en el ordenamiento jurídico que serían aplicables. En efecto, en la citada sentencia se señala lo siguiente:

“En torno a los contratos aleatorios, la realidad muestra la probable alteración sobrevinida de la equivalencia prestacional, o su excesiva onerosidad en el cumplimiento. Contraría la lógica descartar su presencia ulterior, en especial,

expediente válido es respetar el derecho vigente sin excusa y dilación alguna, aunque atemperado por la idea de una justicia flexible: la equidad. El principal peligro de las denominadas lagunas axiológicas es subvertir el concepto técnico de lagunas, identificándolas con las lagunas normativas, lo que no sólo implica un grueso error conceptual, sino un procedimiento encubierto caracterizado por pretender llenar una laguna cuando en realidad se busca alterar el derecho vigente” (José Luis Castillo Alva, Manuel Túpez Luján y Roger Zabaleta Rodríguez. Razonamiento Judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales. Ara Editores-Axel Editores, Bogotá, 2007, págs. 134 y 135; se subraya).

En situaciones como la descrita, no pueden los jueces, ni la Corte como uno de ellos, abrogarse para sí la función de modificar o sustituir el ordenamiento jurídico vigente, así procuren que esa actividad quede disimulada con el ropaje de la aplicación analógica, menos cuando el fruto de ese laborio desemboque en una regla que contraría abierta y frontalmente el querer del legislador, que en el caso de la lesión enorme no fue otro que autorizarla sólo para ciertos actos y contratos y, por consiguiente, impedir su utilización en los restantes, entre ellos, la dación en pago.”

tratándose de aleas anormales, ajenas o extrañas al tipo concreto de contrato aleatorio o a su estructura, disciplina legal o a la negociación, previsión, dosificación, distribución y asunción de los riesgos. En estos eventos, procede corregir toda alteración ulterior, imprevista e imprevisible, por fuera o más allá del riesgo propio o alea normal de estos negocios, naturalmente no bajo la regla comentada sino a través de los otros mecanismos singulares (v. gr., la revisión ex art. 1060 del C. de Co, en el seguro), ya los inherentes a la definición o regulación del tipo contractual específico, ora los generales de la buena fe, la equidad y justicia contractual, por cuanto en ningún contrato puede imponerse a una parte soportar al infinito todos los riesgos, menos los anormales so pretexto de la incertidumbre prestacional, el azar, albur o contingencia” (C.S.J. cas. civ., sentencia del 21 de febrero de 2012).

CONCLUSIONES

En el derecho privado contemporáneo, la equidad y la buena fe tienen cada vez mayor protagonismo, como se evidencia en la preocupación que se viene mostrando insistentemente en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina por la protección del equilibrio contractual, tanto en la etapa de negociación y celebración del contrato, como durante su ejecución.

En este sentido, cuando tienen ocurrencia durante la ejecución del contrato situaciones imprevistas y extraordinarias que rompen el equilibrio contractual y alteran sustancialmente las bases bajo las cuales los contratantes acordaron el negocio jurídico que los vincula, la literalidad del contrato y la autonomía de la voluntad deben armonizarse con los principios de equidad y buena fe, con el fin de corregir las situaciones de ostensible inequidad contractual.

Frente a las situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente, el Código de Comercio consagra la denominada “teoría de la imprevisión” encaminada a la revisión del contrato, con el fin de distribuir entre las partes las cargas resultantes de la alteración en la economía del contrato. Sin embargo, su aplicación en la

práctica ha sido muy escasa y quedan sin duda por fuera de los estrechos lineamientos que se contemplan en la norma, varias situaciones en las que, no obstante estar en presencia de desequilibrios sustanciales resultantes de circunstancias imprevistas, imprevisibles y ajenas a las partes, no se reúnen todos los restantes presupuestos de la figura, de tal suerte que difícilmente podrán ser definidas al amparo del artículo 868 del Código de Comercio. En estos casos, la buena fe, la equidad y la justicia contractual, conducen a la aplicación de otros mecanismos jurídicos mediante los cuales pueda ser corregida la situación de injusta e inequitativa asimetría, en las cuales los deberes secundarios de conducta emanados de la buena fe adquieren papel protagónico.

Con todo, tras analizar la situación que en la práctica se presenta en materia de desequilibrio sobreviniente y las dificultades que se advierten al momento de interpretar los requisitos de la teoría de la imprevisión, encontrando, en efecto, posturas muy disímiles, salta a la vista la necesidad evidente de que la regulación de la figura de la excesiva onerosidad sobreviniente se actualice y adecúe a los tiempos presentes, de tal manera que responda adecuadamente a las preocupaciones del derecho contemporáneo y que, a la vez, ofrezca suficiente claridad acerca de su aplicación en casos en los que la equidad y la justicia contractual lo imponen. Es de significativa importancia adoptar cambios en nuestra legislación en punto a la protección de la justicia conmutativa en los contratos de derecho privado⁵¹.

Bibliografía

Bonivento Jiménez, J. (2009). Algunas reflexiones en torno a la teoría de la imprevisión en el derecho contractual privado colombiano. En A. Venegas Franco,

⁵¹ Nos apartamos, en consecuencia, de la opinión de algunos doctrinantes que al analizar el artículo 868 del Código de Comercio descartan la necesidad de una reforma sustancial, pues advierten a lo sumo unos pocos puntos en los que convendría alguna precisión legislativa. Es el caso de quienes señalan que encuentran en la teoría de la imprevisión tal como está establecida, una solución “*clara y precisa*”, de modo que no es éste “*un frente en el que se advierta... necesidad de modernización*” (Muñoz Laverde, S. 2006, p.37)

J P. Cárdenas Mejía y F. Mantilla Espinosa (eds.), *Estudios de derecho privado: Liber Amicorum en homenaje a César Gómez Estrada* (pp 108-135). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del 11 de diciembre de 2000. La Fortaleza S.A. Compañía de Financiamiento Comercial en Liquidación vs. Salomón Finvarb Mishaan, Mario Londoño Henao, Fernando Londoño Henao, Jorge Ramírez Ocampo y Forum C.N Ltda. Árbitros: Bernardo Carreño Varela (presidente), Francisco Morales Casas y Humberto Mora Osejo.

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del 13 de junio de 2001. Aura Cristina Geithner Cuesta vs. Industria Electrosonora S.A. "Sonolux". Árbitros: Diego Muñoz Tamayo (presidente), Alirio Gómez Lobo y Luis Carlos Rodríguez Herrera.

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del 15 de julio de 2002. Dragados Hidráulicos Ltda. vs. Concesionaria Tibiotoc S.A. ESP. Árbitros: Carlos Darío Tapias (presidente), Sergio Muñoz Laverde y Carlos Alberto Navia Raffo.

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del 21 de octubre de 2004. Empresa de Energía de Boyacá S.A. ESP Vs. Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. Árbitros: María Cristina Morales de Barrios (presidente), Jorge Suescún Melo y Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del 12 de septiembre de 2005. Coninsa & Ramón H S.A. vs. Cámara de Comercio de Bogotá. Árbitros: Gilberto Peña Castrillón (presidente), Jorge Suescún Melo y Juan Pablo Cárdenas Mejía.
Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del 19 de noviembre de 2007.

Consortio Wiesner 2003 vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. Árbitros: Carlos Ariel Sánchez Torres (presidente), María Carolina Rodríguez Ruiz y Alberto Gómez Mejía.

Cárdenas Mejía, J.P. (2009). Justicia y abuso contractual. En F. Mantilla Espinosa y F. Ternera Barrios (eds.), *Los Contratos en el Derecho Privado* (pp 693-720). Bogotá: Legis Editores S.A. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario-Facultad de Jurisprudencia.

Cárdenas Mejía, J.P. (2009). La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo. En F. Mantilla Espinosa y F. Ternera Barrios (eds.), *Los Contratos en el Derecho Privado* (pp 771-807). Bogotá: Legis Editores S.A. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario-Facultad de Jurisprudencia.

Cárdenas Mejía, J.P. (2009) Cláusulas exoneratorias o restrictivas de responsabilidad. En Celis Gómez, J (coord.), *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*. (pp 229-280) Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.

Caro Nieto, J. (2009) La imprevisión: una teoría que se plantea pero no se aplica. En A. Venegas Franco, J P. Cárdenas Mejía y F. Mantilla Espinosa (eds.), *Estudios de derecho privado: Liber Amicorum en homenaje a César Gómez Estrada* (pp 239-275). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Castro, A.M. y Zapata, A.C. (2005). El hardship en los contratos internacionales. *Revist@ e- Mercatoria*. 4 (2), 1-26. Recuperado de <http://heinonline.org>, 4 Rev.E-Mercatoria 1 2005.

Corte Constitucional, Sentencia T-240/93. M.P. Eduardo Cifuentes. Exp. T-9665. Actor: Vela Jaramillo Enrique y otro.

Corte Constitucional, 10 de febrero de 2016, Sentencia C-054/16. Referencia: expediente D-10888. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 27 del Código Civil. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 de octubre de 1936. M.P. Liborio Escallón. En *Gaceta Judicial* XLIV (pp 455 -463).

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia de 25 de febrero de 1937. M.P. Juan Francisco Mujica. En *Gaceta Judicial* XLIV (pp 613-623).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 23 de mayo de 1938. M.P. Arturo Tapias Piloneta. En *Gaceta Judicial* XLVI (pp 523-546).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 23 de julio de 1969. M.P. Guillermo Ospina Fernández. En *Gaceta Judicial* CXXXI (pp 42-56).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 1 de diciembre de 2008. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Ref: 41298-3103-001-2002-00015-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de febrero de 2012. M.P. William Namén Vargas. Exp.11001-3103-040-2006-00537-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 31 de julio de 2014. M.P. Margarita Caballero Blanco. Exp. 68001 31 03 005 2003 00366 01.

Chamie, J.F. (2008). Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato. *Revista de Derecho Privado* (14), 113-138. Recuperado de <http://heinonline.org>, 14 Rev. Derecho Privado 113 2008.

Chamie, J.F (2015) *La adaptación del contrato: el problema de la incompatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento contractual. De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship.*

Escobar Gil, R. (2003). *Teoría general de los contratos de la Administración Pública* (1ª). Bogotá: Editorial Legis.

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* (23), 233-265. Recuperado de <http://heinonline.org>, 23 Rev. Derecho Privado 233 2012.

Gómez Estrada, C (1987). *De los principales contratos civiles*. (2ª). Bogotá: Palma Editores Ltda.

Gutiérrez de Larrauri, N. (2010). La alteración fundamental del desequilibrio contractual: base conceptual de la figura del hardship en los principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales. *Revista de Derecho Privado Universidad de los Andes Facultad de Derecho* (44), 2-40.

Hinestrosa, F. (2001). El principio del pacta sunt servanda: y la estipulación de intereses. *Con-Texto* (12), 32-38. Recuperado de <http://heinonline.org>, 12 Con-texto 32 2001.

Hinestrosa, F. (2014). Función, límites y cargas de la autonomía privada. *Revista de Derecho Privado* (26), 5-39. Recuperado de <http://heinonline.org>, 26Rev. Derecho Privado 5 2014.

Mantilla Espinosa, F y Ternera Barrios, F. (2009). Breves comentarios sobre la revisión judicial del contrato. En F. Mantilla Espinosa y F. Ternera Barrios (eds.), *Los Contratos en el Derecho Privado* (pp 319-324). Bogotá: Legis Editores S.A. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario-Facultad de Jurisprudencia.

Mendoza Ramírez, A. (2015, noviembre). *Excesiva onerosidad sobreviniente*. Ponencia presentada en la Academia Colombiana de Jurisprudencia, con ocasión de su Posesión como Académico Correspondiente de la Corporación. Bogotá,

Colombia. Recuperado de <http://www.acj.org.co/trabajo-de-los-academicos?limitstart=0>.

Muñoz Laverde, S. (2006). Comentarios sobre la teoría de la imprevisión contractual en Colombia. En H. Olano García y J. Oviedo Albán (eds.), *Hacia una comprensión humana del derecho: estudios en homenaje a Roberto Suárez Franco* (pp 217-231). Bogotá: Editorial Temis S.A.

Muñoz Laverde, S. (2015). Equilibrio financiero en los contratos privados. Concepto, formas de ruptura y mecanismos de reparación. En M. Castro de Cifuentes (ed), *Modernización de las obligaciones y los contratos: seis estudios* (pp 2-39). Bogotá: Editorial Temis S.A.. Universidad de los Andes-Facultad de Derecho.

Ospina Fernández, G y Ospina Acosta, E. (1998). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (5ª). Bogotá: Editorial Temis S.A.

Oviedo Albán, J. (2005). La excesiva onerosidad sobreviniente (“hardship”) en los Principios Unidroit para los contratos comerciales internacionales. En A. Zapata de Arbeláez (ed). *Derecho internacional de los negocios: Alcances* (pp 71-104). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

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*. 6 (2), 1-64.

Solarte Rodríguez, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Universitas. Pontificia Universidad Javeriana* (108), 282-315.

Legislación y soft law

Código Civil Italiano. En vigencia desde el 16 de marzo de 1942. Disponible en:
http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm

Código Civil Peruano. En vigencia desde el 14 de noviembre de 1984. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_cod_civil.pdf. También puede ser consultado es: <http://www.abogadoperu.com/codigo-civil-peru-1984-abogado-ley.php>

Código Civil y Comercial Argentino. Ley 26.994, sancionada el 1 de octubre de 2014 y promulgada el 7 de octubre de 2014. Disponible en: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

Principios del Derecho Europeo de los Contratos -*Principles of European Contract Law* (PECL), Comisión Lando. Disponible en: <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>

Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. 2010