



EL RESTABLECIMIENTO DE LAS CONDICIONES CONTRACTUALES FRENTE AL DESEQUILIBRIO SOBREVINIENTE EN EL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO

ADRIANA POLIDURA CASTILLO

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.16>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Rev. derecho priv. No. 57

enero - junio de 2017. e-ISSN 1909-7794

El restablecimiento de las condiciones contractuales frente al desequilibrio sobreviniente en el derecho privado colombiano

Resumen

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

The reestablishment of contractual conditions in front of supervening disequilibrium, under colombian private law

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.

El restablecimiento de las condiciones contractuales frente al desequilibrio sobreviniente en el derecho privado colombiano*

ADRIANA POLIDURA CASTILLO¹

SUMARIO

Introducción – I. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO: CONCEPTO, CAUSAS DE SU RUPTURA Y REMEDIOS – A. *Concepto y contratos a los que se refiere esta noción* – B. *Ruptura del equilibrio económico: causas, momentos en los que puede presentarse y remedios* – II. LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE Y LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN – A. *La teoría de la imprevisión en el ordenamiento jurídico colombiano* – B. *Presupuestos de la excesiva onerosidad sobreviniente* – 1. Contrato existente y válido, de carácter conmutativo y de ejecución sucesiva, periódica o diferida – 2. Circunstancias anormales o extraordinarias, imprevistas e imprevisibles – 3. Circunstancias posteriores a la celebración del contrato – 4. Prestación pendiente de cumplimiento – 5. Excesiva onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones o alteración fundamental en el equilibrio prestacional – 6. Circunstancias ajenas a las partes y riesgo no asumido en el contrato – C. *Efectos de la excesiva onerosidad sobreviniente* – 1. Deberes de conducta en situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente y renegociación del contrato entre las partes – 2. Revisión judicial del contrato y terminación – III. LA CORRECCIÓN DE SITUACIONES ATÍPICAS DE DESEQUILIBRIO O EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE – A. *La función económica y social del contrato, la autonomía de la voluntad y la buena fe en el derecho privado moderno* – B. *La corrección de situaciones “atípicas” de desequilibrio económico sobreviniente* – 1. Presupuestos necesarios – 2. Casos particulares – 2.1. El desequilibrio acaecido entre el momento de la presentación de la oferta y la celebración del contrato – 2.2. La onerosidad sobreviniente en contratos ejecutados o concluidos – 2.3. El desequilibrio originado en circunstancias anteriores a la celebración del contrato pero conocidas con posterioridad a su celebración – 2.4. La situación de los contratos unilaterales, gratuitos y aleatorios – IV. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Polidura Castillo, A. (Junio, 2017). El restablecimiento de las condiciones contractuales frente al desequilibrio sobreviniente en el derecho privado colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (57). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.16>

1. Abogada del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; magíster en Derecho Privado de la Universidad de los Andes, grado *Cum Laude*; 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: adrianapolidura@hotmail.com

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 en la Ley 80 de 1993 como un principio de orden público y una obligación a cargo del Estado en todos aquellos casos en los que el equilibrio económico del contrato resulta alterado por razones que no sean imputables al contratista.

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 recelo por la doctrina tradicional, y la interpretación que la jurisprudencia colombiana ha 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 práctica, como ha sido resaltado por varios doctrinantes.²

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 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 en las codificaciones clásicas de 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, 2009c, 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 polí-

2. Al respecto véanse, por ejemplo, Silva (2007, p. 49) y Caro (2009, p. 239).

ticos de la sociedad. (Hinestrosa, 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, 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*³ y la denominada cláusula *rebus sic stantibus*,⁴ 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.

3. El principio *pacta sunt servanda*, como es bien sabido, hace referencia según Hinestrosa (2001) a la “firmeza y solidez del vínculo” contractual [cursivas añadidas]. 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, 2001).

4. 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 aun cuando, hay distintas posturas acerca de su exacto origen, suele atribuirse a la escuela del derecho medieval inspirada en las fuentes romanas” (CSJ Civil, 21 feb. 2012, W. Namén).

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 onerosidad sobreviniente o teoría de la imprevisión, para lo cual se hará referencia a los presupuestos para su aplicación y sus efectos. En este punto se enfatizará 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 sobrevenidas, conservar el contrato y alcanzar las expectativas recíprocas. (Chamie, 2015, p. 13).

Como cierre, se presentarán las 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, deberían ser objeto de restablecimiento o reajuste

en virtud de la buena fe, la equidad y la justicia contractual. En este punto se analizarán algunos casos de excesiva onerosidad sobreviniente que podrían calificarse como “atípicos”, sobre los cuales se expondrán algunas consideraciones relevantes.

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

A. 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”, esto es, que esas consecuencias del contrato dependen del azar.

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 equilibradas.

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 de que exista “un cierto equilibrio en la economía del contrato” (Ospina y Ospina, 2005, p. 63), atendiendo las circunstancias particulares del caso concreto y la apreciación subjetiva de las partes.⁵ 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 afine en lo que es sensato, dadas las circunstancias del caso. (Muñoz, 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, 2006, p. 5.), debe señalarse que en la práctica es ciertamente posible, como se ha venido estableciendo en varias legislaciones extranjeras,⁶ que se presenten situaciones de alteración sobrevinida en las prestaciones de contratos que no son conmutativos, lo cual conduce a considerar que, al menos para efectos del análisis de la excesiva onerosidad sobreviniente 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

5. 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 de 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, tradicionalmente se ha señalado que la igualdad o equivalencia entre las prestaciones es objetiva, de manera tal que lo que el contratista recibe como remuneración ha de corresponder, en todo caso, al justo precio del mercado (Escobar, 2003, p. 448).

6. Es el caso, por ejemplo, del Código Civil y de Comercio argentino, el Código Civil peruano y el Código Civil italiano.

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 al definir el contrato conmutativo nuestro Código Civil hace referencia a la equivalencia prestacional, lo cierto es que si aceptamos que en contratos de naturaleza distinta pueden presentarse alteraciones económicas constitutivas de ventajas patrimoniales desproporcionadas e injustificadas —como sería el caso, por ejemplo, de las afectaciones a las condiciones económicas inicialmente previstas en la ejecución de un contrato aleatorio, y originadas en la ocurrencia de circunstancias ajenas al riesgo propio del contrato—, 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, sobre la base de comparar las ventajas y beneficios correlativos, sino que podría entenderse en un sentido distinto, más bien referido 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 2012 se refirió al tema de la economía del contrato, y si bien no definió el concepto de equilibrio económico, expuso 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” (CSJ Civil, 21 feb. 2012, W. Namén), 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.

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 bien podría considerarse que 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.

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 se hará referencia más adelante, podrían aplicarse otras disposiciones o instituciones de nuestro ordenamiento jurídico, mediante las cuales se restablezca la proporcionalidad de la operación económica, tal como se analizará a lo largo del presente estudio.

Conviene añadir que en el 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 ex-

cesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia” (artículo 1091 del Código Civil y Comercial argentino).⁷ De igual forma, también se ha admitido la ocurrencia de alteraciones sobrevinidas en la economía de los contratos unilaterales, situación que no solo es reconocida por parte de la doctrina,⁸ sino que es expresamente prevista en legislaciones como la peruana⁹ y la italiana,¹⁰ 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 solo, 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 se parte de la base de considerar, más que el equilibrio económico del contrato, la economía de este para la parte gravada con las obligaciones que de él se deriven, la cual no está medida, como ya se ha señalado, exclusiva y forzosamente a

7. 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”.

8. Al respecto, por ejemplo, Bonivento (2009).

9. Artículo 1442 del Código Civil peruano de 1984.

10. Artículo 1468 del Código Civil italiano.

través de la comparación entre prestaciones correlativas.¹¹

B. 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 este se refiere en particular a los contratos de naturaleza conmutativa, lo que no excluye necesariamente la posibilidad de revisar la economía de los contratos de naturaleza diversa cuando se quebrante por circunstancias sobrevinientes, debe señalarse 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.

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 impre-

visibles, 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 uno de ellos. 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 Comercio.

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 este 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 obligación.¹² Cuando se hace referencia a la 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

11. Sobre la excesiva onerosidad sobreviniente en contratos gratuitos se encuentran algunas referencias en la doctrina, como por ejemplo, Bonivento (2009, p. 112).

12. 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 reiterada. En este sentido, por ejemplo, Mendoza (2015, p. 4).

el desequilibrio, 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 pudiendo originarse en distintas causas 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 corresponde entrar aquí a señalar los distintos instrumentos que el ordenamiento jurídico contempla frente a las variadas causas de desequilibrio contractual, bastando precisar que tratándose 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 correspondan 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 hi-

pótesis 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 su revisión judicial 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 sobreviniente,¹³ sin perjuicio, lógicamente, de la posibilidad de que pudieran concurrir la imprevisión y la responsabilidad civil, en los eventos en los que, simultáneamente con el desequilibrio sobreviniente, existiere incumplimiento contractual.

En este orden de ideas cabe anticipar que, si 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 encontraríamos en el campo de la responsabilidad civil contractual,¹⁴ que será aplicable de acuerdo con las reglas que rigen la obligación de reparar

13. En este sentido, véase 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.

14. Si bien un importante sector de la doctrina considera que 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 igualmente discrepancia acerca de si la responsabilidad es contractual o extracontractual (Solarte, 2004).

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 teoría de la imprevisión por no cumplir con todos los presupuestos del artículo 868 del Código de Comercio, se considera viable, siempre que se trate de alteraciones graves en la estructura económica del contrato no imputables a la parte afectada, acudir a otras 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 colombiano: “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 cuando el cumplimiento de las prestaciones resulte más oneroso o se presenten circunstancias sobrevinientes que afecten su equilibrio, 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, 2012, pp. 236-237).

A. 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 figura.¹⁵ Sin embargo, antes de la expedición del Estatuto Mercantil, en los años treinta nuestra Corte Suprema de Justicia había dictado ya varias sentencias¹⁶ que reconocieron 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 derecho.¹⁷ Teniendo en cuenta que en las sentencias men-

cionadas no aplicó la Corte esta figura en los casos concretos a los que se referían los respectivos procesos, algunos autores les restan significación.¹⁸ 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, no puede dejar de resaltarse la relevancia de estas providencias, si se tiene en cuenta que en ellas la Corte señaló que tenía cabida con fundamento en la equidad y en los principios generales del derecho, independientemente de su consagración expresa en el ordenamiento jurídico, la cual, como se anotó, vino a tener lugar solo con la expedición del Código de Comercio actualmente vigente.

Ahora bien, con posterioridad a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que en los años treinta aceptaron la aplicación de la imprevisión en los contratos de derecho privado y algunas otras posteriores que reiteraron lo allí expuesto, en vigencia del Código de Comercio ha sido escasa 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 2012, en la cual, con ponencia del magistrado William Namén Vargas, se ocupó del estudio detallado de la figura en un caso en el que se pretendía

15. Al respecto puede verse Gómez (1987, p. 373).

16. Al respecto véanse las 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).

17. Esta característica ha sido resaltada por la Corte Suprema de Justicia en varias oportunidades, como puede verse, por ejemplo, en CSJ Civil, 31 julio 2014, M. Caballero.

18. Al respecto puede verse, por ejemplo, la posición expuesta por Caro (2009, pp. 239-275).

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.¹⁹

Sin embargo, la providencia mencionada, que refleja la doctrina vigente de la Corte sobre la materia, se caracteriza por una interpretación rigurosa de los presupuestos contemplados en el artículo 868 del Código de Comercio, siendo esta la situación que se ha presentado en forma constante sobre la materia, señalándose insistentemente que solo bajo supuestos excepcionales sería posible aplicar la teoría de la imprevisión, los cuales ciertamente han sido interpretados de modo tan estricto que la aplicación de la figura ha sido prácticamente inexistente, al punto que nadie discute que, en Colombia, en el campo del derecho privado, la imprevisión es “una teoría que se plantea pero no se aplica” (Caro, 2009, p. 239).

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 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.

B. Presupuestos de la excesiva onerosidad sobreviniente

A continuación se revisarán los presupuestos de la excesiva onerosidad sobreviniente, de conformidad con el artículo 868 del Código de Comercio, para lo cual debe resaltarse como punto de partida el carácter excepcional de la revisión del contrato por imprevisión, pues como se ha anotado, si bien debe hacerse 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, aun cuando durante su ejecución se generen mayores dificultades, cargas o sobrecostos para los contratantes.

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 se requiere 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 subs-*

19. Se destaca, también, la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia proferida el 31 de julio de 2014, con ponencia de la magistrada Margarita Caballero Blanco.

tantiam actus, así como en casos de invalidez, no puede hablarse 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 (CSJ Civil, 21 feb. 2012, W. Namén).

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 que solo 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 se ha visto cómo, de conformidad con el artículo 868 del Estatuto Mercantil, la revisión judicial por imprevisión se predica de los contratos onerosos y conmutativos, lo que genera dificultades 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 alteran gravemente la equivalencia prestacional se originan en la ocurrencia de un riesgo ajeno o distinto al riesgo inherente del contrato. A este punto se hará referencia más adelante, bastando por el momento dejar enunciada la dificultad que encierra la mencionada restricción.

2. 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. Adicionalmente, es presupuesto de la figura 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,²⁰ Comisión Lando, en el artículo 6:111 regulan la figura bajo la denominación de “cambio de circunstancias”, acudiendo para estos efectos al

20. Disponibles en <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>

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.²¹

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” (CSJ Civil, 27 sep. 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 previsi-

bles, 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. (Cárdenas, 2009a, p. 708).

Además, el análisis de la imprevisibilidad no puede realizarse en abstracto sino examinando las circunstancias particulares y concretas del caso, 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, 2009a, p. 708).

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

21. Cabe 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”.

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.

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 cumplimiento.

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 modifica-

ción del contrato o, si ello no fuere posible, mediante su terminación, por sustracción de materia, ninguna de estas posibilidades sería factible respecto de contratos ya ejecutados. Sin embargo, como se analizará 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 frustre 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.

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 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, bien por una reducción sustancial en la contraprestación.

Como la norma no define lo que debe entenderse por onerosidad excesiva, quedará al prudente criterio del juez apreciar en cada caso 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, 12 sept. 2005, *Coninsa & Ramón H S.A. vs. Cámara de Comercio de Bogotá*).

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, 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 más 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. (CSJ Civil, 21 feb. 2012, W. Namén).

C. 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, los contratantes tienen el deber de renegociar el contrato con el fin de restaurar la alteración en la estructura económica por ellos inicialmente querida y adaptar el contrato a las nuevas condiciones. A ellos corresponde en primera instancia corregir la excesiva onerosidad sobreviniente 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.

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 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 solo 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 se analiza, 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” (Cárdenas, 2009a, p. 706). Las obligaciones que surgen en virtud del principio de buena fe imponen tener en cuenta la justicia existente en el contrato y no pueden conducir a esfuerzos desproporcionados, que precisamente afectarían el equilibrio querido por las partes” (Cárdenas, 2009a, 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, 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 obligacional del contrato, genera a cargo de las partes el deber de revisar y adaptar el contrato a las nuevas circunstancias, distribuyendo entre ellas de manera equitativa las cargas resultantes de la alteración fundamental.

La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de 21 de febrero de 2012, reconoció expresamente este deber de renegociación del contrato:

La relación cuyo equilibrio, equivalencia, paridad o simetría prestacional deviene rota, turbada o afectada por los cambios sobrevinidos, 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 citados, y encuentra previsión expresa en la contratación estatal. (Civil, 21 feb. 2012, W. Namén).

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 en el numeral (1): 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”, y en el numeral (3) añade: “En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal”.

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”.

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 sobreviniente de las circunstancias iniciales), un deber para ambas partes en razón del cual ellas deben buscar corregir o adaptar el contrato (*debet moderari*) respectivamente si su equilibrio fue perturbado genéticamente 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 de las prestaciones (...) mediante un verdadero y propio deber de renegociación, independientemente de la distinta estructura interna de las mencionadas patologías que afectan al contrato en su equilibrio. (Chamie, 2008, p. 115).

2. Revisión judicial del contrato y terminación

Si los contratantes no han adaptado el contrato acordando los reajustes necesarios, ni tampoco de mutuo acuerdo han convenido darlo por terminado, la parte en desventaja podrá acudir al juez para solicitar su revisión. En este evento, 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 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 el juez deberá considerar no solo si es materialmente posible reajustar el contrato, sino cuál es el interés de las partes, como se ha reconocido en algunos pronunciamientos.²²

22. En este sentido, por ejemplo, véase el laudo arbitral del 15 de julio de 2002, *Dragados Hidráulicos Ltda. vs. Concesionaria Tibitoc 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 contraprestación (CSJ Civil, 21 feb. 2012, W. Namén), pues ciertamente 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, 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 concretas, 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 solo 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 terminado.

Por último, 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 formular 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 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.²³

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

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

Como se ha advertido en otros apartes de este estudio, pueden presentarse situaciones que, no obstante la existencia de una alteración o un desequilibrio evidente en las condiciones económicas del contrato, no se enmarcan, al menos claramente, en los supuestos de hecho del artículo 868 del Código de Comercio, al no reunir todos los presupuestos contemplados. En estos casos, surge la dificultad de esta-

23. El laudo arbitral dictado en el tribunal de Coninsa & Ramón H S.A., del 12 de septiembre de 2005, precisamente se pronunció 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.

blecer si en virtud del *pacta sunt servanda* la parte afectada debe asumir la pérdida a pesar de 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 Comercio (Silva, 2007, p. 53).

Con todo, son 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 el cual 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 todo caso, 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 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 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 (Cárdenas, 2009a, p. 693).

Frente a esta noción tradicional del contrato ha venido 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.

En suma, es claro el énfasis que viene haciéndose en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina sobre el cambio en la concepción del contrato, reconociéndosele, como sucede con los derechos y las libertades, una función económica y social.²⁴ Como consecuencia, por un lado, la posibilidad de su adaptación o revisión en circunstancias de excesiva onerosidad sobreviniente se aborda con menos reservas y, por otro, se admiten escenarios de corrección del desequilibrio sobreviniente por fuera de los estrechos 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

hace surgir un catálogo de deberes de conducta que, de acuerdo con la naturaleza de la respectiva relación, amplía los deberes contractualmente asumidos por cada parte para con ello realizar el 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, 2004, pp. 289-290).

B. La corrección de situaciones “atípicas” de desequilibrio económico sobreviniente

A continuación se analizarán algunas situaciones de desequilibrio o excesiva onerosidad sobreviniente “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 se propone una interpretación más amplia de los requisitos establecidos en esta norma, mientras que respecto de otras se considera viable contemplar escenarios de restablecimiento del equilibrio contractual distintos de la figura de la imprevisión.

1. Presupuestos necesarios

Como se ha dicho, existen algunos casos que, por no enmarcarse de modo exacto en todos los presupuestos contemplados en la norma mercantil, hacen necesario analizar la posibilidad de dar una aplicación más amplia a algunos de

24. Esta tendencia se observa en la jurisprudencia constitucional, la cual se orienta claramente hacia la socialización del derecho privado de los contratos, como se ve reflejado en numerosos pronunciamientos, por ejemplo, en la Sentencia T-240/1993, E. Cifuentes.

los requisitos de la teoría de la imprevisión, o acudir a otros instrumentos jurídicos que permitan corregir el desequilibrio económico.

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

Solo bajo este supuesto podría considerarse 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. Casos particulares

Si bien podrían contemplarse otras situaciones atípicas de desequilibrio sobreviniente, a continuación se hará referencia a cuatro casos que se estiman 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.

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

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

En estos casos, bien puede considerarse que es aplicable la teoría de la imprevisión, mediante una interpretación del requisito legal que consulte no solo el 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” (CConst., C-054/2016, L. Vargas).

Haciendo un ejercicio de interpretación que armonice los distintos métodos de hermenéutica, puede decirse 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 artículo 886 del Código de Comercio, 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 ocurrencia con posterioridad a la oferta.

Solo 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 estos 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 cómo 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” (CSJ Civil, 23 julio 1969, G. Ospina). Como consecuencia, la Corte 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.

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 de los años

treinta 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 solo se inspira en la idea del equilibrio contractual. (CSJ Civil, 29 oct. 1936, L. Escallón).

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

Frente a lo anterior han comenzado a pronunciarse algunos doctrinantes, afirmando que si la parte afectada actuó de buena fe es posible acudir a la teoría de la imprevisión. Así, por ejemplo, el profesor Juan Pablo Cárdenas²⁵ sostiene:

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. (2009a, p. 710).

Si se tiene en cuenta que 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, su terminación, la posición de la Corte es ajustada al objeto y alcance de la figura de la imprevisión, por lo que en el evento que se analiza no habría cabida a interpretaciones extensivas de la norma que conducirían a la revisión hacia el pasado de contratos ejecutados o terminados, en contradicción con los efectos que esta contempla como consecuencia de la aplicación de la teoría de la imprevisión, cuyo alcance 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.

25. Esta misma postura es adoptada por Álvaro Mendoza Ramírez (2015, pp. 22-23).

En suma, estamos aquí en uno de los casos en los que no es posible lograr el restablecimiento del desequilibrio contractual sobreviniente mediante la aplicación de la imprevisión, lo que no supone que la parte afectada quede desprovista automáticamente de toda posibilidad de protección por el solo hecho de haber dado cumplimiento a las prestaciones a su cargo. Por el contrario, más que acudir a “flexibilizaciones” de la norma que terminarían por contradecir el sentido y alcance de la figura, debe analizarse si existen 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. (CSJ Civil, 21 feb. 2012, W. Namén).

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. Al respecto, podría considerarse que el mecanismo que tendría aplicación en este evento consistiría 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 tienen a su cargo las partes cuando se enfrentan ante un grave desequilibrio so-

breviniente, esto es, los que obligan a buscar la renegociación del contrato desequilibrado, en procura de respetar la estructura económica de este querida por las partes, las expectativas legítimas y el resultado útil de las prestaciones.

En efecto, se reitera que 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 sobre costos y cargas resultantes de la situación extraordinaria sobreviniente, de suerte que si el contratante que no resulta 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, esta última tendrá derecho al resarcimiento de los perjuicios sufridos.

Nótese que, precisamente, el supuesto que contempla Cárdenas (2009a), 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 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.

Debe añadirse que, si no existiere posibilidad de acudir a la acción de responsabilidad civil originada en el incumplimiento de los debe-

res 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 solo tiene cabida a falta de toda otra posible acción a través de la cual pueda reclamarse la corrección o reparación patrimonial, pues la acción *in rem verso* es excepcional y de naturaleza eminentemente residual. 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—, con el fin de atribuir consecuencias jurídicas no previstas por él, 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.

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 al 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 deben analizarse las 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 precontractual.²⁶ 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 la aplicación de la teoría de la imprevisión, en el evento en que, descartada la nulidad originada en error y con independencia de una 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 posibilidad, al considerar que se trataría en este caso de un desequilibrio congénito y no sobrevenido, debe considerarse que dentro de la base del negocio quedan comprendidas las condiciones materialmente existentes al momento de celebrar el negocio jurídico, así como aquellas circunstancias que las partes entendieron o supusieron existentes al momento de su celebración, 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 Código de Comer-

26. 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 esta supone.

cio, permitirían la aplicación de la teoría de la imprevisión.²⁷

Refuerza la interpretación que se propone, fundada como se ha dicho en la teoría de la base del negocio jurídico acogida en el artículo 868 del Código de Comercio y así mismo en la finalidad de la figura de la imprevisión, lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 2060 del Código Civil, que consagra una manifestación de la teoría de la imprevisión, 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 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 este 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”.

2.4 La situación de los contratos unilaterales, gratuitos y aleatorios

Para finalizar, resta una corta reflexión en punto a los contratos unilaterales, gratuitos y aleato-

rios. Como se ha 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 preguntarse si no obstante el tenor literal de la norma 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 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 que debe habilitarse la imprevisión para otros contratos distintos de los onerosos conmutativos e incluso para actos jurídicos unilaterales,²⁸ 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 Código de Comercio. Conviene, entonces, una breve referencia al respecto, con el fin de arribar a conclusiones que, más allá de posi-

27. En este mismo sentido se pronuncia Cárdenas (2009a, p. 709). También el artículo 6.2.2. de los Principios Unidroit establece como uno de 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.

28. En este sentido pueden verse: Mendoza (2015) y Bonivento (2009).

bles 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 el tema de la integración de las normas jurídicas, enderezado a llenar los vacíos que puedan presentarse en la legislación. Tampoco es el caso detenerse en la revisión de los distintos métodos de interpretación que existen para determinar el sentido de las normas. Baste resaltar, 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, como se ha señalado atrás, un carácter excepcional, y por otro, que encontrándose regulada la figura en el artículo 868 del Código de Comercio, no existe una laguna o vacío normativo que permita la utilización de la analogía.

En punto a la analogía conviene recordar que, 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 de modo inmediato se dispone” (CSJ Civil, 1º dic. 2008, A. Solarte), situación que no se presenta en el caso que se analiza, comoquiera que en el artículo 868 del Código de Comercio 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 conmutativos.²⁹

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 unilaterales, gratuitos y aleatorios, 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 cabría 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

29. Al respecto es ilustrativo ver el completo análisis expuesto por la Corte Suprema de Justicia sobre los requisitos para la aplicación de la analogía y su diferenciación con el silencio intencional del legislador, en la sentencia del 1 de diciembre de 2008, con ponencia del magistrado 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, profundizando la Corte en los requisitos que de acuerdo con el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 se requieren para aplicar la analogía.

de la imprevisión contractual, sino a través de otros vehículos establecidos en el ordenamiento jurídico que serían aplicables (CSJ Civil, 21 feb. 2012, W. Namén).

IV. CONCLUSIONES

En el derecho 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, 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

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 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, adquiriendo aquí papel protagónico los deberes secundarios de conducta emanados de la buena fe.

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, encontrándose, en efecto, posturas muy disímiles, salta a la vista la necesidad de actualizar la figura y adecuarla a los tiempos presentes, de tal manera que responda apropiadamente 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, como conclusión, adoptar cambios en nuestra legislación en punto a la protección de la justicia conmutativa en los contratos de derecho privado,³⁰ para lo cual resultan sin duda ilustrativas

30. No se comparte, en consecuencia, la opinión de algunos doctrinantes que descartan la necesidad de una reforma sustancial sobre la materia. Al respecto, por ejemplo, Muñoz (2006, p. 37).

legislaciones como la argentina, la italiana y la peruana, así como importantes trabajos académicos, citados atrás, encaminados a la armonización de los distintos ordenamientos.

Referencias

1. Bonivento, J. (2009). Algunas reflexiones en torno a la teoría de la imprevisión en el derecho contractual privado colombiano. En A. Venegas Franco, J. P. Cárdenas Mejía y F. Mantilla Espinosa (Edits.), *Estudios de derecho privado: Liber Amicorum en homenaje a César Gómez Estrada* (pp. 108-135). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
2. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral, 15 julio 2002. Dragados Hidráulicos Ltda. vs. Concesionaria Tibitoc S.A. ESP.
3. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo en derecho, 29 de mayo de 2003. Construcciones Bonaire Limitada vs. Impregilo SPA sucursal de Colombia.
4. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral, 12 septiembre 2005. Coninsa & Ramón H S.A. vs. Cámara de Comercio de Bogotá.
5. Cárdenas, J. (2009a). Justicia y abuso contractual. En F. Mantilla Espinosa y F. Ternera Barrios (Edits.), *Los contratos en el derecho privado* (pp. 693-720). Bogotá: Legis Editores S.A./Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia.
6. Cárdenas, J. (2009b). La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo. En F. Mantilla Espinosa y F. Ternera Barrios (Edits.), *Los contratos en el derecho privado* (pp. 771-807). Bogotá: Legis Editores S.A./ Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia.
7. Cárdenas, J. (2009c). 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.
8. Caro, 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 (Edits.), *Estudios de derecho privado: Liber Amicorum en homenaje a César Gómez Estrada* (pp. 239-275). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
9. Código Civil y Comercial argentino. Ley 26.994, sancionada el 1 de octubre de 2014 y promulgada el 7 de octubre de 2014. Obtenido de infoleg: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/235000-239999/235975/norma.htm>
10. Código Civil italiano. En vigencia desde el 16 de marzo de 1942. Obtenido de jus: http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm

11. Código Civil peruano. En vigencia desde el 14 de noviembre de 1984. Obtenido de oas.org: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_cod_civil.pdf También en <http://www.abogadoperu.com/codigo-civil-peru-1984-abogado-ley.php>
12. Commission on European Contract Law. (1999). *Principles of European Contract Law (PECL)/Principios del derecho europeo de los contratos*. Utrecht: Kluwer Law International. Obtenido de campus.usal:: <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>
13. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-240/93 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; junio 23 de 1993).
14. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-054/16 (M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva; febrero 10 de 2016).
15. 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).
16. 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).
17. 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).
18. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de septiembre de 1945 (M. P.: Ricardo Hinestrosa Daza). En *Gaceta Judicial LIX* n.ºs 2022-2014 (pp. 434-440).
19. 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).
20. 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.
21. 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.
22. 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.
23. Chamie, J. F. (2008). Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato. *Revista de Derecho Privado* (14), 113-138. Obtenido de heinonline: <http://heinonline.org>
24. 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*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

25. Escobar Gil, R. (2003). *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis Editores.
26. 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. Obtenido de heinonline: <http://heinonline.org>
27. Gómez Estrada, C. (1987). *De los principales contratos civiles* (Segunda ed.). Bogotá: Palma Editores Ltda.
28. Hineirosa, F. (2001). El principio del *pacta sunt servanda* y la estipulación de intereses. *Con-Texto* (12), 32-38. Obtenido de heinonline: <http://heinonline.org>
29. Hineirosa, F. (2014). Función, límites y cargas de la autonomía privada. *Revista de Derecho Privado* (26), 5-39. Obtenido de heinonline: <http://heinonline.org>
30. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. (2010). *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010*. Roma, Italia: Unidroit.
31. Mendoza, A. (Noviembre de 2015). *Excesiva onerosidad sobrevenida*. Ponencia presentada en la Academia Colombiana de Jurisprudencia, con ocasión de su posesión como Académico Correspondiente de la Corporación. Bogotá, Colombia. Obtenido de acj.org: <http://www.acj.org.co/trabajo-de-los-academicos?limitstart=0>.
32. Muñoz, S. (2006). Comentarios sobre la teoría de la imprevisión contractual en Colombia. En H. Olano García y J. Oviedo Albán (Edits.), *Hacia una comprensión humana del derecho: estudios en homenaje a Roberto Suárez Franco* (pp. 217-231). Bogotá: Editorial Temis S.A.
33. Ospina, G. y Ospina, E. (1998). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (Quinta ed.). Bogotá: Editorial Temis S.A.
34. Silva, 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.
35. Solarte, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Vniversitas*, (108), 282-315.