

MEDIDAS ADOPTADAS CON OCASIÓN DEL COVID-19 Y SUS EFECTOS EN LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO

Manuel Fernando Rodríguez Soto
Abogado G Herrera Abogados & Asociados

El propósito de este artículo es determinar los distintos efectos jurídicos que tendrían las medidas de orden nacional, departamental y municipal que ordenaron el aislamiento social obligatorio en el ámbito de la ejecución de las obligaciones del contrato, para lo cual se presentan los siguientes interrogantes orientadores que se pretenden abordar: ¿Qué pasa si tales medidas tornaron imposible las obligaciones del contrato? ¿extinguen las obligaciones del contrato? ¿si las extingue, qué pasa con las obligaciones de la contraparte contractual en los contratos conmutativos? ¿Qué pasa si apenas generaron una “mera dificultad” en su cumplimiento? ¿qué pasa si no imposibilitaron el cumplimiento pero este se volvió excesivamente oneroso?

Los diferentes escenarios e instituciones jurídicas que nos permiten resolver tales interrogantes son: imposibilidad sobrevenida de la prestación, riesgo, cláusulas dispositivas de responsabilidad, y excesiva onerosidad sobrevenida.

1. Imposibilidad sobrevenida de la prestación

La obligación es la *“relación jurídica(...) establecida entre dos personas determinadas, en razón de la cual un sujeto activo, que se denomina acreedor, espera fundadamente un determinado comportamiento, colaboración, que es la prestación(...), de parte y a cargo de otro, sujeto pasivo, llamado deudor, quien se encuentra, por lo mismo, en la necesidad de ajustar su conducta al contenido del nexo, so pena de quedar expuesto a padecer ejecución forzada, o sea a verse constreñido alternativamente, a instancia de su contraparte, a realizar la prestación original o a satisfacer su equivalente en dinero y, en ambos casos, además, a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento¹”*.

Ese vínculo jurídico que le permite al acreedor exigir judicialmente al deudor la prestación acoge en su seno a la prestación, esto es, la conducta del sujeto pasivo de la relación consistente en dar, hacer o no hacer que interesa al acreedor². La inejecución de la prestación conlleva la posibilidad de exigir judicialmente su cumplimiento in natura (débito primario) o, en últimas, en dinero, con el subrogado pecuniario (debito secundario) para liberarse, sin perjuicio de indemnizar los daños ocasionados (responsabilidad)³ por dicho incumplimiento.

¹ HINESTROSA Fernando. Tratado de las Obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes. Tercera Edición. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007. Página 55.

² Artículo 1495 del Código Civil.

³ Página 71 Ob cit.

La prestación debe cumplir con unos requisitos so pena de no poder ser objeto de la obligación y beneficiarse del vínculo jurídico que subyace a esta, que permite al acreedor exigir judicialmente el comportamiento al deudor. Tales requisitos están consagrados en el artículo 1518 del Código Civil y consisten en que la prestación debe ser posible, lícita y determinada. No obstante, doctrina autorizada, en adición a las tres anteriores, exige también como requisito que sea posible incumplir la prestación, que tenga un contenido patrimonial y que sobre ella persista el interés el acreedor⁴.

Que la prestación sea posible significa que esta pueda cumplirse, ejecutarse o que el deudor pueda desenvolverse discrecionalmente frente a ella y al consiguiente deber⁵. La imposibilidad sobrevenida conlleva entonces la afectación de este requisito de posibilidad de la prestación. La imposibilidad puede ser natural o jurídica, también denominándose esta última como ilicitud. El ejemplo de la imposibilidad natural por antonomasia es la pérdida del cuerpo cierto que se debe y de la jurídica la prohibición legal de determinado acto o actividad.

El efecto de la imposibilidad sobrevenida, que no dificultad (imposibilidad subjetiva), es la extinción de la obligación⁶ o su inexigibilidad temporal, dependiendo de si el hecho que impide su ejecución sea temporal o definitivo. Lo que precede siempre y cuando la causa de la imposibilidad no se haya presentado por culpa del deudor o le sea imputable alguno de sus dependientes, lo cual se presume (artículo 1730 Código Civil)⁷.

En el ámbito de la ejecución de los contratos, las medidas de orden público expedidas para mitigar los efectos nocivos del coronavirus, especialmente aquellas consistentes en ordenar aislamiento social obligatorio, según cada caso concreto, podrán considerarse como una causa de imposibilidad sobrevenida de la prestación, temporal o definitiva, cuyo efecto en principio será la extinción o su inexigibilidad.

Si las medidas hicieron imposible temporalmente el cumplimiento de la obligación, que es lo más probable en atención de la vocación temporal de estas, la tornarán inexigible, razón por la cual la acción ejecutiva que se ejerza a fin de conminar a su cumplimiento será improcedente, por inexistencia del título ejecutivo. El título ejecutivo requiere de una obligación expresa, clara y exigible, y es precisamente

⁴ HINESTROSA Fernando. 764. (2011). Las obligaciones contenido y requisitos de la prestación. Consúltese en: <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:3187/pdfreader/las-obligaciones-contenido-y-requisitos-de-la-prestacion>.

⁵ HINESTROSA Fernando. Tratado de las Obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes. Tercera Edición. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007. Pág 272.

⁶ Ob cit, pág 226.

⁷ Ibidem.

este último requisito el que no se cumpliría con la imposibilidad sobrevenida transitoria⁸.

Por otro lado, si las medidas gubernamentales hicieron imposible definitivamente el cumplimiento de la obligación extinguirán la obligación en virtud del modo de extinción de las obligaciones denominado “*perdida de la cosa que se debe*”, establecida en el numeral 7 del artículo 1625 del Código Civil. La pérdida de la cosa que se debe es la consagración legal de la institución de la imposibilidad sobrevenida en los códigos decimonónicos, como lo es el nuestro. No se puede restringir ese modo de extinción a las obligaciones cuyo prestación es la de dar un cuerpo cierto toda vez que tal denominación en principio limitada se debió al “*sobredimensionamiento*” de las obligaciones de dar-entregar, superado en la época actual con el realce de las prestaciones de hacer y de no hacer”⁹.

Es claro que no podrá hablarse de imposibilidad sobrevenida en obligaciones de dar cosa de genero, en tanto que se podría encontrar un objeto de semejante calidad, lo cual haría siempre posible su pago¹⁰. La imposibilidad sobrevenida de la que se viene hablando solo es la relativa a las obligaciones cuya prestación sea de dar cosa cierta, hacer o no hacer, puesto que se extinguirían con efectos similares al pago¹¹.

La primera asimilación de las medidas gubernamentales sería pensarlas como causal de exclusión de responsabilidad (causa extraña), esto es, un medio de defensa del presunto ofensor en el juicio de responsabilidad, si aquellas cumplen los requisitos de ser un hecho imprevisible, irresistible y externo al deudor¹², en el caso respectivo¹³.

Sin embargo, el incumplimiento de una obligación no se limita al ejercicio de una acción declarativa que pretenda la declaración de responsabilidad del deudor por los daños ocasionados. Tal como se indicó al principio de este acápite, la obligación, la relación obligatoria, el vínculo jurídico que allí subyace tiene una función inicial

⁸ El artículo 422 del Código General del Proceso dispone que: “*Título ejecutivo. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles (...)*”.

⁹ Ob cit, pág 780.

¹⁰ Esta postura, en obligaciones de género como las dinerarias, se puede evidenciar en Concepto 2020066383-002-000 de la Superintendencia Financiera de Colombia, en el que se indica: “*al ser la obligación de pago de los cánones de arrendamiento en dinero una típica obligación de género, tanto la jurisprudencia nacional como extranjera han reconocido que la fuerza mayor no exonera de responsabilidad al deudor, pues no existe, en puridad, una imposibilidad absoluta y permanente*”.

¹¹ HINESTROSA Fernando. Teoría de la imprevisión. Revista de derecho privado, No 39, julio-diciembre 2020, 9-29, Pág 14. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n39.02>.

¹² Sobre los requisitos de la causa extraña consúltese el libro: “Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II”, Editorial Legis, Novena Reimpresión, Bogotá, Julio de 2018, del profesor Javier Tamayo Jaramillo. Especialmente, las sentencias: 1) Sentencia 829-92 de 29 de abril de 2005, Exp. 0829-92. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. MP: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO; 2) Sentencia SC17723-2016 de 7 de diciembre de 2016, Rad.: 05001-3103-011-2006-00123-02. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. MP: LUIS ALONSO RICO PUERTA;

¹³ Sentencia STC12275-2018 de 20 de septiembre de 2018, Radicación n.º 11001-02-04-000-2018-01195-01, MP: LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA; Sentencia SC17723-2016 de 7 de diciembre de 2016, Radicación n.º 05001-3103-011-2006-00123-02, MP: LUIS ALONSO RICO PUERTA. .

cual es la de permitir su exigencia judicial in natura¹⁴, siendo la acción ejecutiva el instrumento procesal a través del cual se exige el crédito, si se cumplen los requisitos del título ejecutivo, sin perjuicio de también poder exigir el subrogado pecuniario (débito secundario)¹⁵.

Así las cosas, la aprehensión correcta de los impedimentos absolutos que generen las medidas públicas al deudor en el ámbito de la ejecución de los contratos será a través de la institución de la imposibilidad sobrevenida, siempre y cuando se cumplan sus requisitos, esto es, que la imposibilidad no hubiere devenido por su culpa o la de sus dependientes, lo cual se presume. Naturalmente, el deudor podrá desvirtuar dicha presunción probando su diligencia según el régimen de responsabilidad de que se trate¹⁶ o que el advenimiento de la imposibilidad se haya debido a caso fortuito o fuerza mayor¹⁷.

Entonces los decretos expedidos con ocasión del Covid-19 podrán ser aprehendidos desde dos puntos distintos: como modo de extinción de las obligaciones por imposibilidad sobrevenida y como causal exoneración de responsabilidad. Lo que precede, dependiendo del escenario que le plantee su acreedor: en el marco de un proceso ejecutivo (débito) o en el marco de un proceso de declarativo de responsabilidad (daño)¹⁸.

En otras palabras, los fenómenos imprevisibles, irresistibles y externos al deudor pueden ser modo de extinción de las obligaciones, por tornar en imposible el cumplimiento de las obligaciones (pérdida de la cosa que se debe), y también causal de exclusión de responsabilidad al ser causa extraña.

El efecto práctico de esto, como se ha expuesto transversalmente hasta ahora es que la acción ejecutiva que se derivaría del contrato para exigir el cumplimiento de la obligación de dar, hacer o no hacer, no puede atajarse alegándose caso fortuito o fuerza mayor, puesto que este medio de defensa se ubica en un momento diferente de la obligación, esto es, la responsabilidad, y no el débito, que sería el que se perseguiría con dicha acción. Sería revolver peras con manzanas, como se dice coloquialmente.

La acción ejecutiva entonces se paralizaría a través del recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo de pago conforme al artículo 430 del Código General del

¹⁴ Artículos 422 y siguientes del Código General del Proceso sobre ejecución de: sumas de dinero (424), obligación de dar o hacer (426) Y obligación de no hacer y obligación condicional (427).

¹⁵ Artículo 428 del Código General del Proceso .

¹⁶ Régimen según obligación de medio o de resultado, regímenes de responsabilidad especiales según el tipo contractual y regulación general establecida en el artículo 1604 del Código Civil.

¹⁷ Artículo 1733 del Código Civil.

¹⁸ Para hacer más didáctica la diferencia, en el momento del débito la pregunta será: por qué no hiciste lo que habías prometido? Porque no existe la obligación dado que se tornó imposible, respondería la imposibilidad sobrevenida. En la fase de la responsabilidad se preguntará: por qué causaste esos daños a tu acreedor? Yo no causé los daños, fue una fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva del deudor, respondería la causa extraña.

Proceso, en virtud de la imposibilidad sobrevenida, al ser una obligación inexistente en caso de que sea definitiva, o al ser una obligación clara, expresa pero no exigible, en el caso que sea temporal. Hecho lo anterior, el proceso podría mutar su naturaleza ejecutiva a declarativa, a petición oportuna del acreedor¹⁹.

Si la obligación no existe o no es exigible, menos aún podría exigirse reparación por daños o intereses moratorios en caso de obligaciones de sumas de dinero, en el entendido en que estos presuponen una obligación existente y exigible que se haya incumplido (si no hay obligación, menos habría responsabilidad contractual). La única excepción a esta regla sería la imposibilidad sobrevenida fatal o ineludible en la mora previa del deudor, puesto que en este evento, a pesar de extinguirse la obligación, se deberán pagar los perjuicios ocasionados por dicha mora²⁰.

2. Riesgo y Cláusulas Dispositivas de Responsabilidad

Tratándose de contratos conmutativos o sinalagmáticos, en los que *“las obligaciones y créditos mutuos se tienden en una relación de dependencia causal, en tanto que la prestación de una parte tiene por causa la prestación de la otra parte”*, si la prestación de una de las partes se hace imposible transitoria o definitivamente *“cabe la pregunta: ¿qué sucede con la obligación a cargo de la otra? Es este el lugar de la teoría del riesgo²¹”*.

“La primera consideración al respecto consiste en establecer cuyos son los riesgos de la cosa: si del acreedor o del deudor, partiendo de la base de que, por razones elementales políticas y prácticas, a quien tenía a la sazón la cosa en sus manos es a quien le corresponde explicar lo sucedido y, naturalmente probar sus alegaciones, en el empeño de quedar libre (arts. 1604 [3], 1730 y 1733 c.c). Los riesgos (periculum), en el derecho civil, son de cuenta del acreedor: se aplica íntegramente el principio de res perit creditoris (art. 1607 c.c.)”²².

“En el Código de Comercio, en la disciplina legal del contrato de compraventa, también se aborda, aunque en forma más limitada, la cuestión cardinal de la distribución de los riesgos, en relación con la materia atinente a la pérdida fortuita de la cosa vendida, aunque se toma un rumbo opuesto, al acoger el principio res perit domino, pues se establece que el riesgo de la pérdida fortuita de la cosa en la venta de un cuerpo cierto recaerá en cabeza del vendedor hasta el momento de la tradición”²³.

¹⁹ Artículo 430 del Código General del Proceso .

²⁰ Inciso 2° del artículo 1731 del Código Civil.

²¹ LAUDO EN DERECHO AEROCALI S.A. VS UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA AERONÁUTICA CIVIL OCTUBRE 5 DE 2005.

²² HINESTROSA Fernando. Tratado de las Obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes. Tercera Edición. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007. Pág 134-135.

²³ SILVA GARCÍA Fernando. La distribución del riesgo contractual y la preservación del equilibrio económico en la contratación privada. Del Derecho Comercial Al Derecho Mercado. En: Colombia ISBN: 9789587720792 ed: Universidad Externado De Colombia , v. Página 7.

Que el riesgo de la pérdida de la cosa que se debe sea del acreedor en materia civil significa que el deudor se libera de entregarla y aquel -acreedor de la cosa- seguirá debiendo su prestación. Que el riesgo de la pérdida de la cosa que se vende en materia comercial sea del vendedor significa que no se liberará y deberá el subrogado pecuniario a su acreedor.

Es decir que el riesgo de la pérdida de la cosa que se debe, por regla general, es de cargo del acreedor, sin perjuicio de la presunción de culpa que recae en el deudor. En el específico ámbito de la venta comercial, el riesgo será de cargo del vendedor. En los demás negocios comerciales, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1° del Código de Comercio, deberá aplicarse esta última regla -res perit domino- analógicamente.

Si se tiene en cuenta que el modo de extinción de las obligaciones pérdida de la cosa que se debe de suyo entraña la institución de la imposibilidad sobrevenida, tal como se indicó en el acápite anterior, tales principios de distribución de riesgos aplicarían no solo a prestaciones de dar cosa cierta, sino también a prestaciones de hacer o no hacer.

Así mismo, en el ámbito de los contratos las partes pueden modificar las reglas de responsabilidad que les aplica, bajo el amparo de los artículos 1616 y 1732 del Código Civil. Si existe una diferencia clara entre la responsabilidad contractual y extracontractual es la relativa al carácter dispositivo de las reglas de responsabilidad de la primera, en razón de la convergencia de voluntades que implica. La modificación de las reglas de responsabilidad de suyo implica una distribución del riesgo.

Bien puede acontecer que las partes decidan modificar las reglas generales de riesgo que les son aplicables, o bien responder o asumir el riesgo de la materialización del caso fortuito o de la fuerza mayor que causa la imposibilidad sobrevenida de la prestación (artículo 1732 del Código Civil). Esta hipótesis (causa extraña) que en principio extinguiría la obligación por hacerla imposible, por expreso acuerdo entre las partes, podría no implicar tal efecto natural sino que, antes bien, perpetuaría de forma ficticia la existencia de la obligación (seguiría debiendo el deudor).

Así las cosas, no en todos los casos la imposibilidad sobrevenida sin culpa del deudor conlleva la extinción o inexigibilidad de la obligación. El primer eslabón del análisis para determinar el efecto de la imposibilidad sobrevenida de la prestación es escudriñar si se distribuyó o no el riesgo de su acaecimiento a alguna de las partes en el contrato. A modo de ejemplo, si se pactó una cláusula exonerativa de responsabilidad, la parte a cuyo favor se establece la exoneración se liberará de su

obligación mientras que su contraparte seguirá debiendo la respectiva prestación; si se trata de cláusulas limitativas de la responsabilidad²⁴, la parte a la que se le limita su derecho recibirá una contraprestación menor de la que en otras circunstancias merecería, a pesar de que su prestación guardaría la misma proporción. Lo que precede son simples ejemplos de los efectos de la asunción del riesgo puesto que estos deberán analizarse en cada caso en concreto, en los términos pactados por las partes.

En segunda instancia, se deberá indagar si se trasladó el riesgo en virtud de la mora (artículos 1604, 1607 y 1739 del Código Civil) y, en defecto de la convención, se seguirán las reglas generales explicadas.

En conclusión, los efectos de la imposibilidad sobrevenida, y aquella causada por las medidas de orden público ordenadas para mitigar la situación epidemiológica de país, siempre deberá determinarse en el caso en concreto, puesto que si bien en principio conllevarían la inexistencia o inexigibilidad de la obligación, en virtud de una cláusula del contrato, mora o ley, podrían implicar todo lo contrario (exigibilidad judicial).

Sin embargo, no sobra aclarar que la eficacia de tales convenciones denominadas cláusulas modificatorias de responsabilidad estará determinada por el tipo de relación contractual en la que se pacte²⁵ y siempre y cuando estén “(...) sometidas a los límites generales de la autonomía privada, esto es, el orden público, las buenas costumbres y la buena fe contractual²⁶”, así como no estar dirigidas a condonar el dolo futuro²⁷, “el equilibrio de las prestaciones, y fuera del ámbito del abuso de una posición dominante²⁸, el imperio de la solidaridad social y dignidad humana²⁹.

3. Teoría de la Imprevisión

Ahora bien, en el acápite anterior se dilucidó los efectos de la imposibilidad sobrevenida en la obligación. Sin embargo, la pregunta que ahora se pretende

²⁴ DÍAZ Lindao Indira (2012). Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos. *Revista De Derecho Privado*, (23), 127-178. Recuperado a partir de <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3306>.

²⁵ Así, en el ámbito del consumidor financiero, según el artículo 11 -literal d- de la Ley 1328 de 2009, así como en el ámbito de las relaciones de consumo, según el artículo 43 -numeral 1- de la Ley 1480 de 2011-, se proscriben su pacto, entendiéndola “por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero” o ineficaz de pleno derecho, respectivamente. Contrario sensu, en materia de servicios públicos domiciliarios, conforme al artículo 133 -numeral 133.1.- de la Ley 142 de 1994, se establecerá una presunción de abuso de posición dominante que eventualmente podrá acarrear su anulación, que es desvirtuable.

²⁶ DÍAZ Lindao Indira (2012). Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos. *Revista De Derecho Privado*, (23), 127-178. Recuperado a partir de <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3306>. Página 189.

²⁷ Sentencia de ocho (8) de septiembre de dos mil once (2011), Referencia: 11001-3103-026-2000-04366-01. Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. MP: WILLIAM NAMÉN VARGAS

²⁸ HINESTROSA Fernando. Tratado de las Obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes. Tercera Edición. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007. Pag. 92.

²⁹ SILVA GARCÍA Fernando. La distribución del riesgo contractual y la preservación del equilibrio económico en la contratación privada. Del Derecho Comercial Al Derecho Mercado. En: Colombia ISBN: 9789587720792 ed: Universidad Externado De Colombia , v. Página 5.

abordar es ¿qué efectos tiene la dificultad sobrevenida, no imposibilidad, y cómo se soluciona?

Lo primero que ha de advertirse es que las dificultades del deudor no extinguen la obligación. No obstante debe diferenciarse dos tipos de dificultades: las que implican una excesiva onerosidad sobrevenida y las que no. Si la dificultad no implica una excesiva onerosidad sobrevenida, esto es, que el desequilibrio prestacional que aquella ocasiona no se considera relevante, de cara a la simetría que se percibe o intuye de la integralidad y texto del contrato (sinalagma genético), este “pequeño costo adicional” será de cargo del deudor.

En otras palabras, el riesgo de una dificultad no relevante desde el punto de vista prestacional está a cargo del deudor, en principio, salvo convención especial entre las partes. Que las pequeñas alteraciones sean, en principio, de cargo del deudor tiene su fundamento en el artículo 1602 del Código Civil que consagra el principio de obligatoriedad de los contratos, así como el artículo 868 del Código de Comercio que supedita la revisión del contrato a una alteración que sea excesivamente onerosa.

Así mismo, lo que precede se podría reafirmar, acudiendo a otras fuentes del derecho, acudiendo a lo dispuesto en el artículo 6.2.1 de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016, cuando se consagra que:

“Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad””

En lo que atañe a los remedios que convengan las partes en ejercicio de su autonomía privada, pueden consistir en: 1) distribuir el riesgo de acaecimiento del hecho que causa la excesiva onerosidad sobrevenida o no de la prestación, 2) cláusulas de adaptación o actualización automática para las prestaciones cuya naturaleza permita su pacto y 3) cláusulas de revisión o renegociación.

Frente a este tipo de convenciones ha aclarado la Corte Suprema de Justicia:

“De consiguiente, frente a la alteración del equilibrio prestacional, las partes podrán prever su reforma estipulando cláusulas de adaptación automática, inmediata y sin intervención judicial por la eventual ocurrencia de las circunstancias (condición), posibilidad que no excluye la revisión judicial cuando el reajuste acordado no cubre la dimensión de la ruptura o existan divergencias respecto de su origen, contenido, extensión o eficacia, o también pactar las de

salvaguardia o renegociación (hardship, major economic dislocation, imprevisión, etc.), usuales o de uso común en los contratos de larga duración, donde a diferencia de aquéllas no determinan la magnitud de la asimetría prestacional ulterior ni su reajuste, obligándose en ciertas condiciones a renegociarla, y de fracasar, acudir a un amigable componedor para adaptarlo ex aequo et bono o resiliarlo convencionalmente en representación común, o a un árbitro, o al juez ordinario, o en su caso, mantiene su vigor o podrá terminarse unilateralmente³⁰.

Las dificultades que de suyo implican una excesiva onerosidad sobrevenida, es decir, un desequilibrio prestacional posterior a la celebración del contrato relevante, importante, flagrante, enorme, fundamental³¹, extraordinario, imprevisible e irresistible, se itera, no extinguen la obligación. Para determinar dicho desequilibrio debe *“valorarse completo, pleno e íntegro el contrato y en su conjunto prestacional, tanto cuanto más que, lo excesivo o el desequilibrio prestacional no deriva de una prestación aislada, sino del complejo tejido contractual, según la prudente, juiciosa o razonable ponderación por el juzgador del marco fáctico de circunstancias concreto y los elementos de convicción, atendiendo la equidad y justicia”*³².

El remedio a esta situación de excesiva onerosidad debe entonces escogerse según la distribución del riesgo del hecho, las cláusulas de reajuste automático cuando la prestación lo permita y, en defecto de estas, la revisión del contrato con su contraparte y/o el juez: al primero, en atención del principio de ejecución de buena fe de los contratos o del pacto de revisión y renegociación; al segundo, en atención del artículo 868 del Código de Comercio.

Sin embargo, en virtud del principio de obligatoriedad de los contratos, en el entretanto podría ser conminado judicialmente al pago de la obligación y a los perjuicios derivados de su incumplimiento.

¿Qué puede hacer entonces la parte expuesta ante esa penosa y excesiva dificultad de cumplimiento, cuando no se ha distribuido el riesgo o fijado cláusula de reajuste automático? Evidenciada la situación dificultosa debe llamar al acreedor de su prestación a revisar el contrato, ya sea en virtud del deber de cooperación que integra el contenido obligacional del contrato³³, que se desprende del principio de

³⁰ Sentencia de 21 de febrero de 2012, Radicado No. 11001-3103-040-2006-00537-01. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. MP: William Namén Vargas.

³¹ HINESTOSA Fernando. Teoría de la imprevisión. Revista de Derecho Privado No. 39, julio-diciembre 2020,9-29, DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n39.02>. Pág 19.

³² Sentencia de 21 de febrero de 2012, Radicado No. 11001-3103-040-2006-00537-01. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. MP: William Namén Vargas.

³³ CHINCHILLA Imbett Carlos Alberto. Junio de 2020. “El rol de la excepción de incumplimiento contractual en los tiempos de pandemia. Del “remedio de autotutela” que suspende el contrato a los límites en su ejercicio basados en la solidaridad

ejecución de buena fe establecido en el artículo 871 del Código de Comercio, o en virtud de cláusulas de revisión y de renegociación (*hardship clause*).

Podría alegar incluso la excepción de contrato no cumplido, en uno u otro caso, si ya lo demandaron y el acreedor fue renuente a revisar cuando se le requirió en atención de la buena fe³⁴ o de lo pactado.

También, podría demandar la responsabilidad contractual de su contraparte por los daños ocasionados en virtud del incumplimiento de la obligación de cooperar que se traducía en la revisión del contrato³⁵ o demandar la responsabilidad civil acudiendo a la institución del abuso del derecho, en tanto que el ejercicio legítimo del derecho de crédito resultaría abusivo en dicha situación en particular.

Finalmente, en atención del artículo 868 del Código de Comercio, podría exigir la revisión judicial del contrato. Este proceso declarativo, en una realidad utópica, demoraría no menos de un año y seis meses en sus dos instancias, sin perjuicio de la posibilidad de prorrogar por un término de seis meses adicionales cada una³⁶. Este lapso de tiempo resultaría fatal para el deudor que tuviere que cumplir la obligación que devino excesivamente onerosa. Por ende, no se descarta la posibilidad de solicitar como medida cautelar innominada la inexigibilidad temporal de la obligación, para prevenir los daños que sufre con el cumplimiento³⁷.

La revisión del contrato consiste en “la adaptación de un contrato a las circunstancias sobrevenidas”³⁸, si resulta posible, o en su terminación, en caso contrario³⁹. Lo cierto es que ante esta desafortunada situación “el contrato inicial no tiene porvenir”⁴⁰. *“Se habla, entonces, de “contrato contingente”, conformado por lo que queda del contrato inicial y la decisión modificatoria del juez, que se integra a aquel, para formar un solo cuerpo”*, con efectos de cosa juzgada frente a la situación de hecho constitutiva de la excesiva onerosidad que se le pone de presente al

contractual”. Ensayos de la revista de derecho privado No. 3: vulnerabilidad, solidaridad y pandemia. Algunas reflexiones desde el derecho civil. Pág 183-204.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Rojas Quiñones, Sergio. Responsabilidad civil por falta de cooperación contractual, *Relevancia en tiempos del COVID-19*. Léase en: https://www.iarce.com/responsabilidad-civil-por-falta-de-cooperacion-contractual-relevancia-en-tiempos-del-covid-19/?fbclid=IwAR08JlxDXnIBtrJJPWkF-J_F271628Tzdzq-N-YbqIMy07vIN6PR!94--z2c

³⁶ Artículo 121 del Código General del Proceso .

³⁷ Los requisitos para la procedencia de esta medida están establecidos en el artículo 590 del Código General del Proceso . Estos son condensados por el Profesor Ramiro Bejarano Guzmán en su libro “Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos” así: “a) Que se formule petición de parte. b) Que el juez la encuentre razonable y eficaz para la protección del derecho objeto del litigio amenazado o vulnerado. c) Que la medida impida que se concrete una infracción a ese derecho controvertido o evite las consecuencias derivadas de la misma. d) Que se prevengan los daños o hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión. e) Que el peticionario de la medida innominada esté legitimado y tenga interés en el proceso. f) Que el juez tenga en cuenta la apariencia de buen derecho del demandante, es decir el *fumus bonis iuris*”.

³⁸ HINESTOSA Fernando. Teoría de la imprevisión. Revista de Derecho Privado No. 39, julio-diciembre 2020,9-29, DOI: DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n39.02>. Pág 1.

³⁹ Artículo 6.2.3 -numeral 4- de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales 2016. Consúltese en: <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

⁴⁰ HINESTOSA Fernando. Teoría de la imprevisión. Revista de Derecho Privado No. 39, julio-diciembre 2020,9-29, DOI: DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n39.02>. Página 24.

juzgador, sin perjuicio de una nueva revisión de dicho contrato contingente, ante nuevas situaciones sobrevenientes que lo afecten⁴¹.

La revisión judicial “no implica la purga de los vicios o irregularidades” que pudo presentar el contrato original, “extinción de acciones o excepciones”, sin perjuicio de la ratificación que pueda inferirse de su aquiescencia procesal ante la declaración judicial del contrato contingente, y mucho menos la extinción de las garantías por novación⁴².

Por otra parte, este remedio -revisión- no es de aplicación generalizada. El artículo 868 del Código de Comercio lo limita a contratos de cumplimiento futuro y lo excluye específicamente de contratos aleatorios y de ejecución instantánea.

Un contrato de cumplimiento futuro es aquel en el que la prestación de dar, hacer o no hacer “han de efectuarse con bastante posterioridad al día del convenio o su realización continua para entonces⁴³”. Por ende, podrá ser revisable tanto un contrato de promesa de compraventa⁴⁴, así como un contrato de arrendamiento.

Los requisitos que deben cumplirse conforme al artículo 868 del Código de Comercio, jurisprudencia y doctrina para la revisión de los contratos son los siguientes⁴⁵:

1. El contrato debe existir y ser válido.
2. Se debe presentar un desequilibrio de la prestación enorme, importante, relevante.
3. Dicho desequilibrio haya sido causado un hecho posterior a la celebración del contrato. Si era existente para dicho momento, doctrina autorizada nos indica que el remedio no sería la revisión, sino la rescisión del contrato.
4. El hecho debe ser extraordinario, imprevisible e irresistible: frente a este requisito menester resulta recordar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia:

“Extraordinarias, son aquellas cuya ocurrencia probable está fuera de lo ordinario, normal, natural, común, usual, lógico, habitual, corriente, frecuencia o periodicidad, atendido el marco fáctico del

⁴¹ Ob cit. Página 25

⁴² Ob cit. Página 26.

⁴³ Ob cit. Página 15

⁴⁴ HINESTROSA Fernando. “Tratado de las obligaciones II: De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Volumen I”. Editorial Univesidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015. Pág 859.

⁴⁵ Estos requisitos son condensados de lo expuesto por el profesor Fernando Hinestrosa en su artículo Teoría de la imprevisión ya citado y de la igualmente referenciada sentencia de 21 de febrero de 2012, de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

suceso, sus antecedentes, el estado actual de la ciencia, y la situación concreta según las reglas de experiencia. Imprevisible, es todo evento que en forma abstracta, objetiva y razonable no puede preverse con relativa aptitud o capacidad de previsión, “que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad... 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” (cas. civ. sentencia de 27 de septiembre de 1945, LIX, 443), o según los criterios generalmente admitidos, poco probable, raro, remoto, repentino, inopinado, sorpresivo, súbito, incierto, anormal e infrecuente, sin admitirse directriz absoluta, por corresponder al prudente examen del juzgador en cada caso particular (cas. civ. sentencias de 5 de julio de 1935; 26 de mayo de 1936; 27 de noviembre de 1942; 20 de noviembre de 1989; 31 de mayo de 1995; 20 de junio de 2000, exp. 5475). Imprevisto, es el acontecimiento singular no previsto ex ante, previa, antelada o anticipadamente por el sujeto en su situación, profesión u oficio, conocimiento, experiencia, diligencia o cuidado razonable. Lo extraordinario u ordinario, previsible e imprevisible, previsto e imprevisto, no obedece a un criterio absoluto, rígido e inflexible sino relativo, y está deferido a la ponderada apreciación del juzgador en cada caso según la situación específica, el marco fáctico de circunstancias, el estado del conocimiento, el progreso, el deber de cuidado exigible y la experiencia decantada de la vida”⁴⁶.

5. La alteración de la base ha de sobrevenir sin la culpa del deudor o serle ajena: debe tenerse en cuenta que la culpa se presume, como se indicó anteriormente. *“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”⁴⁷.*

Además, “(...) la desproporción y sus causas han de ser por completo ajenas a la parte afectada, en tanto no sean imputables a su acción u omisión, conducta o hecho, ni las haya asumido legal o contractualmente”⁴⁸.

6. No debe ser una dificultad subjetiva sino generalizada, exterior al deudor.
7. Alegarse antes del pago.

⁴⁶ Sentencia de 21 de febrero de 2012, Radicado No. 11001-3103-040-2006-00537-01. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. MP: William Namén Vargas.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ibidem.

4. CONCLUSIONES

Como corolario de todo lo expuesto se puede concluir:

1. Los efectos de las medidas públicas que ordenaron el aislamiento social obligatorio y, en general todas aquellas que imposibiliten la ejecución del contrato, deben aprehenderse jurídicamente conforme al escenario que se plantee: como imposibilidad sobrevenida que extingue la obligación en escenarios que pretenden el pago in natura o el subrogado de la prestación (acción ejecutiva) o como medio de defensa del presunto ofensor en escenarios de responsabilidad, en el marco de una acción declarativa.
2. En el evento en que las medidas causen imposibilidad definitiva o temporal de la obligación, deberá auscultarse primero el contrato para verificar si hubo una distribución de riesgos. También será relevante si estaba o no en mora y, en defecto de la convención, la distribución legal.
3. La imposibilidad sobrevenida temporal o definitiva conllevará la improsperidad de la acción ejecutiva para el reclamo de la obligación, en atención de la falta de existencia del título ejecutivo.
4. Si las medidas solo generaron dificultades no relevantes de cumplimiento de la obligación, estas deberán asumirse por el deudor de la prestación, salvo pacto en contrario.
5. Si conllevan una excesiva onerosidad sobrevenida, la parte estará legitimada para solicitar la revisión de contrato a su contraparte o al juez, o incluso excepcionar por contrato no cumplido si se encuentra ya en un escenario judicial, sin perjuicio de la responsabilidad que podría pretender en virtud de la buena fe integradora del contenido del contrato o en virtud del abuso del derecho.
6. Lo que precede, sin perjuicio de la distribución contractual de riesgos, las cláusulas de adaptación o actualización cuando la prestación lo permita según su naturaleza y las cláusulas de revisión y renegociación.
7. Deberá además tenerse en cuenta que, cuando se demande la revisión judicial del contrato, se podrá acudir a las medidas cautelares innominadas para evitar los perjuicios que se le ocasionen al deudor con el cumplimiento, solicitando la suspensión temporal del contrato.