La excesiva onerosidad aplicada a la oferta mercantil[1]

Hardship applied to commercial supply.

Paola Alejandra Galindo Reyes*

Juan Mateo Auzaque Morales**

I. RESUMEN

El presente articulo desarrollará un análisis frente a las posibilidades de renegociación de las condiciones económicas propuestas en la oferta comercial cuando, debido a circunstancias que podrían conllevar a la modificación del equilibrio económico del eventual Contrato que se perfeccionaría a partir de la posible aceptación de la oferta, la parte ofertante vea excesivamente acrecentada su carga prestacional. Para esto, serán abordadas las siguientes temáticas: 1. los supuestos del renegociación de los contratos a causa de la excesiva onerosidad sobreviniente; 2. La posibilidad de revocar la oferta mercantil; 3. la aplicabilidad de la teoría de la excesiva onerosidad de los contratos a las ofertas mercantiles y; 4. la necesidad de indemnización al destinatario de la oferta en los eventos en los que la misma sea revisada y reajustada, aun cuando dicha situación surja de la excesiva onerosidad aplicada a la oferta.

Palabras Clave: Oferta Comercial, Excesiva Onerosidad, Equilibrio Económico del Contrato, Aceptación.

This article will develop an analysis of the possibilities of renegotiation of the economic conditions proposed in the commercial offer when, due to circumstances

[1] Artículo de reflexión académica elaborado como requisito para optar como especialistas en derecho comercial de la Universidad Libre – Sede Principal

* Abogada egresada de la Universidad Católica de Colombia, estudiante de la especialización en Derecho Comercial de la Universidad Libre y profesional con experiencia en firmas de abogados y empresas del sector privado.

** Abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia. Optando por el título de especialista en Derecho Comercial de la Universidad Libre. Profesional con experiencia en Derecho comercial, tributario, ambiental y energético.

that could lead to the modification of the economic equilibrium of the eventual Contract that would be perfected from the possible acceptance of the offer, the offering party sees its performance burden excessively increased. For this purpose, the following topics will be addressed: 1. the cases of renegotiation of contracts due to supervening excessive onerousness; 2. the possibility of revoking the commercial offer; 3. the applicability of the theory of the excessive onerousness of Contracts to commercial offers and; 4. the need to indemnify the offeree of the offer in the events in which the same is revised and readjusted, even when such situation arises from the excessive onerousness applied to the offer.

Keywords: Commercial Supply, Hardship, Economic Balance of Contract, Acceptance.

II. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el artículo 845 del código de comercio, la oferta o propuesta es, *"*el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra" (Decreto 410 de 1971, art. 845, Col), oferta que deberá ser presentada con el cumplimiento estricto de la normativa aplicable. Dicha intención denominada oferta debe ser concretada con la aceptación tácita o expresa de la misma por parte del destinatario. Una vez formalizada de acuerdo con el artículo 846 del código de comercio la misma no podrá ser revocada *"*so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario*"* (Decreto 410 de 1971, art. 846, Col).

No obstante lo anterior, hay condiciones y circunstancias que pueden llegar a generar una variación en el valor de la ejecución de la obligación para una de las partes, que a su vez produciría la concreción de un mayor valor del costo o una excesiva carga prestacional para el ofertante, lo cual afectaría el equilibrio económico de la oferta y/o el eventual contrato que surgirá de la aceptación de la primera.

De acuerdo con lo anterior, es relevante interrogarnos acerca de si, previo a su aceptación, ¿Es posible modificar las condiciones económicas de una oferta

comercial cuando, como consecuencia de las condiciones comerciales del mercado, los términos de la oferta se tornan excesivamente onerosos para el oferente?

Se considera en primera instancia que, en todo caso debe existir una simetría entre las partes, que conlleve beneficios mutuos para las mismas. Pese a esto, la doctrina ha establecido dentro de los elementos esenciales de existencia del contrato, la voluntad y/o consentimiento de las partes en la suscripción del mismo, indispensable para que nazca a la vida jurídica, la cual se determina por la concurrencia de una oferta y la respectiva aceptación entorno a las condiciones propuestas del negocio jurídico. No obstante, la oferta puede crear una expectativa en el destinatario que no puede ser desconocida basado en el principio de la buena fe y el carácter de irrevocabilidad de la oferta consagrado en el artículo 845 del Código de Comercio de Colombia.

Así, teniendo en cuenta que se pretende determinar si un eventual cambio en la carga obligacional de un oferente tiene repercusiones en la firmeza de la oferta comercial, que podría incluso configurar un desequilibrio en la razonabilidad económica del contrato perfeccionado a partir de la eventual aceptación de la oferta mercantil, se realizará una investigación dogmática jurídica, a partir del análisis del Código de Comercio, y demás normas pertinentes y concordantes con la pregunta problema, consultando la normatividad vigente y sentencias de altas cortes. Adicionalmente, serán revisados artículos de investigación en materia de civil y comercial para que los autores examinen la doctrina como fuente del derecho, con el fin de identificar diversas posiciones doctrinales respecto del tema que se pretende desarrollar.

Para dar solución a la problemática expuesta, tendremos como objetivo general evaluar la posibilidad de modificar y/o renegociar las condiciones económicas de una oferta comercial cuando, como consecuencia de las condiciones del mercado, se genere un aumento excesivo en la carga prestacional del oferente. Así mismo, se abordarán los siguientes objetivos específicos:

1. Identificar los requisitos para la aplicación de la teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente.
2. Evaluar la posibilidad de revocar la oferta mercantil.
3. Determinar la aplicabilidad de la teoría de la excesiva onerosidad de los Contratos a las ofertas mercantiles.
4. Delimitar la posible responsabilidad del oferente respecto de la indemnización al destinatario, en los eventos en que la misma sea reajustada a causa de la concreción de una excesiva onerosidad sobrevenida.

Por último, los autores presentarán sus conclusiones respecto de las temáticas tratadas a lo largo de este artículo y que giran entorno a la aplicabilidad de la excesiva onerosidad sobrevenida a la oferta mercantil y la responsabilidad del oferente para con el destinatario de la oferta.

III. LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE.

Tal como es bien conocido dentro del régimen legal colombiano, las partes de todo contrato deben promulgar por que la ejecución del mismo se desenvuelva en desarrollo de los principios de la buena fe, la equidad y la justicia contractual en la mayor medida de lo posible y a través de todo el Iter contractual. Esto se debe a que todo contrato presta una función práctica o económica social, a través de la cual se satisfacen los intereses y las necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad (CSJ, 2012, p. 33).

Es precisamente dicha finalidad económica y social de los contratos por la cual las partes, ante un eventual conflicto o diferencia, deben procurar por mantener la eficacia del negocio jurídico, toda vez que es apenas lógico que las mismas lleguen a un acuerdo para cumplirlo y ejecutar cada una de las obligaciones en él contenidas, lo cual es un fiel reflejo del conocido principio “Pacta Sunt Servanda”. En otras palabras, “los contratos se celebran para cumplirse y obligan al pago de las obligaciones de ellos derivadas” (Hinestrosa, F. 2020. pp. 13-14), por lo cual, en

los eventos en los que el acreedor vea insatisfechas las obligaciones a su favor, llamará judicialmente a cumplir al deudor, el cual podría argumentar los hechos que excluyan su responsabilidad.

No obstante lo anterior, hay ocasiones en las que el deudor no ejecuta sus obligaciones, pero dicho incumplimiento no es causado por un actuar negligente o descuidado, ni tampoco por un hecho que haga imposible cumplir con las prestaciones debidas, sino que se presenta una dificultad económica, en la que si se le coacciona al deudor a cumplir con sus obligaciones, se estaría amparando una desproporción prestacional injusta y reprobable, que llevaría a descubrir una relación contractual totalmente inequitativa, provocada por el advenimiento de circunstancias no previstas en la ecuación económica inicial del contrato (Hinestrosa, F. 2020. p. 14).

La situación descrita en el párrafo anterior provoca que para una de las partes el Contrato ya no le reporte ningún beneficio, incluso al punto de vulnerarse el principio de la justicia contractual, entendido de la siguiente manera:

> Conjunto de exigencias de razonabilidad que existen porque la persona humana debe buscar, respetar y realizar los bienes humanos no simplemente en sí misma, para sí misma y en su propio y exclusivo beneficio, sino también con la consideración de que el hombre es un ser social y, por tanto, su obrar es en comunidad (Giraldo, 2017, p. 28)

Frente a lo anterior y con el fin de reaccionar ante la situación planteada en los párrafos anteriores, en la práctica comercial se han desarrollado varias figuras como la cláusula *Rebus Sic Stantibus*[2] y la teoría de la imprevisión, entendida esta última como aquella doctrina encaminada a brindarle la facultad a los jueces de modificar

[2] "postula la implícita inclusión en su contenido de una condición necesaria, esencial, fundamental e imprescindible para el cumplimiento, atañedera a la permanencia constante del marco de circunstancias fácticas o jurídicas, o estado de cosas primario, a cuya invariabilidad sujeta su obligatoriedad, y aún cuando, hay distintas posturas acerca de su exacto origen, suele atribuirse a la escuela del derecho medieval inspirada en las fuentes romanas" (CSJ, 2012, P. 34)

las condiciones de un contrato en los eventos en los que “han variado de tal manera las circunstancias, que se hace imposible para una de las partes cumplir lo pactado, sin que sufra lesión en sus intereses” (CSJ, 1936, pp. 457-458). Es decir, dicha teoría evalúa la posibilidad de modificar las condiciones en las que se suscribió un contrato cuando las circunstancias que presidieron el nacimiento del mismo se han visto alteradas (Lecuyer H, 2010, p. 40)

Ahora bien, de la teoría de la imprevisión nace la figura de la excesiva onerosidad sobreviniente, la cual propende por mantener el equilibrio económico y/o financiero del contrato en los términos que las partes lo suscribieron inicialmente. Es relevante indicar que dicho equilibrio no corresponde a una total equivalencia de las obligaciones y las prestaciones adquiridas por las partes contratantes y el beneficio que cada una de ellas reporta, sino que corresponde a que el provecho que cada una de ellas obtiene sea razonable respecto del patrimonio que comprometen en la ejecución del Contrato. En palabras de Muñoz Laverde, el equilibro financiero contractual:

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

Por otro lado, las causas de la variación del equilibrio económico del Contrato pueden ser de diversa índole, tal como lo explica Hinestrosa:

> alza general de precios, incremento de los precios del combustible, inflación, depreciación monetaria, restricciones del mercado de divisas o en el régimen de comercio exterior, como también factores de orden telúrico: terremoto, inundaciones, sequías, o de índole política: conflictos externos o internos,

> decisiones de política económica o de política internacional. En fin, puede no tratarse de una variación económica con repercusión directa o inmediata sobre el balance contractual, sino de la ocurrencia de hechos de otra clase, que a la postre tienen un impacto patrimonial indirecto (Hinestrosa, F. 2020. p. 20).

La concreción de cualquiera de estos eventos, siempre y cuando logre alterar efectivamente el equilibrio económico del contrato a tal grado que se pueda afirmar la existencia de una carga prestacional injustificada para una de las partes, genera el nacimiento de un deber de revisión fundado en la buena fe y el principio de equidad a los que están llamados las partes para remediar dichas anomalías en las circunstancias que puedan afectar la ejecución del contrato. (Chamie, J.F, 2015, p. 13), es decir, la aplicación de la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida.

La figura de la excesiva onerosidad la podemos encontrar positivizada en la legislación colombiana en el artículo 868 del Código de Comercio, el cual nos indica lo siguiente:

> Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.
>
> El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.
>
> Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea. (Decreto 410 de 1971, art. 845, Col)

En materia internacional, dicha figura se encuentra plasmada en los Principios Unidroit, los cuales establecen:

> Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:
>
> (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
>
> (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
>
> (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
>
> (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja. (UNIDROIT, 2010, Art.6.2.2)

De la lectura de los postulados normativos citados, es posible concluir que la aplicación de la figura de la excesiva onerosidad tiene como objetivo revisar las condiciones del contrato con el fin de mantener el equilibrio económico de las prestaciones con el fin de prevenir, evitar o corregir las consecuencias de la ejecución de una prestación excesivamente onerosa para una de las partes, a partir de un reajuste, adecuación o reforma equitativa del contrato, y de no ser posible, proceder con la terminación del mismo (CSJ, 2012, P.33).

A partir de todo lo anterior, procederemos a describir los requisitos que se deben satisfacer para que la figura de la excesiva onerosidad pueda llegar a aplicarse.

1. **Cambio de las circunstancias o advenimiento de desequilibrio.**

Como se indicó anteriormente, la figura de la excesiva onerosidad se puede aplicar en los eventos en los que las circunstancias que generaron el desequilibrio económico del contrato surgieron de manera posterior a su celebración. Es decir, no es aceptable que las circunstancias alegadas por un deudor, que pretenda ver

reajustadas las obligaciones a su cargo, sean anteriores o coetáneas al nacimiento del Contrato.

Sumado a lo anterior, dichas circunstancias deben ser extraordinarias, imprevistas e imprevisibles. Cada uno de estos términos debe entenderse de la siguiente manera. Extraordinarias, en el sentido de aquellas circunstancias cuya ocurrencia está fuera de lo ordinario, normal, y usual partiendo de los hechos al momento de la celebración del negocio jurídico; imprevisibles como aquellos eventos en los que de manera abstracta y objetiva, son poco probables, raros, repentinos, anormales o infrecuentes; por último, imprevisto se entenderá como el hecho que no podría anticipar un sujeto con una diligencia o cuidado razonable (CSJ, 2012, pp. 38-39).

2. **El deudor que solicite la aplicación de la excesiva onerosidad no debía tener conocimiento del cambio de las circunstancias que la provocaron.**

Es necesario que el deudor que pretenda alegar la configuración de la excesiva onerosidad no hubiera tenido conocimiento de las circunstancias que implicaría que la prestación a la que se encuentra obligado eran gravemente onerosas patrimonialmente al momento de la celebración del contrato, ya que si conocía de dichas circunstancias, dicho contratante podría haber tomado las medidas oportunas para nivelar la balanza económica del contrato (Hinestrosa, F. 2020. p. 17).

Así mismo, se debe partir de que las partes tienen el deber de probidad, previsión y diligencia encaminados a que se cumplan los objetivos inherentes a los contratos. Dentro de dichos deberes se encuentran el de advertencia, comunicación en información para con la otra parte, los cuales tienen como finalidad que se prevean las condiciones que puedan llegar a generar un desbalance económico previo al nacimiento del contrato, para que sean evitadas causas de ineficacia o incumplimiento que impidan la obtención de los resultados prácticos y concretos de los negocios jurídicos (CSJ, 2008, p. 14).

Por ende, si en la fase precontractual se dio el estudio independiente de las posibles consecuencias de la celebración de un contrato por cada una de las partes en desarrollo de la carga de sagacidad que le corresponden a cada una de ellas, así como el cumplimiento de los deberes de información para con la otra, ninguno de los intervinientes en la relación negocial podría alegar una circunstancia de la que ya tenía conocimiento, con el fin de que se reajusten las obligaciones a su cargo.

3. La desigualdad de las prestaciones debe ser grande

Respecto de este requisito es preciso indicar que no hay ninguna disposición normativa que establezca un criterio objetivo para determinar la existencia de la excesiva onerosidad respecto de las cargas obligacionales de una de las partes de un contrato. Sin embargo, le compete al juez revisar los hechos alegados por la parte que pretende la declaración de la excesiva onerosidad, evaluar el cambio de las circunstancias que determinaban el status quo al momento del nacimiento del contrato y las posteriores y, con base en tales datos y en su criterio, declarar la existencia de un desequilibrio en la relación económica del contrato para proceder con su ajuste o terminación de ser el caso (Hinestrosa, F. 2020. p. 18).

No obstante, lo anterior, es relevante traer a colación lo mencionado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en lo referente a la evaluación de la existencia de una excesiva onerosidad en un contrato:

> para establecer la onerosidad de la prestación de futuro cumplimiento, deba valorarse completo, pleno e íntegro el contrato y en su conjunto prestacional, tanto cuanto más que, lo excesivo o el desequilibrio prestacional no deriva de una prestación aislada, sino del complejo tejido contractual, según la prudente, juiciosa o razonable ponderación por el juzgador del marco fáctico de circunstancias concreto y los elementos de convicción, atendiendo la equidad y justicia (CSJ, 2012, pp. 36.37).

4. **La alteración de las bases ha de sobrevenir sin culpa del deudor.**

Un punto importante respecto de la figura de la excesiva onerosidad se refiere a que el cambio de las circunstancias que alteraron el equilibrio económico del contrato no debe provenir por una acción u omisión del deudor de la obligación, toda vez que es lógico que no hay imprevisión si los hechos en los que se funda la excesiva onerosidad fueron producidos a partir de la culpa y/o voluntad del obligado. (CSJ, 2012, p. 39).

Así mismo, si la alteración de las bases económicas del contrato es imputable a una de las partes, se descarta totalmente la inevitabilidad del suceso a partir del que se pretendería el reajuste del contrato, toda vez que la revisión del contrato exige que la imprevisión de la transformación de su ecuación económica se concrete fortuitamente (Hinestrosa, F. 2020. pp. 19-20).

5. **La revisión debe invocarse antes del pago.**

Por último, es evidente que quien ejecutó a satisfacción sus obligaciones, sin importar que hayan cambiado las circunstancias iniciales en las que fue celebrado un contrato, ha logrado sortear las dificultades que le habrían podido impedir con el cumplimiento de las prestaciones debidas, incurriendo en incumplimiento. De ser así, no habría razones válidas que se puedan argüir para que sean revisadas las condiciones de un contrato ya ejecutado. Esto ha llevado a afirmar que “ejecutado, terminado o concluido el contrato y extinguida por su cumplimiento la prestación, nada hay por revisar para reajustar, restablecer o terminar” (CSJ, 2012, P. 37).

Con todo lo anterior, es preciso resalta que lo indicado en el presente apartado aplica para los contratos existentes y válidos, por lo que queda evaluar la procedencia y aplicabilidad de la figura descrita a las ofertas mercantiles, de las que cabe aclarar, no son contratos sin que hayan sido aceptadas, y de ser el caso, y

hayan cumplido con los requisitos ab substantiam actus que le impone la Ley a determinados negocios jurídicos.

IV- POSIBILIDAD DE REVOCATORIA DE LA OFERTA MERCANTIL

En principio, debe ser claro que la norma comercial otorga plena autonomía al remitente de la oferta para establecer el término de aceptación de la misma y en ausencia de este, obrará el término subsidiario establecido en el artículo 851 del Código de Comercio, el cual establece:

> Cuando la propuesta se haga por escrito deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta [...] razón por la cual, es improcedente la modificación de la misma de forma unilateral por parte del oferente (Decreto 410 de 1971, art. 851, Col)

Ahora, procederemos a recalcar que el Código de Comercio refiere la imposibilidad de revocatoria de la oferta mercantil. No obstante, el mismo Código de Comercio es claro estableciendo que: “no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario” (Decreto 410 de 1971, art. 846, Col). Es decir, la norma refiere una prohibición susceptible de ser rebasada siempre que se pague una indemnización, luego, se deduce que la Ley en todo caso, pese a limitar el derecho, respeta la autonomía de la voluntad privada haciendo alusión a que con la presentación de una oferta no es posible obligar al oferente a dar cumplimiento a situaciones y/o propuestas con las que ya no le es posible cumplir.

Es evidente que la norma previamente citada es contradictoria, toda vez que, pese a que refiere la supuesta prohibición de retracto, la misma condiciona la posibilidad del retracto al pago de los perjuicios que eventualmente puedan causarse como consecuencia del mismo, mas no por un incumplimiento.

Haciendo el símil con los Principios UNIDROIT, estos refieren que: “La oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación.” (UNIDROIT, 2010,

Art.2.1.4.) de lo anterior, se resalta el respeto por la facultad referente a la autonomía de la voluntad privada del oferente, no obstante, protege al receptor de la oferta al incluir dos excepciones: a) si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable, o (b) si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta, reconociendo de esta forma, la protección al destinatario de la oferta. (UNIDROIT, 2010, Art.2.1.4.)

Luego de hacer el comparativo procedemos a deducir que, la oferta en principio es susceptible de ser revocada, lo que conlleva el pago de una indemnización por los eventuales perjuicios que se puedan causar. Por ende, es posible concluir que la norma es amplia y susceptible de ser eventualmente inaplicada en los siguientes casos: 1) el destinatario de la oferta y a quien posteriormente se la revocaron, no mostró su inconformidad con la revocatoria, es decir, guardó silencio y; 2) Pese a que el destinatario de la oferta no guardó silencio, no logró probar los perjuicios causados en virtud de la revocatoria de la oferta.

No obstante lo anterior, es claro que de acuerdo con el artículo 863 del Código de Comercio, la actuación de las partes en la etapa precontractual deberá ser de buena fe, pero se procede a reiterar que para efecto del presente documento, la revocatoria se causaría ante una eventual modificación en las condiciones del mercado, luego se presume que esto es causado por causas ajenas a la voluntad del oferente, es decir, sin culpa. En este sentido, y según lo señala Mendoza “debe afirmarse que la protección de la buena fe ha venido siendo, al menos desde los llamados glosadores y posglosadores, uno de los principios tutelares del derecho en general y, de manera muy especial, del derecho privado” (2008, p. 15)

Expuesto lo anterior, y teniendo en cuenta lo mencionado en el capítulo que antecede, frente a la excesiva onerosidad sobreviniente, los autores procederemos a reiterar que, si la excesiva onerosidad conlleva propiamente un sobrecosto frente al cumplimiento de las obligaciones y si a su vez, de acuerdo con el objeto del presente artículo, ya se ha presentado una oferta comercial, que pudiese ser

revocada so pena del pago de una indemnización, que resultaría menos costoso de cara al afectado con la presentación de la propuesta que intrínsicamente lleva plasmada una circunstancia de excesiva onerosidad. Lo anterior, se deduce, teniendo en cuenta la norma previamente mencionada frente al actuar de buena fe de las partes, el pago de una indemnización o tolerar la excesiva onerosidad causada como consecuencia de la volatilidad del mercado y/o cualquier situación ajena al oferente afectado. Consideramos entonces que, en todo caso, debe ser revisado desde cada situación particular, pues deberá precisarse el alcance de la oferta, la sana crítica que conlleve a una equidad contractual y los eventuales elementos que tendría el tercero a quien se dirige la propuesta para alegar un eventual perjuicio causado. No obstante, lo anterior será debidamente profundizado en el capítulo VI del presente documento.

Entonces, para efecto del objeto del presente artículo, podemos inferir que la oferta efectivamente podrá ser revocada previo a la aceptación de la misma, so pena del pago de una indemnización, que de acuerdo con lo mencionado en párrafos que anteceden, podrá ser inaplicada, resaltando en todo caso, la autonomía de la voluntad privada de las partes. Al respecto es relevante traer a colación que:

> La libertad contractual permite a los contratantes, elegir las partes, el contenido, el tipo y forma del negocio, así como disciplinar la responsabilidad, tratándose del poder que el derecho de obligaciones da a las partes para satisfacer su interés mediante la celebración de contratos; sin embargo, tampoco es absoluto y está sometido a unos límites representados por el orden público y, dentro de éste, las normas imperativas y las buenas costumbres. (Gual, 2005, p. 42).

V. DETERMINACIÓN DE LA APLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD DE LOS CONTRATOS A LAS OFERTAS MERCANTILES

Para efecto de dar alcance al presente capítulo, debemos reiterar que la fuente normativa de la excesiva onerosidad se encuentra en el artículo 868 del Código de Comercio.

Ahora bien, es claro que de acuerdo con el estatuto mercantil, la oferta es “el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra” (Decreto 410 de 1971, art. 845, Col). Luego, y teniendo en cuenta que la norma refiere que es simplemente “un proyecto” se entendería que para el legislador ésta conlleva obligaciones y en consecuencia, acarrea responsabilidades de carácter precontractual.

Resulta claro que, las partes deben mantener independientemente al régimen de responsabilidad en el que se encuentren, la buena fe en sus actuaciones, así no se llegue a celebrar un contrato. Por lo cual, los autores entienden esta fase precontractual de los contratos como aquella en la que es posible identificar las condiciones objetivas y subjetivas que regularán su actuar contractual.

Pese a lo anterior, la doctrina en su mayoría ha establecido que de cara a la oferta mercantil y al régimen de responsabilidad al que se encuentra atada “La responsabilidad precontractual sería, según esto, una responsabilidad contractual, puesto que provendría de la violación de un pacto tácito” (Alessandri Rodríguez, 2011, p. 155).

Pese a esto, la jurisprudencia ha sostenido una postura contraria, refiriendo que al no haberse generado entre las partes una relación contractual propiamente dicha, la responsabilidad causada es precontractual: “la responsabilidad en que podrían incurrir las partes de este proceso no era de naturaleza contractual sino extracontractual, y más concretamente precontractual” (CSJ, 1989, p. 42). Luego, este criterio hace referencia a que la responsabilidad en sentido estricto, nace una vez se ha celebrado un contrato con el cumplimiento de todos sus requisitos de existencia y validez.

Una vez expuestas las posturas de la doctrina y de la jurisprudencia, los autores procedemos a conceptuar que, pese a que es claro que la oferta se trata de un

ofrecimiento que debe contar con las condiciones para que se formalice un negocio jurídico y debe contar con las bases del contrato propuesto, es decir, en caso de contar con la aceptación de la misma, las condiciones contractuales ya estarían claras, pues fueron las propuestas en la oferta en mención. De este “ofrecimiento” se derivan responsabilidades al tener en todo caso, que actuar de buena fe sin lesionar los principios del derecho privado, que en ningún caso, pueden extralimitarse y que como se mencionó en el capítulo IV del presente artículo, conlleva en principio, a que se configuren circunstancias externas e imprevisibles. Por lo cual, la responsabilidad se encuadra dentro del régimen contractual al estar sujeta, ante una eventual indemnización.

Lo anterior, conceptuado desde un sentido de contexto de las situaciones que puedan llegar a causar una alteración económica con posterioridad a la presentación de la oferta y previo a su aceptación, en consecuencia, rompiendo: “el equilibrio previsto por el oferente en forma excepcionalmente gravosa”. (Cárdenas Mejía, J.P. 2009, p. 708). Es decir, resultaría aplicable la excesiva onerosidad en los términos del artículo 868 del Código de Comercio.

La anterior interpretación resulta en todo caso válida haciendo uso de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico a partir de las reglas hermenéuticas contenidas en el Código Civil, la cual tiene una válida cabida tal como se indica a continuación:

> Las reglas hermenéuticas para la interpretación de la ley, que no es única y en todo caso no puede ser entendida de manera aislada, sin tener en cuenta que forma parte de un conjunto de reglas de interpretación, que se complementan y armonizan para desentrañar el contenido de un texto legal (CC, 2016).

Ahora, a título meramente enunciativo y con el ánimo de realizar una comparación, es preciso mencionar que se ha establecido que habrá lugar a rescindir un contrato de compraventa de bien inmueble por lesión enorme tomando en consideración que

el precio con el que se prometió vender dicho bien ya violaba lo dispuesto en el artículo 1947 del Código Civil, aún cuando este se había fijado desde la promesa de compraventa. Para mayor ilustración se transcribirá un apartado de la providencia judicial en la que se llegó a dicha conclusión:

> Esta vinculación causal entre los referidos actos jurídicos suscita en punto de la lesión enorme un delicado problema que plantea la impugnación, cuál es el de definir si este vicio opera automáticamente en todos los casos en que la ley lo erige como tal, por el sólo hecho de ofrecerse al tiempo del otorgamiento del acto afectado y en la magnitud fijada por la ley, o si, por el contrario, habida cuenta de que las condiciones de dicho acto han debido quedar definitivamente pre-estipuladas en la promesa, ésta última influye en la determinación del vicio, ya para descartar totalmente la eficacia del mismo, o ya para imponer la necesidad de examinar la economía del negocio a través de todo el proceso de su desarrollo, o sea relacionando las circunstancias existentes al perfeccionarse el acto prometido con las que se dieran al tiempo de la promesa de celebrarlo (CSJ, 1969, p. 50)

Partiendo de lo anterior, podríamos asimilar la promesa de compraventa de un inmueble a la oferta mercantil (proyecto de contrato), mientras que el contrato de compraventa se asemejaría a la oferta más la aceptación del destinatario. Por ende, si es posible aplicar la lesión enorme a un contrato de promesa, el cual cabe recordar que su obligación esencial se basa en la celebración de otra clase de contrato, sería posible aplicar la excesiva onerosidad a la oferta mercantil, la cual tiene la potencialidad (al igual que el contrato de promesa), de crear un contrato totalmente existente y valido.

Por lo tanto, retomando el objeto de la presente investigación, los autores reiteramos nuestro concepto frente a la aplicación de la teoría de la excesiva onerosidad, contemplada en el artículo 868 del Código de Comercio, a la oferta mercantil en los eventos en los que, por razones ajenas a la voluntad del oferente, cambió el equilibrio económico del contrato al punto de ser totalmente desbalanceada la

ecuación económica haciendo desproporcionalmente gravosa su ejecución para una de las partes. Es decir, si es posible la revisión de la oferta por parte de un Juez sin que por esto necesariamente se vea modificada y/o revocada la oferta.

Lo anterior sería posible siempre y cuando las circunstancias en las que se haya planteado la oferta cambien, haciendo excesivamente difícil para el ofertante ejecutar la prestación descrita en dicho proyecto de negocio jurídico, conllevando una desproporcionalidad en la forma en la que sería gravado el patrimonio del ofertante. Así mismo, las circunstancias que provocarían dicha situación deberían presentarse una vez haya sido enviada y recibida la oferta por su destinatario y no previamente, sin que medie culpa del ofertante.

Cabe aclarar que en el caso de la oferta mercantil, la figura de la excesiva onerosidad cumple claramente con el último requisito para su aplicabilidad, es decir, no haberse pagado la prestación debida, toda vez que la obligatoriedad de cumplir con la misma se encuentra condicionada a la aceptación del destinatario.

Por último, es importante mencionar que solamente habría lugar a aplicar la excesiva onerosidad a las condiciones plasmadas en una oferta mercantil en los eventos en los que su destinatario haya consentido su aceptación, toda vez que en el evento en que no sea aceptada la oferta, no habría ninguna obligación que cumplir, es decir, habría una excepción a lo indicado por la Ley, la jurisprudencia y la doctrina, en el sentido de que los hechos y las circunstancias que generen la excesiva onerosidad, podrían ser anteriores a la celebración del contrato.

VI. LA RESPONSABILIDAD DEL OFERENTE RESPECTO DE LA INDEMNIZACIÓN AL DESTINATARIO, EN LOS EVENTOS EN QUE LA MISMA SEA REAJUSTADA EN LOS SUPUESTOS DE CONCRECIÓN DE UNA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIDA.

Como se evidenció en los capítulos que anteceden, es claro que la revocatoria de la oferta en principio, trae consigo una eventual indemnización y que, la excesiva

onerosidad, desde el concepto de los autores, es aplicable a la oferta por el régimen de responsabilidad contractual que esta trae consigo.

Ahora bien, el Código de Comercio refiere que “La aceptación condicional o extemporánea será considerada como nueva propuesta” (Decreto 410 de 1971, art. 855, Col). Luego, de este artículo se desprenden dos cosas: I) La aceptación condicionada y/o extemporánea al referir nuevos términos sujetos de aprobación o que la propuesta sea aceptada posterior al término, se entiende como nueva oferta y; II) un reajuste causado como consecuencia de concreción de la excesiva onerosidad podría ante desconocimiento, considerarse como una nueva propuesta al remitirse condiciones “nuevas”.

No obstante lo anterior, se aclara que el artículo 868 del Código de Comercio menciona que la revisión de las circunstancias que alteran el orden económico de las partes será revisada por un juez, luego según la norma en mención, en principio, la propuesta no podrá ser autónomamente modificada por el oferente.

Ahora, teniendo en cuenta que dentro de los principios y características propias del derecho comercial se encuentra la celeridad, sería potestativo de las partes, dentro de su autonomía de la voluntad, entendida como “esa facultad de participación privada, reconocida por el Estado, para que los particulares puedan darse su propio derecho, y su propia reglamentación, respecto a lo que pretenden hacer de su patrimonio y de sus derechos íntimos y personalísimos” (Castro Ayala, 2015, p. 106), negociar y en consecuencia aceptar las nuevas condiciones, teniendo en cuenta que la norma prevé que esto deberá ser realizado por un Juez.

Lo anterior toma relevancia de cara a la protección de los intereses del destinatario de una oferta, con el fin de que sea un tercero neutral quien verifique que en efecto, se estén presentando circunstancias imprevisibles que alteran el orden económico propio de la relación comercial.

Aun así, es de aclarar que cuando el oferente, para el caso que nos compete, acudiría ante un Juez para que las condiciones propias de su propuesta sean

revisadas, no se causaría entonces una revocatoria, que en principio, como bien se dijo, causa una eventual indemnización de acuerdo con la normativa comercial.

No obstante, pese a que como se mencionó previamente, el derecho comercial se destaca por su celeridad, de cara a las partes y a las prestaciones que ofrecieron y que eventualmente aceptarían tras la presentación de una oferta, estás se verán retrasadas, pues los autores no pretendemos alejar la presente investigación de la realidad jurídica actual y como bien es conocido, los juzgados presentan grandes retrasos en la resolución de conflictos (Pérez Diaz, V, 2021).

Como consecuencia de esto, insistimos en que tras la aplicación de los principios de la autonomía de la voluntad y buena fe, esta circunstancia causada por la afectación tras la variación económica e imprevisible de la oferta, deberá, al menos en principio, ser negociada entre las partes intervinientes y que cuentan con plena disposición negocial.

Finalmente, teniendo en cuenta que la indemnización que se podría causar resulta aplicable únicamente en el caso de revocatoria de la oferta por parte del oferente y que para el caso que nos ocupa, no se trata de una revocatoria si no de una revisión de las condiciones económicas de la oferta tras presentarse condiciones de carácter imprevisible, no habría lugar a una indemnización.

VII. CONCLUSIONES

La presente investigación permite reconocer aspectos relevantes y un choque entre una norma de carácter imperativo, como lo es el artículo 868 del Código de Comercio que refiere la excesiva onerosidad, las circunstancias sobre los cuales se podrá realizar una revisión por parte de un juez de condiciones contractuales de carácter económico, pero limitando el ejercicio de la disposición a circunstancias posteriores a la celebración de un contrato y la revisión de las circunstancias antedichas, pero luego de la presentación y previo a la aceptación de una oferta comercial, teniendo en cuenta que, como bien se dijo, conlleva responsabilidades enmarcadas en el régimen de la responsabilidad contractual.

De acuerdo con los argumentos previos, los autores consideran que, la respuesta a la pregunta objeto de investigación es positiva, siempre que la oferta comercial efectivamente cumpla con sus elementos de existencia y validez, toda vez que la misma, como bien lo dice la doctrina, conlleva obligaciones propias de una relación enmarcada en el régimen contractual, luego la misma es susceptible de ser objeto de revisión en los términos del artículo 868 del Código de Comercio. Lo anterior siempre y cuando se cumplan los requisitos para la aplicabilidad de la figura de la excesiva onerosidad.

Ahora bien, debe ser claro que la excesiva onerosidad, para el caso que nos compete es una garantía protectora del oferente quien por causas ajenas a su voluntad, se ve obligado a solicitar las condiciones económicas de su propuesta.

No obstante, la norma no puede resguardar a una sola de las partes intervinientes, razón por la cual, es clara en el artículo 868 refiriendo que esta revisión la hará un juez, quien hará las veces de tercero imparcial y evaluará si en efecto, se presentaron condiciones imprevisibles, extraordinarias o imprevistas que conlleven a las modificaciones, con el fin de que esto, sea una protección para el destinatario de la oferta y no se actúe bajo arbitrariedades. Se reitera que si las partes bajo autonomía de su voluntad privada y bajo negociación directa entre sí, concilian estás nuevas condiciones, que no se considera nueva oferta, por tratarse de hechos ajenos a su voluntad, se encuentran en plena libertad de hacerlo.

Debe ser claro que, lo anterior no se puede enmarcar dentro del entendimiento de una nueva propuesta, teniendo en cuenta que como bien se ha dicho, el oferente debe respetar en principio, el plazo consensual o legal otorgado en la oferta, para que el destinatario pueda pronunciarse sobre la misma.

IIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Alessandri Rodríguez, A. (2011). De los Contratos (2a ed.). Bogotá. Editorial Temis.

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

Castro-Ayala, J.G. (2015). El negocio jurídico. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia

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. Recuperado de: https://art.torvergata.it/handle/2108/1282.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 21 de febrero, 2012, MP: W. Namén Vargas, Sentencia Exp 11001-3103-040-2006-00537-01, [Col].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 28 de junio, 1989, MP: R. Romero Sierra, Sentencia. [Col].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 7 de febrero, 2008, MP: W. Namén Vargas, Sentencia Exp 2001.06915.01, [Col].

Corte Suprema de Justicia [CSJ]. 1936. Gaceta Judicial XLIV. Recuperado de: https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20XLIV%20n%201914-1922%20(1936-1938).pdf.

Corte Suprema de Justicia [CSJ]. 1969. Gaceta Judicial CXXXI. Recuperado de: https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CXXXI%20n.%202314-2316%20(1969).pdf

Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. 16 de junio, 1971. DO núm. 33.339 (Col.).

Gual-Acosta, J. (2015). Cláusulas de irresponsabilidad: entre asimetría, equilibrio y abusividad. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Hinestrosa, F. 2020. Teoría de la imprevisión. *Revista de derecho Privado*. 39 (jun. 2020), 9–29. DOI:https://doi.org/10.18601/01234366.n39.02.

Lecuyer, H. (2010). Contrato: Acto de Previsión, El. *Revista de Derecho Privado, 18,* 37-56.

Malaurie et Aynès, Droit des obligations, Contrats, quasi-contrats, vol. ii, cujas, Paris, 2000, n.º 360, 205.

Mendoza Ramírez, A. (2015). Excesiva onerosidad sobreviniente. Ponencia presentada en la Academia Colombiana de Jurisprudencia, con ocasión de su Posesión como Académico Correspondiente de la Corporación. Bogotá, Colombia. Recuperado de: http://www.acj.org.co/trabajo-de-los-academicos?limitstart=0.

Mendoza Ramírez, Á. y otros (2008). Derecho Comercial en el siglo XXI. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

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

Pérez Diaz, V, (2021). La congestión judicial es uno de los principales problemas que afecta a la justicia en Colombia. Recuperado de: asuntoslegales.com.co/actualidad/la-congestion-judicial-es-uno-de-los-principales-problemas-que-afecta-a-la-justicia-en-colombia-3116444