



Revista de Derecho Privado

E-ISSN: 1909-7794

mv.pena235@uniandes.edu.co

Universidad de Los Andes

Colombia

Durán Mendéz, Sebastián  
IMPREVISIÓN EN CONTRATOS ALEATORIOS: UNA REVISIÓN ANALÍTICA A LA  
TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN BAJO EL ARTÍCULO 868 DEL CÓDIGO DE COMERCIO  
Revista de Derecho Privado, núm. 55, enero-junio, 2016, pp. 1-22  
Universidad de Los Andes  
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360046467005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



**IMPREVISIÓN EN CONTRATOS ALEATORIOS: UNA REVISIÓN  
ANALÍTICA A LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN BAJO  
EL ARTÍCULO 868 DEL CÓDIGO DE COMERCIO**

SEBASTIÁN DURÁN MÉNDEZ

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.55.2016.04>

Universidad de los Andes  
Facultad de Derecho  
Rev. derecho priv. No. 55  
enero - junio de 2016. e-ISSN 1909-7794

## **Imprevisión en contratos aleatorios: una revisión analítica a la teoría de la imprevisión bajo el artículo 868 del Código de Comercio**

### **Resumen**

La distribución de riesgos es uno de los problemas más complejos y persistentes del derecho contractual, y adquiere especial importancia cuando se presentan los supuestos fácticos bajo los cuales resulta procedente la teoría de la imprevisión. En Colombia, dicha institución se encuentra regulada en el artículo 868 del Código de Comercio, el cual proscribe la aplicación de la teoría en el ámbito de los contratos aleatorios. Bajo tal premisa, el presente texto tiene por objetivo evaluar críticamente dicha exclusión, para lo cual se hace una revisión analítica y rigurosa de la legislación, la jurisprudencia y la literatura pertinentes. Con fundamento en el análisis realizado, se concluye que la aplicación de la teoría de la imprevisión no debe depender de la clasificación típica de un contrato, sino de una evaluación de los riesgos asumidos por las partes.

**Palabras clave:** teoría de la imprevisión, contratos aleatorios, riesgos sobrevinientes, excesiva onerosidad.

## **The imprevision in aleatory contracts: an analytic revision of the theory of imprevision under Article 868 of the Commercial Code**

### **Abstract**

Risks' distribution is one of the most complex and persistent problems of contract law, and it is particularly relevant when the requirements for the application of the theory of imprevision are met. In Colombia, such institution is regulated under Article 868 of the Commercial Code, which prohibits the application of such theory in the case of aleatory contracts. This paper aims to critically evaluate such exclusion, by reviewing the relevant legislation, case law, and doctrinal literature. It is argued that the application of the theory of imprevision should not be determined by the classification of the contract, but rather by an evaluation of the risks assumed by the contracting parties.

**Key words:** Theory of imprevision; aleatory contracts; supervening risks; exceptional hardship.

## **Imprevisão nos contratos aleatórios: uma revisão analítica à teoria da imprevisão sob o artigo 868 do Código de Comércio**

### **Resumo**

A distribuição de riscos é um dos problemas mais complexos e persistentes do direito contratual, e adquire especial importância quando se apresentam os supostos fácticos sob os quais resulta procedente a teoria da imprevisão. Na Colômbia, dita instituição se encontra regulada no artigo 868 do Código de Comércio, o qual proscreve a aplicação da teoria no âmbito dos contratos aleatórios. Sob tal premissa, o presente texto tem por objetivo avaliar criticamente dita exclusão, para o qual se faz uma revisão analítica e rigorosa da legislação, da jurisprudência e da literatura pertinentes. Com fundamento na análise realizada, se conclui que a aplicação da teoria da imprevisão não deve depender da classificação típica de um contrato, senão de uma avaliação dos riscos assumidos pelas partes.

**Palavras-chave:** teoria da imprevisão, contratos aleatórios, riscos sobrevinientes, excessiva onerosidade.

# Imprevisión en contratos aleatorios: una revisión analítica a la teoría de la imprevisión bajo el artículo 868 del Código de Comercio\*

SEBASTIÁN DURÁN MÉNDEZ\*\*

## SUMARIO

Introducción – I. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN: EL PROBLEMA Y SUS ELEMENTOS ESENCIALES – A. *Un contrato válido y de duración prolongada en el tiempo* – B. *El suceso imprevisible e imprevisto* – C. *La excesiva onerosidad* – D. *La inimpugnabilidad del suceso a la parte afectada* – II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CONTRATO ALEATORIO – III. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS CONTRATOS ALEATORIOS – IV. ¿DEBE SER APLICABLE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN A LOS CONTRATOS ALEATORIOS? – A. *Un argumento de análisis económico* – B. *Un argumento lógico-jurídico* – C. *Una aplicación particular de la teoría de la imprevisión en un contrato aleatorio: el caso del contrato de seguro* – D. *Un argumento de derecho comparado* – V. CONCLUSIONES – Referencias.

---

\* Cómo citar este artículo: Durán Méndez, S. (Junio, 2016). Imprevisión en contratos aleatorios: una revisión analítica a la teoría de la imprevisión bajo el artículo 868 del Código de Comercio. *Revista de Derecho Privado*, (55). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.55.2016.04>

Artículo ganador del primer puesto en el II Concurso de Artículos de Investigación Jurídica Germán Cavellier: Nuevas perspectivas en derecho privado. Asociación Cavellier del Derecho, Bogotá, 2014.

\*\* Estudiante de noveno semestre de Derecho y quinto semestre de Economía de la Universidad de los Andes. Actualmente se desempeña como coordinador académico del programa de Maestría en Derecho Privado de la Universidad de los Andes. Correo: [s.duran968@uniandes.edu.co](mailto:s.duran968@uniandes.edu.co)

## Introducción

El contrato, estudiado desde un enfoque jurídico, es un acuerdo de voluntades con la vocación de crear, modificar o extinguir obligaciones, razón por la cual se afirma que tiene una función eminentemente normativa.<sup>1</sup> Sin embargo, visto desde una perspectiva amplia, el contrato es una institución destinada a facilitar la satisfacción de necesidades e intereses personales (Franco, 2012, p. 254). Desde tal aproximación, los efectos jurídicos que el derecho le otorga a los contratos tienen un fundamento en la finalidad negocial que se constituye como función económica de dicho instituto (Benítez, 2010, pp. 366-388), y en su función social como vehículo para reducir la inseguridad derivada de las transacciones en contextos de falta de conocimiento de información relevante sobre la contraparte contractual.

En tal sentido, el contrato, como instrumento de seguridad jurídica y económica, implica un verdadero ejercicio de distribución de los riesgos asociados a una determinada transacción (Posner, 1992/1998, p. 103). Incluso, en una economía global fuertemente afectada por los cambios sociopolíticos del mundo, la volatilidad

y la incertidumbre de muchas transacciones hacen que la distribución de riesgos adquiera todavía una mayor importancia y, en algunos casos, complejidad.<sup>2</sup> Así, es inevitable que las personas incurran en omisiones al momento de establecer una adecuada distribución de los riesgos asociados a la ejecución de sus negocios. Por tal razón, resulta imperioso que el derecho adopte medios idóneos para subsanar tales contingencias, lo que en términos de Schäfer y Ott (1986/1991, p. 263) implica un ejercicio conceptual para reconstruir lo que hubiese sido un “contrato perfecto” para las partes.<sup>3</sup>

Ante tal problemática, varios ordenamientos jurídicos han desarrollado diversas instituciones para subsanar las deficiencias en la evaluación de los riesgos de un contrato, una de las cuales es la denominada “teoría de la imprevisión”. En términos generales, esta teoría refiere a la facultad judicial de revisar los contratos privados en aquellos casos en que el equilibrio económico se ve excesivamente alterado debido al acaecimiento de un suceso imprevisible (Ospina, 1985, p. 81). En Colombia, dicha institución fue introducida en los años treinta por la Corte Suprema de Justicia, la cual, en tres providencias especialmente destacables,<sup>4</sup> sos-

1. Al respecto ver los artículos 1494, 1495 y 1602 del Código Civil.

2. Tras la crisis financiera de 2008, la crisis europea de la deuda pública, la caída del precio de los *commodities* y el consecuente desaceleramiento de las economías emergentes de Latinoamérica y Asia, los últimos informes del Fondo Monetario Internacional indican una recuperación paulatina de la economía global sujeta a diversas contingencias de orden político y ambiental (International Monetary Fund, 2015).

3. Schäfer y Ott (1986/1991, p. 261) realizan una aproximación al derecho contractual desde la disciplina del análisis económico del derecho. Para estos autores el ‘contrato perfecto’ es aquel en que las partes logran prever y distribuir racionalmente todos los riesgos asociados a la ejecución del contrato antes de la conclusión de este.

4. Ver: Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. G. J. XLIV (M. P.: Liborio Escallón; octubre 29 de 1936), G. J. XLIV (M. P.: Juan Francisco Mujica; febrero 25 de 1937) y G. J. XLVI (M. P.: Arturo Tapias Pilonieta; mayo 23 de 1938).

tuvo que la teoría de la imprevisión era aplicable como principio general de derecho en el ordenamiento patrio (Jiménez, 2009, p. 39). Sin embargo, esta posición no tuvo mayor acogida en las siguientes décadas, y solo hasta 1971 se consagró expresamente la teoría de la imprevisión en materia de derecho privado con la expedición del Código de Comercio (en adelante C. Co.),<sup>5</sup> que en su artículo 868 dispone:

Quando 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 esta 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.

Ahora bien, a pesar de la positivización legal de la teoría de la imprevisión en la norma transcrita, en la práctica, la aplicación de dicha institu-

ción ha sido escasa debido a su limitada interpretación por parte de los operadores jurídicos (Jiménez, 2009, p. 41), ya que el tenor de la norma introduce fuertes restricciones mediante conceptos que desdibujan su naturaleza. En efecto, la imprevisión contractual ha sido reconocida judicialmente en especial en el ámbito de los contratos estatales, pero en materia de derecho privado este instituto no ha sido de mayor trascendencia debido a la larga tradición jurídica que le otorga un carácter sacramental a los contratos y que propugna por la intangibilidad de estos (Jiménez, 2009, p. 41).

Un ejemplo concreto de esas limitaciones sería el último inciso del artículo transcrito, que descarta la aplicación de la imprevisión en los contratos aleatorios, puesto que si tenemos en cuenta que las partes comúnmente no distribuyen todos los riesgos que pueden derivar de un contrato, es comprensible que se presenten sucesos imprevistos con la vocación de alterar la función práctica que motiva el nacimiento de una relación obligacional; y esto es así aun cuando las partes sometan los beneficios que les reporta un contrato al azar, pues son las mismas personas quienes limitan el espectro de aleas a las que sujetan sus negocios. Es precisamente esta situación la que delimita el problema jurídico que fundamenta el presente estudio, que ante la expresa limitante que incorpora el artículo 868 del C. Co. se condensa en la siguiente pregunta: ¿Debe ser aplicable la teoría de la imprevisión a los contratos aleatorios?

5. Manuel Ospina Acosta (1985, pp. 78-80) reseña la consagración de la teoría de la imprevisión en materia de derecho administrativo y laboral, la cual precede a la incorporación expresa de dicho instituto en el derecho privado.

Para responder al problema planteado el texto se dividirá de la siguiente forma: en primer lugar, se estudiará la naturaleza de la teoría de la imprevisión y posteriormente la de los denominados contratos aleatorios. En segundo lugar, se analizará la jurisprudencia referente al problema jurídico en examen. En tercer lugar, se sostendrá que la teoría de la imprevisión sí debería ser aplicable a los contratos aleatorios. Para finalizar, se plantearán algunas conclusiones.

## I. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN: EL PROBLEMA Y SUS ELEMENTOS ESENCIALES

El derecho contractual se estructura sobre el principio de la autonomía de la voluntad privada, el cual fundamenta el carácter normativo de los contratos. Dicho principio encuentra un sustento en la máxima *pacta sunt servanda* y en el concepto de seguridad jurídica, lo que a su vez explica que el legislador equipare la fuerza vinculante de la voluntad privada a la de la ley.<sup>6</sup> Sin embargo, la sujeción absoluta a tal estructura, sin tener en cuenta el contexto en el que se aplica, puede redundar en injusticias tal como lo prescribe el aforismo *summum ius summa iniura* (Larenz, 1956/2002, p. 3). Bajo tal premisa, la teoría de la imprevisión opera como una excepción al carácter intangible de los contratos. A partir de esta teoría, cuando

a causa de un suceso imprevisible se altera la base del contrato a tal punto que resulta excesivamente onerosa su ejecución, es posible exceptuar el cumplimiento pético de las obligaciones contractuales.

Ahora bien, es claro que la aplicación de dicho instituto plantea un conflicto con el principio de la seguridad jurídica (Arrubla, 2012, p. 159). En consecuencia, es fundamental delimitar los supuestos bajo los cuales se hace procedente la teoría de la imprevisión, para lo cual se continúa con un sucinto estudio de los elementos esenciales del problema detrás de la imprevisión.

### A. Un contrato válido y de duración prolongada en el tiempo

La teoría de la imprevisión es una institución típicamente contractual, que pretende conjurar la transformación sustancial del equilibrio prescricional de un contrato ante una excesiva onerosidad sobreviniente. De esto se deduce que su procedencia parte de la existencia de un contrato válido y con plenos efectos (CSJ Civil, 21 feb. 2012, W. Namén). En el mismo sentido, la teoría de la imprevisión se ajusta solo a los negocios en los que es temporalmente diferenciable la celebración y la ejecución (Ospina, 1985, p. 85). Así pues, dicha teoría solo es aplicable a los contratos con una duración prolongada, es

6. En tal sentido, el artículo 1602 del Código Civil dispone: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

decir, aquellos en los que existen obligaciones pendientes y en los que sus efectos no se han agotado (Correa, 1991, pp. 233-234).

### **B. El suceso imprevisible e imprevisto**

La teoría de la imprevisión tiene como sustento la destrucción de la base del contrato,<sup>7</sup> lo que en un sentido objetivo refiere a aquellas circunstancias cuya existencia o persistencia configuran el sustrato último de la voluntad negocial (Larenz, 1956/2002, p. 34). De esto se desprende que solo aquellos sucesos o efectos inesperados, sobrevinientes, imprevisibles y, consecuentemente, ajenos a la voluntad real de las partes, fundamentan la procedencia del instituto bajo estudio (Arrubla, 2012, p. 168). Por esto, la teoría de la imprevisión se circunscribe a aquellos eventos imprevisibles e improbables bajo las técnicas y los conocimientos medios al momento de celebrarse el contrato (CSJ Civil, 21 feb. 2012, W. Namén). Adicionalmente, el suceso agravante debe ser extraordinario, por lo cual tuvo que ser imprevisto pese a que las partes conservaran una actitud diligente durante la formación del contrato (Magoja, 2012, p. 240).

### **C. La excesiva onerosidad**

La teoría de la imprevisión es procedente cuando a causa de un suceso extraordinario

el contrato pierde su equilibrio económico y se desdibuja su sentido en tanto relación onerosa (Larenz, 1956/2002, p. 92). Entonces, el acaecimiento del suceso imprevisible debe redundar en la imposición de gravámenes excesivos, que sobrepasen los riesgos distribuidos contractualmente y los derivados del transcurso corriente de las cosas (Barbosa y Neyva, 1992, p. 96). Por ende, la onerosidad sobreviniente refiere a una profunda alteración de la economía del contrato; pero tal transformación no implica un rompimiento del equilibrio prestacional en términos matemáticos, sino la alteración extraordinaria de la relación de proporcionalidad que subjetivamente motivó a las partes (Benítez, 2010, p. 508). Dicho análisis de proporcionalidad debe realizarse bajo criterios objetivos, y no en consideración de las consecuencias subjetivas que implica la variación de las circunstancias para la parte afectada, pues no se trata de justificar malos negocios o de condonar la negligencia contractual (Gherisi, 2006, pp. 321-322).

### **D. La inimputabilidad del suceso a la parte afectada**

La excesiva onerosidad sobreviniente puede afectar a cualquiera de las partes contractuales: bien al acreedor que ve disminuido el valor de su crédito o bien al deudor que ve agravada su deuda (Ospina, 1985, p. 83). Ahora bien, para que la parte afectada pueda alegar im-

7. Al respecto, el artículo 868 del C. Co. dispone: “(...) 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 (...)”.



previsión contractual, el suceso que da lugar a la onerosidad sobrevenida debe ser ajeno a su dolo o culpa, lo que también excluye la aplicación del instituto ante la mora del afectado por el suceso agravante (Barbosa y Neyva, 1992, p. 104).

En síntesis, los elementos esenciales del problema de la onerosidad sobrevenida refieren a situaciones fácticas bajo las cuales resulta pertinente que el ordenamiento jurídico intervenga en una relación contractual para garantizar un cierto equilibrio económico en las prestaciones de las partes. Estos presupuestos contienen parámetros tanto objetivos como subjetivos, y marcan la pauta para determinar las características de un contrato que puede ser susceptible de revisión bajo la teoría de la imprevisión. Así pues, el fondo del problema planteado en el presente texto reside en constatar los elementos esenciales del problema de la onerosidad sobrevenida bajo las características diferenciales de los contratos aleatorios, para lo cual se pasa a estudiar la naturaleza de este tipo de contratos.

## II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CONTRATO ALEATORIO

La formulación de clasificaciones contractuales responde a la necesidad de sistematizar el tratamiento jurídico que el derecho le asigna a diversos fenómenos empíricos en función de sus características esenciales (López, 2010, p. 78). Esto permite dilucidar algunos asuntos trascendentales, como la forma en

que se perfeccionan determinados acuerdos y los efectos que pueden generar distintos tipos de contratos (Larroumet, 1990/1999, p. 140).

Son diversos los criterios útiles para establecer clasificaciones contractuales. Uno de los criterios adoptados en el Código Civil (en adelante C. C.) es la repartición de beneficios o utilidades en virtud del negocio jurídico realizado. En concreto, el art. 1497 del C. C. establece:

El contrato es gratuito o de beneficencia cuando solo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

Así, el criterio clave para diferenciar entre contratos onerosos y gratuitos es la economía del contrato, es decir, la distribución de ventajas derivadas del acuerdo (Giraldo, 2009, p. 463). Así pues, en los contratos onerosos se introducen cargas recíprocas bajo la expectativa de que el negocio reporte beneficio a ambos contratantes. Por el contrario, en los gratuitos solo una de las partes resulta, en principio, beneficiada del negocio.

A su vez, cabe dividir los contratos onerosos en conmutativos y aleatorios. Al respecto, el art. 1498 del C. C. establece:

El contrato oneroso es conmutativo, cuando 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; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.

Los contratos aleatorios, al ser una subcategoría de los onerosos, implican necesariamente una expectativa de beneficio para ambas partes, al igual que los contratos conmutativos. Por consiguiente, el elemento distintivo entre estas dos subcategorías consiste en que en los contratos aleatorios la onerosidad del negocio está sometida esencialmente al azar, a la suerte; mientras que en los contratos conmutativos la onerosidad del negocio tiene un fundamento en la reciprocidad de las prestaciones que las partes subjetivamente consideran equivalentes.

En síntesis, la categoría de contratos aleatorios refiere a los contratos onerosos en los que las partes tienen como pieza de su causa negocial someter al azar las ventajas y los gravámenes derivados del acuerdo contractual (Franzoni, 2012, p. 177), por lo cual las prestaciones derivadas del contrato no son susceptibles de una valoración estricta *ab initio* (Larroumet, 1990/1999, p. 148). En estos contratos, la suerte y la incertidumbre constituyen una característica esencial, bien porque el alea resulta intrínseca a la naturaleza del contrato en cuestión, como en los seguros, o bien porque las partes insertan el alea como elemento estructural de su negocio en virtud de la autonomía privada (Valdés, 2012, p. 18).

### III. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS CONTRATOS ALEATORIOS

La teoría de la imprevisión ha sido una temática abordada expresamente en la jurisprudencia nacional; no obstante, los pronunciamientos al respecto han concentrado sus esfuerzos en dilucidar los fundamentos de esta y en diferenciarla de otros institutos afines, como la fuerza mayor y el enriquecimiento sin causa, entre otros. Así pues, son pocos los materiales disponibles para establecer una evolución jurisprudencial sobre la aplicación de la teoría de la imprevisión en contratos aleatorios, por lo cual se recurre a las principales providencias que pueden resultar útiles para responder al problema planteado.

El primer pronunciamiento al respecto por parte de la Corte Suprema de Justicia fue la sentencia del 29 de octubre de 1936. En dicha providencia, la Corte puntualizó que la teoría de la imprevisión no puede aplicarse “sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos, porque entonces el acto jurídico ya no existe”. Posteriormente, en sentencia del 25 de febrero de 1937, esta misma Corte sostuvo: “En nuestro derecho privado positivo, la teoría de la imprevisión tiene preferentemente aplicación en los contratos a término de prestaciones sucesivas y de especulación”.

En relación con lo anterior, llama la atención que la Corte sostenga que la teoría de la imprevisión tiene aplicación preferente en los contratos de especulación, puesto que mediante

tal calificativo suelen referenciarse los contratos asociados al riesgo, al alea, e incluso dicha denominación se utiliza como sinónimo de la categoría de contratos aleatorios.

Por su parte, el Consejo de Estado, con motivo de consulta formulada por el director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, sostuvo en concepto del 14 de agosto de 1997 que la teoría de la imprevisión “no encuentra aplicación en el caso de los contratos aleatorios, por la naturaleza misma de estos, en donde el carácter de imprevisibilidad marca la prestación de una de las partes y se constituye en elemento distintivo del contrato”.

En tal ocasión, dicha Corporación analizó la aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos de seguro, particularmente la aplicación del inciso 2º del numeral 1º del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, en el que se trata funcionalmente la institución en materia de contratación estatal. Sin embargo, los fundamentos del concepto emitido radicaron en el tenor del inciso final del artículo 868 del C. Co., como se evidencia cuando la Corporación señala que “en el contrato de seguro, que es aleatorio, no tiene aplicabilidad la teoría de la imprevisión consagrada normativamente en el artículo 868 del [C. Co.]”, el cual proscribe la aplicación de dicha teoría en contratos aleatorios. Con relación a lo expuesto, es adecuado resaltar que, si bien el asunto estudiado en la consulta era de naturaleza estatal, la doctrina sentada por el Consejo de Estado en tal oportunidad es sus-

ceptible de ilustrar el problema en materia de contratos de naturaleza privada (Ordóñez, 1998, p. 169).

Por último, el pronunciamiento más reciente de la Corte Suprema de Justicia en torno al problema es la sentencia del 21 de febrero de 2012, en la que sostuvo lo siguiente:

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

Se debe subrayar que la consideración transcrita no figuró como *ratio decidendi* para la resolución del caso bajo estudio de la Corte. No obstante, constituye un primer fundamento para aceptar la aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos aleatorios, cuestión que se abordará con mayor profundidad a continuación.

#### **IV. ¿DEBE SER APLICABLE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN A LOS CONTRATOS ALEATORIOS?**

Son múltiples los factores que pueden afectar la distribución de riesgos en un determinado contrato, lo que conlleva que muchas contingencias no sean asignadas por las partes al momento de coordinar sus voluntades. Por ello, la distribución de riesgos contractuales *a posteriori* es una de las temáticas de mayor trascendencia para el derecho contractual, pues en ningún contrato puede imponerse a una parte soportar al infinito todos los riesgos que pueden asociarse a una transacción y que no son previstos (CSJ Civil, 21 feb. 2012, W. Namén). Esta premisa resulta totalmente compatible con la naturaleza de los contratos aleatorios, pues en estos es frecuente que no se prevean riesgos futuros y plenamente ajenos a la voluntad de las partes a pesar de someter su negocio al azar. Para desarrollar la idea propuesta, a continuación se procede a exponer los argumentos que se consideran pertinentes en respuesta al problema jurídico planteado.

##### **A. Un argumento de análisis económico**

Sea esta la oportunidad para destacar el papel de la teoría de la imprevisión como institución

de gran potencial para el desarrollo óptimo de negocios en el contexto de la economía contemporánea. Esta institución es una verdadera herramienta de justicia contractual, que además de optimizar e incentivar la realización de negocios, otorga estabilidad jurídica ante contingencias sobrevinientes al reducir los costos asociados a la distribución de riesgos contractuales.

En efecto, uno de los principales costos transaccionales en la realización de todo negocio es el referente a la previsión de riesgos futuros, del cual se derivan también los costos relacionados con el aseguramiento de tales riesgos. Esto es de gran importancia ya que los costos de transacción tienen una injerencia directa en la realización de diversas operaciones económicas. Si los costos transaccionales son muy elevados, los beneficios que reportan las transacciones pueden tornarse nulos (Coase, 1960, p. 15) y, en consecuencia, las transacciones se verían truncadas debido a su inviabilidad económica. Por lo tanto, es acertado afirmar que la inoperatividad de la teoría de la imprevisión en el ámbito de los contratos aleatorios constituye una ineficiencia del ordenamiento jurídico, dado que dicha exclusión impone un costo transaccional adicional a los contratantes que recurren a tal categoría contractual, a saber: la identificación, distribución y aseguramiento de riesgos remotos que en un principio no serían tenidos en cuenta para la concreción del negocio.

En detalle, la exclusión de la aplicación de la teoría de la imprevisión tratándose de contratos aleatorios constituye una imposición legal

que implica verdaderos costos económicos a quienes recurren a dicha categoría contractual. Pero, esta imposición parece no reportar ningún beneficio alterno en términos económicos para las partes de un contrato o para la sociedad. En efecto, si un contrato que puede calificarse como aleatorio no implica ninguna externalidad negativa para terceras personas, es totalmente ineficiente que el ordenamiento condicione la celebración del acuerdo mediante la imposición de un costo transaccional adicional. Por ello, la imposición del costo identificado anteriormente, el cual deriva de que el ordenamiento se niegue a proteger legalmente a las partes de un contrato aleatorio ante el acaecimiento de eventualidades imprevistas, desestimula la celebración de negocios que pueden reportar grandes beneficios privados de corto plazo, a pesar de que dichos acuerdos no impongan un costo social a forma de externalidad.

En esta línea, es fundamental que los mecanismos del ordenamiento jurídico minimicen en la medida de lo posible los costos de transacción, para así facilitar la conclusión de negocios y el correcto funcionamiento de la economía (Coase, 1960, p. 19). Bajo tal premisa, resulta notorio que una adecuada interpretación de la teoría de la imprevisión nos dicta que dicho instituto debe operar como remedio jurídico para corregir ineficiencias derivadas de riesgos remotos y ajenos a la voluntad negocial, pues siempre resulta más eficiente la imputación *ex post* de aquellas contingencias que debido a su extraordinariedad no pueden ser distribuidas óptimamente en la celebración del contrato (Kovac ctd.

en: Benítez, 2010, p. 469). En otras palabras, en los contratos de duración prolongada resulta menos costoso asignar las consecuencias de un suceso imprevisible una vez este ocurre, que intentar asignar el riesgo subyacente desde el perfeccionamiento del contrato.

El punto central del anterior planteamiento es que resulta imposible que las partes distribuyan todos los riesgos asociados a determinada operación económica debido a los costos de transacción que ello implica (Shäfer y Ott, 1986/1991, p. 262). Por consiguiente, el argumento propuesto no es ajeno a los contratos aleatorios, pues el hecho de que un contrato sea aleatorio no implica que las partes asuman indeterminadamente riesgos (Enrietti ctd. en: Vega, Panadero, Milán y Ordellín, 2012, p. 49). Precisamente, es en virtud de la autonomía de la voluntad que los contratantes recurren a determinado tipo contractual aleatorio o deciden vincular su relación a la suerte. Así pues, en los contratos aleatorios es posible y pertinente diferenciar entre: i) alea previsible, ii) alea prevista, y iii) alea imprevisible, y son propios de este último concepto aquellos riesgos ajenos y remotos que son susceptibles de una aplicación de la teoría de la imprevisión (Barbosa y Neyva, 1992, p. 153).

Bajo tal entendimiento, la teoría de la imprevisión se perfila como un mecanismo supletorio que reduce costos de transacción y facilita la celebración de acuerdos al brindar seguridad a los contratantes sobre el óptimo funcionamiento de sus negocios en el tiempo. Adicionalmente, en el marco de la propuesta realizada,

dicha institución operaría como un incentivo a la celebración de transacciones que pueden reportar beneficios considerables en el largo plazo, pero que pueden estar asociadas a riesgos remotos, ante lo cual la teoría procedería como mecanismo de distribución eficiente y equitativa de tales riesgos imprevisibles de forma posterior a su acaecimiento.

En este contexto, vale la pena resaltar la frecuente estructuración de contratos aleatorios en transacciones de gran trascendencia económica. Por ejemplo, los proyectos de inversión extranjera están sujetos a los riesgos propios del país receptor de la inversión, como son los eventuales problemas macroeconómicos del país, sus cambios políticos, la variación de su legislación, entre otros (González, 2012, p. 118). Algunas veces, la presencia de estos riesgos se acentúa por la naturaleza de la inversión y por el papel fundamental del alea en la realización del negocio, como suele suceder en los contratos para la prospección y explotación petrolera y de otros minerales (González, 2012, p. 138). Así pues, resulta evidente que negocios de diversa índole pueden llegar a calificarse de aleatorios, sin que ello implique la exclusión de la aplicación de la teoría de la imprevisión como instituto de optimización en la distribución de riesgos que por su naturaleza son imprevistos e imprevisibles.

### **B. Un argumento lógico-jurídico**

Estrechamente relacionado a lo anterior, se debe señalar que la naturaleza de la teoría de

la imprevisión no riñe en lo absoluto con el concepto de contrato aleatorio. En efecto, la teoría de la imprevisión responde a una problemática particular, plenamente delimitada por ciertos supuestos fácticos, los cuales marcan la pauta para fijar los requisitos de aplicación de dicha institución. Sin embargo, ninguno de los elementos esenciales del problema de la imprevisión lleva a la exclusión de su aplicación en sede de contratos aleatorios.

En contra de lo afirmado, algunos autores sostienen que los elementos de la excesiva onerosidad y de la imprevisibilidad no son verificables para los contratos aleatorios, pues en estos las partes asumen voluntaria y esencialmente riesgos, lo que no permite realizar una valoración de proporcionalidad en la relación contractual. Tal fue la postura adoptada por el Consejo de Estado en el concepto anteriormente reseñado, donde sostuvo que la teoría de la imprevisión “no encuentra aplicación en el caso de los contratos aleatorios, por la naturaleza misma de estos, en donde el carácter de imprevisibilidad marca la prestación de una de las partes” (CE Consulta, 14 agos. 1997, C. Hoyos). No obstante, dicha aseveración incurre en el error de considerar que cuando se estructura un contrato aleatorio las partes asumen indeterminadamente los riesgos asociados al negocio en concreto.

La oposición a dicha argumentación radica en que en los contratos aleatorios “las partes asumen el alea derivada de un determinado evento, y por consiguiente en esta esfera todo está excluido; empero, en otra esfera, el des-

equilibrio sobrevenido presenta los mismos caracteres que el equilibrio en los contratos no aleatorios” (Benítez, 2010, p. 509). Incluso, la idea propuesta parece ser adoptada por la Corte Suprema de Justicia en la ya mencionada sentencia del 21 de febrero de 2012, en la cual diferencia expresamente entre alea imprevisible, ajena a la voluntad de las partes, y alea normal, propia del tipo concreto de contrato aleatorio o de la respectiva distribución autónoma de riesgos.

Ahora bien, se debe subrayar que la posición adoptada por la Corte Suprema refleja una falta de armonía entre la regulación legal de la teoría de la imprevisión contenida en el C. Co. y la naturaleza funcional de dicha institución. Visto en detalle, la Corte sostiene que la teoría de la imprevisión es aplicable a los contratos aleatorios solo mediante los principios generales de la buena fe y la equidad, lo que resulta superfluo, pues precisamente sobre tales principios se estructura la teoría de la imprevisión como institución jurídica autónoma.

En este sentido, son diversos los autores que argumentan que el principal fundamento de la teoría de la imprevisión es el principio de la buena fe, ya que el deber de fidelidad a los contratos no puede instrumentalizarse para que una de las partes consiga un lucro desproporcionado en detrimento o ruina de la otra (Correa, 1991, p. 217). El principio de la buena

fe en la ejecución de los contratos obliga a que las partes actúen en conformidad con los estándares de honestidad, solidaridad y lealtad a la voluntad negocial que fundamenta el carácter normativo de las relaciones contractuales (Neme, 2006, p. 88).<sup>8</sup>

En desarrollo del argumento propuesto sobre la compatibilidad de la teoría de la imprevisión con la categoría de los contratos aleatorios, vale la pena hacer referencia al ejemplo práctico de los contratos derivados, el cual desvirtúa la posición de quienes sostienen que es contrario a la seguridad jurídica aplicar la teoría de la imprevisión en los contratos aleatorios, y que muestra cómo aun tratándose de contratos conmutativos el criterio relevante para evaluar la onerosidad sobrevenida no es una clasificación a priori del contrato, sino una evaluación de los riesgos asumidos por las partes, lo cual es un criterio totalmente acorde con los contratos aleatorios.

Los contratos de derivados suelen ser calificados como negocios de especulación. No en vano, en la actualidad existe un debate en torno a la naturaleza aleatoria o conmutativa de los contratos derivados, ya que en estos negocios tiene un papel fundamental la asunción de riesgos (Rodríguez, 2009, p. 98). En detalle, los productos derivados se caracterizan por regular, bajo parámetros preestablecidos, operaciones a plazo sobre distintos subyacentes,

8. La Corte Constitucional ha señalado que la buena fe pasó de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, por lo cual su aplicación adquirió especial importancia en el ordenamiento nacional (CConst., C-1194 de 2008, R. Escobar).

como bienes, valores, entre otros, con lo cual se pretende mitigar el riesgo propio de la volatilidad de los precios en el mercado o realizar operaciones especulativas con base en proyecciones sobre la variación de tales riesgos (Mendoza, 2005, p. 163).

Bajo esta premisa, Mendoza (2005, pp. 163-164) sostiene que debe crearse una regulación detallada del mercado de derivados con el fin de delimitar el tipo de cobertura que implica la realización de tales contratos. Dicha propuesta se fundamenta en la posibilidad de que bajo la aplicación de la teoría de la imprevisión se alegue el rompimiento del equilibrio contractual y se desdibuje la naturaleza del mercado de derivados. De hecho, esta es la situación que se ha presentado en el derecho italiano, pero paradójicamente el argumento de partida ha sido que los contratos derivados son conmutativos y que, por lo tanto, en estos es aplicable la mencionada teoría por definición legal (Franzoni, 2012, pp. 178-181).

Por lo tanto, la restricción de aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos conmutativos tiene por único efecto incentivar la clasificación forzosa de contratos de naturaleza especulativa en una categoría de contratos que no se ajusta a varias transacciones de la economía contemporánea. Así, la restricción de aplicación de la imprevisión, lejos de aportar seguridad jurídica al derecho de los contratos, lo que hace es desdibujar la naturaleza del instituto y alejar el trasfondo del problema de la onerosidad sobrevenida de su eje central, a saber: la identificación de los riesgos asumidos

por las partes en el contrato y la imputación eficiente y a posteriori de los riesgos que no se distribuyen por costos de transacción elevados. En el ejemplo de los contratos derivados, la improcedencia de la teoría de la imprevisión no se explicaría por la calificación previa del contrato como aleatorio, sino por la determinación de la cobertura que implica el derivado, que en la mayoría de los casos contempla sucesos imprevisibles.

### ***C. Una aplicación particular de la teoría de la imprevisión en un contrato aleatorio: el caso del contrato de seguro***

En relación con lo dicho, es pertinente resaltar que la exclusión contenida en el inciso final del artículo 868 del C. Co. resulta contradictoria con el resto del sistema jurídico, particularmente con la regulación legal de algunos contratos típicamente aleatorios.

En este sentido, es fundamental resaltar que el legislador consagró expresamente una aplicación particular de la teoría de la imprevisión en el contrato de seguro, el cual es calificado legalmente como un contrato aleatorio. En efecto, el artículo 1036 del C. Co. dicta que “el seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”, por lo que la consecuencia lógica ante una interpretación formalista del artículo 868 del C. Co. es que la teoría de la imprevisión no resulta aplicable a tal contrato. Aun así, el artículo 1060 del C. Co. contiene una aplicación expresa de la teoría de la imprevisión cuyo efecto principal es la obten-



ción de un reajuste en la prima aseguradora ante la variación sobreviniente e imprevisible del riesgo cubierto por el seguro. Dicha aplicación particular ha sido identificada y resaltada por autores como Arrubla (2012, p. 165) e incluso por la Corte Suprema en sentencia del 21 de febrero de 2012. En general, tal afirmación se fundamenta en el texto del artículo 1060, que en lo pertinente dicta:

El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso 1o del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.  
(...)

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.  
(...)

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de conveni- ción en contrario; ni cuando el asegura- dor haya conocido oportunamente la mo- dificación y consentido en ella.

Tal como se deduce de la norma transcrita, no es contrario al concepto de contrato alea- torio la alteración sobreviniente e imprevisi-

ble de la base del negocio jurídico, por lo que resulta inocuo excluir la aplicación de la teo- ría de la imprevisión con fundamento en una calificación apriorística del contrato afectado por eventos extraordinarios. Al respecto se debe reiterar que el único criterio relaciona- do que puede constituirse como una limitan- te en la aplicación de la teoría es la asunción del riesgo, dada la naturaleza del negocio o la voluntad de las partes (Franco, 2012, pp. 270-271).

#### ***D. Un argumento de derecho comparado***

Por último, y sin la pretensión de realizar un estudio comparativo riguroso al respecto, con- viene evaluar el problema estudiado desde la experiencia internacional, en donde la cues- tión aquí analizada no ha tenido una respuesta uniforme.

En el derecho privado francés, la teoría de la imprevisión no ha tenido mayor acogida (Sán- chez, 2005, p. 73), y en el ordenamiento italia- no existe la discusión sobre su aplicación en contratos aleatorios, pero la posición mayorita- ria es que en tales contratos no tiene cabida la susodicha teoría (Franzoni, 2012, p. 172).

Por su parte, en el derecho norteamericano la institución que puede tenerse como equiva- lente funcional de la teoría de la imprevisión es la denominada *doctrine of impracticability* (Durán, 2014, pp. 14-15), la cual no tiene limi- tante alguna en torno a la calificación que pue- da recibir el contrato según su consagración

normativamente en la sección 2-615 del *Uniform Commercial Code*<sup>9</sup> (en adelante UCC). Por el contrario, los requisitos para la aplicación de dicho instituto se concentran en la voluntad real de las partes, y no en el tratamiento jurídico del negocio en cuestión o la previsibilidad del suceso agravante (Walter, 1987, p. 235). En términos generales, los requisitos de procedencia de la *doctrine of impracticability* son: i) la impracticabilidad del negocio con fundamento en la contingencia imprevista; ii) la no ocurrencia de tal contingencia como una *basic assumption* sobre la cual se celebró el contrato, y iii) la no asunción de dicho riesgo de forma expresa o por mandato legal (Farnsworth, pp. 707-714). Así pues, vemos que en el derecho norteamericano no existe una exclusión de la *impracticability* en el ámbito de los negocios de especulación.

Es de interés traer a colación que los principales autores que estudian esta doctrina en Norteamérica sostienen que, a pesar del intento liberador que representa la consagración de la doctrina en el UCC, los jueces han sido prudentes al momento de aplicarla. Por esta razón, son pocos los precedentes en los que se han sentado parámetros sobre su aplicación. Entre ellos destaca el caso *Aluminum Co. Of America vs. Essex Group*.<sup>10</sup> En este caso, una de las

partes, Alcoa, se había obligado a comprar a la otra, Essex, la materia prima necesaria para fabricar aluminio y luego a redistribuir el aluminio como bien final a Essex.

Como puede verse, para Alcoa el azar constituía un elemento trascendental en el negocio de las partes, pues en general la extracción de minerales está sujeta a muchos factores contingentes. Pero, aun así, el tribunal que conoció de la controversia decidió modificar expresamente el esquema de precios que las partes habían establecido, lo que implicó una verdadera limitación a la máxima según la cual los jueces no pueden contratar por las partes (García, 2014, p. 132) y dio lugar a fuertes discusiones en la literatura jurídica especializada sobre situaciones de impracticabilidad.

Por último, resulta de gran utilidad hacer referencia a la regulación adoptada en el ordenamiento argentino, por su gran pertinencia para el problema objeto de estudio. En efecto, la regulación adoptada en el país vecino es un buen punto de análisis para evaluar los efectos de la teoría en contextos económicos en los que prepondera el crecimiento económico a la par de una gran incertidumbre política y, en consecuencia, un alto riesgo país. En concreto, el ejercicio comparativo con el ordena-

9. Es interesante indicar que, de forma similar a lo sucedido en el ordenamiento colombiano, la *doctrine of impracticability* es una institución que fue introducida al ordenamiento norteamericano jurisprudencialmente. Así, la *impracticability* es el resultado del desarrollo de distintas doctrinas previas como la *doctrine of impossibility* y la *doctrine of frustration of purpose*.

10. Existen varios casos que dan cuenta del perfeccionamiento jurisprudencial de la *doctrine of impracticability*, entre los cuales vale la pena señalar *Krell vs. Henry*, en el cual se dio origen a la denominada *doctrine of frustration of purpose*, y *Mineral Park Land vs. Howard*, donde se introdujo el concepto de *impracticability*.

miento argentino resulta atractivo ya que en su nuevo Código Civil y Comercial, concretamente en su artículo 1091, se aborda expresamente la aplicación de la teoría de la imprevisión en contratos aleatorios en los siguientes términos:

Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.

Como es notorio, la codificación civil y comercial argentina en torno a la aplicación de la teoría de la imprevisión en contratos aleatorios tiene un fundamento en la potestad privada de limitar el alea al cual se somete un negocio que debido a su naturaleza es calificado de aleatorio. Precisamente, es justo este hecho el que se ha intentado poner de presente a través de este texto, por lo cual no resulta erróneo aseverar que el ordenamiento argentino adop-

ta el criterio defendido aquí en cuanto a que la teoría de la imprevisión es acorde y aplicable a los contratos aleatorios. Así, podría decirse que la teoría de la imprevisión en contratos aleatorios resulta útil para introducir estándares de seguridad jurídica y eficiencia a este tipo de contratos; cuestión que se ha resaltado a través del texto y que se pretende reiterar en las siguientes conclusiones.

## V. CONCLUSIONES

Como se ha expuesto anteriormente, la teoría de la imprevisión debería ser aplicable a los contratos aleatorios, pues no existen razones para excluir el ámbito de operación de dicha institución en una categoría contractual tan acorde a la economía contemporánea. Esta afirmación tiene un sustento en múltiples argumentos, entre los cuales se destacan razonamientos de naturaleza económica; un análisis detallado de la legislación y la jurisprudencia referentes a la imprevisión contractual; un análisis a la aplicación de ley de la teoría de la imprevisión en un contrato típicamente aleatorio, como lo es el seguro; y argumentos de derecho comparado.

Visto en detalle, todos los argumentos expuestos en este texto se fundamentan en la idea básica de que la operatividad de la teoría de la imprevisión no debe depender de la calificación típica de un contrato, sino de una evaluación de los riesgos asumidos por las partes y la eventual concreción de dichos riesgos. En mi concepto, esta aproximación resulta ser más

acorde a la naturaleza jurídica y económica de la teoría bajo estudio, y además permite extraer un criterio general de aplicación de dicha institución, el cual se podría denominar: criterio de la adecuación fáctica del suceso sobreviniente al riesgo asumido contractualmente.

En efecto, una de las cuestiones más controvertidas, tratándose de institutos referentes a la onerosidad sobrevenida, es la calificación de un suceso como suficiente para que se predique el rompimiento de la economía de un contrato y se dé una aplicación del instituto en cuestión (Sánchez, 2005, p. 52). Sin embargo, esta discusión se torna inocua bajo el criterio de la adecuación fáctica del suceso sobreviniente al riesgo asumido contractualmente, pues según este el fondo del problema no está en determinar qué tan agravante es un hecho sobrevenido, sino en indagar si la situación gravosa generada por dicho hecho fue un riesgo asumido expresa o tácitamente por las partes en el contrato (Walter, 1987, p. 235).

Vale la pena resaltar que el criterio propuesto puede tornarse problemático teniendo en cuenta que la identificación de riesgos asumidos es un ejercicio que, desde una perspectiva *ex post*, puede verse sometido a las percepciones individuales y subjetivas del operador jurídico que estudia un caso concreto de imprevisión. No obstante, esta problemática se puede superar mediante la fijación de parámetros legales que determinen la aplicación del criterio. Por ejemplo, en el derecho norteamericano,

autores como Eisenberg (2009, p. 209) sostienen que la aplicación de instituciones como la *doctrine of impracticability* pueden materializarse en la adopción de un test en el que se evalúe si era una asunción de ambas partes la no ocurrencia de un suceso con independencia de la naturaleza de este; y un test en el que se evalúen y se delimiten los riesgos que las partes asumieron, test que se aborda bajo el supuesto de que las personas sienten aversión al riesgo.

Finalmente, se reitera que la teoría de la imprevisión es un instituto que puede llegar a tomar un papel central en la resolución de conflictos contractuales en el contexto de la economía contemporánea. Así pues, es claro que no existen razones de fondo para excluirla del ámbito de los contratos aleatorios, razonamiento que parece estar presente de forma implícita en la conciencia de los operadores jurídicos del país, tal como se puede deducir de los pronunciamientos jurisprudenciales estudiados. Dentro de dichos lineamientos, resalta que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de febrero de 1937, puntualizó que la teoría de la imprevisión tiene aplicación en los contratos de especulación; posición adoptada por la corporación antes de la consagración legal de la teoría en el C. Co. De forma similar, es interesante observar que después de la limitante incorporada en tal regulación, la Corte, en sentencia del 21 de febrero de 2012, sostuvo que dicha teoría resulta aplicable en los contratos aleatorios en virtud del principio de la buena fe.

## Referencias

1. Arrubla, J. (2012). *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil* (Décima tercera ed.). Bogotá: Legis Editores.
2. Barbosa, J. y Neyva, A. (1992). *La teoría de la imprevisión en el derecho civil colombiano*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Radar.
3. Benítez, J. (2010). *La revisión del contrato* (Segunda ed.). Bogotá: Editorial Temis.
4. Coase, R. (1960). The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, 3, 1-44. Obtenido de econ: <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>
5. Congreso de la República de Colombia. (1887). Ley 57 de 1887: Código Civil.
6. Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 80 de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
7. Consejo de Estado de Colombia. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación 1011 de 1997 [LexBase]. (C. P.: César Hoyos Salazar; agosto 14 de 1997).
8. Correa, G. (1991). *De los principales contratos mercantiles* (Segunda ed.). Bogotá: Editorial Temis.
9. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1194 de 2008. (M. P.: Rodrigo Escobar Gil; diciembre 3 de 2008).
10. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. G.J. XLIV [Gaceta Judicial]. (M. P.: Liborio Escallón; octubre 29 de 1936).
11. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. G.J. XLIV [Gaceta Judicial]. (M. P.: Juan Francisco Mujica; febrero 25 de 1937).
12. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. G.J. XLVI [Gaceta Judicial]. (M. P.: Arturo Tapias Pilonieta; mayo 23 de 1938).
13. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Ref.: 11001-3103-040-2006-00537-01 [LexBase]. (M. P.: William Namén Vargas; febrero 21 de 2012).
14. Durán, S. (2014). La extrema dificultad de ejecución sobreviniente: estudio comparativo de la teoría de la imprevisión y la *doctrine of impracticability*. *Dissêrtum*, 7, 9-34.
15. Eisenberg, M. A. (2005). Impossibility, impracticability and frustration. *Journal of Legal Analysis*, 1(1), 207-261.
16. Farnsworth, A. (1990). *Contracts* (Segunda ed.). Boston: Little, Brown and Company.
17. Franco, J. (2012). La excesiva onerosidad sobrevinida en la contratación mercantil: una aproximación desde la perspectiva de la jurisdicción civil en Colombia. *Revista de*

- Derecho Privado*, 23, 245-277. Recuperado de revistas: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpri&page=article&op=view&path%5B%5D=3309>
18. Franzoni, M. (2012). El seguro entre los contratos aleatorios. En L. Pérez Gallardo (Coord.), *Contratos aleatorios* (págs. 171-194). Bogotá: Editorial Temis.
  19. García, M. (2014). *La alteración sobrevinida de las circunstancias contractuales* (Primera ed.). Madrid: Editorial Dykinson.
  20. Ghersi, C. (2006). *Contratos civiles y comerciales: partes general y especial* (Sexta ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.
  21. Giraldo, C. J. (2009). Categorías de contratos. En M. Castro de Cifuentes (Coord.), *Derecho de las obligaciones* (t. I, págs. 457-486). Bogotá: Editorial Temis.
  22. González, M. (2012). La percepción y tratamiento del riesgo en los negocios de inversión extranjera. En L. Pérez Gallardo (Coord.), *Contratos aleatorios* (págs. 117-150). Bogotá: Editorial Temis.
  23. International Monetary Fund. (October, 2015). *World Economic Outlook. Adjusting to Lower Commodity Prices*. Recuperado de imf.org: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2015/02/pdf/text.pdf>
  24. Jiménez, W. (2009) La teoría de la imprevisión ¿regla o principio? *Misión Jurídica*, 2(2), 17-49. Recuperado de unicolmayor: <http://www.unicolmayor.edu.co/revistajuridica/pdf/segundaedicion/teoriadelaimprevision.pdf>
  25. Larenz, K. (2002). *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos* (C. Fernández, Trad.). Granada: Editorial Comares. (Original en alemán, 1956)
  26. Larroumet, C. (1999). *Teoría general del contrato* (J. Guerrero, Trad.). Bogotá: Editorial Temis. (Original en francés, 1990).
  27. López, J. (2010). *Los contratos. Parte general* (Quinta ed.). Santiago de Chile: Legal Publishing.
  28. Magoja, E. (2012). La teoría de la imprevisión: el gobierno de la equidad en la ejecución de los contratos. *Prudentia Iuris*, (74). Recuperado de bibliotecadigital: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/teoria-imprevisio-gobierno-equidad-contratos.pdf>
  29. Mendoza, M. (2005). Contratos derivados: apuntes jurídicos para el desarrollo de un mercado en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, 17(35), 115-202. Recuperado de derechoprivado: [https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com\\_revista&view=inicio&id=19%3ARevista\\_35&lang=es](https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_revista&view=inicio&id=19%3ARevista_35&lang=es)
  30. Neme, M. (2006). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurí-

dico colombiano. *Revista de Derecho Privado*, 11, 79-125. Recuperado de uexternado: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpri&page=article&op=view&path%5B%5D=575>

31. Ordóñez, A. (1998). *El contrato de seguro: Ley 389 de 1997 y otros estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
32. Ospina, M. (1985). La teoría de la imprevisión. *Revista de Derecho Civil*, 4(3), 65-103.
33. Posner, R. (1998). *El análisis económico del derecho* (E. Suárez, Trad.). México, D. F.: Fondo de Cultura Económica. (Original en inglés, 1992).
34. Presidencia de la República de Colombia. (1971). *Decreto 410 de 1971: Código de Comercio*.
35. Rodríguez, S. (2009). *Contratos bancarios: su significación en América Latina* (Sexta ed.). Bogotá: Legis Editores.
36. Sánchez, S. (2005). La frustración del contrato en el Derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 20, 45-88. Recuperado de digibug: <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/7501/1/FRUSTRACION%20DEL%20CONTRATO.pdf>
37. Shäfer, H. y Ott, C. (1991). *Manual de análisis económico del derecho civil*. (M. Von Carstenn, Trad.). Madrid: Editorial Tecnos. (Original en alemán, 1986).
38. Tribunal del Distrito Oeste de Pennsylvania. *Aluminum Co. of America vs. Essex Group, Inc.* 499F. Supp. 53, 72 (W.D. Pa. 1980) (abril 7, 1980).
39. Valdés, C. (2012). Apuntes sobre el alea y condición en los negocios jurídicos contractuales. En L. Pérez Gallardo (Coord.), *Contratos aleatorios* (págs. 17-32). Bogotá: Editorial Temis.
40. Vega Cardona, R., Panadero de la Cruz, E., Milán Morales, N. y Ordellín Font, J. L. (2012). Alea e imprevisión. A propósito de la revisión judicial de los contratos aleatorios. En L. Pérez Gallardo (Coord.), *Contratos aleatorios* (págs. 49-65). Bogotá: Editorial Temis.
41. Walter, P. (1987). Commercial Impracticability in contracts. *St. John's Law Review*, 61(2), 225-260.