

**ELENA PATRICIA FUENTES LÓPEZ**

**DE LAS IMPLICACIONES EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LAS  
MEDIDAS ADOPTADAS POR EL GOBIERNO NACIONAL PARA LA CONTENCIÓN  
Y MANEJO DE LA PANDEMIA OCACIONADA POR EL COVID 19**

(Maestría en derecho con énfasis en Responsabilidad Contractual y Extracontractual, Civil y del  
Estado 2011-2012)

**BOGOTÁ  
2021**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO CON ÉNFASIS EN RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**  
**Y EXTRA CONTRACTUAL, CIVIL Y DEL ESTADO**

**Rector:** Dr. Hernando Parra Nieto

**Secretaria General:** Dra. Martha Hinestroza Rey

**Decana Facultad de Derecho:** Dra. Adriana Zapata Giraldo

**Director de Departamento de  
Derecho Civil:** Dr. Felipe Navia Arroyo

**Director de artículo de  
investigación:** Dr. Juan David Gómez Pérez

**Presidente de artículo  
de investigación:** Dr. Felipe Navia Arroyo

**Examinador:** Dr. José Félix Chamie

## DE LAS IMPLICACIONES EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL GOBIERNO NACIONAL PARA LA CONTENCIÓN Y MANEJO DE LA PANDEMIA OCACIONADA POR EL COVID 19

Elena Patricia Fuentes López <sup>1\*</sup>

**Sumario:** I. Introducción. II. De las medidas adoptadas para la contención y manejo de la pandemia. III. De las medidas adoptadas frente al contrato de arrendamiento. IV. De las obligaciones originadas en el contrato de arrendamiento. A. Obligaciones del arrendador. B. Obligaciones del Arrendatario. V. De las posibles soluciones del ordenamiento jurídico frente a las medidas adoptadas y las obligaciones que, por ellas, no han podido cumplirse de manera oportuna en el marco del contrato de arrendamiento. A. Extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida. B. Ausencia de responsabilidad del deudor por el no cumplimiento de la obligación por imposibilidad temporal. C. Excesiva onerosidad sobrevenida o teoría de la imprevisión. VI. Conclusiones

**Resumen:** El presente trabajo tiene como objetivo principal realizar un análisis acerca del efecto de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional y los gobiernos locales con el ánimo de contener la propagación de la actual pandemia ocasionada por el COVID-19, sobre las obligaciones generadas en el marco de un contrato de arrendamiento, y así mismo exponer algunas de las opciones que ofrece el ordenamiento jurídico ante las posibles situaciones de no cumplimiento o inejecución de dichas obligaciones en virtud de los actos de autoridad materializados en la restricción a la libre circulación, reunión o desarrollo de ciertas actividades industriales y comerciales.

**Palabras claves:** Contrato de arrendamiento, fuerza mayor o caso fortuito, imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, deber de solidaridad y excesiva onerosidad sobrevenida o teoría de la imprevisión.

### **Of contractual implications of the measures adopted for the Colombian's Government to contain and manage the pandemic caused by the coronavirus disease (COVID-19)**

**Abstract:** The main objective of this paper is to analyze the effect of the measures adopted by the National Government and local governments with the purpose of containing the spread of the current pandemic caused by COVID-19, on the obligations generated within the framework of a lease contract, and also to expose some of the options offered by the legal system in the face of possible situations of non-compliance or non-performance of such obligations by virtue of the acts

---

<sup>1\*</sup> Maestría en Derecho con énfasis en Responsabilidad Contractual y Extracontractual, Civil y del Estado - Promoción 2012. Departamento de Derecho Civil. Artículo para optar por el título de magíster. Universidad Externado de Colombia.

of authority materialized in the restriction of free movement, assembly or development of certain industrial and commercial activities.

**Key words:** Lease contract, force majeure or fortuitous event, supervening impossibility of performance, duty of solidarity and supervening hardship or theory of unforeseeability.

## I. Introducción

Son los contratos, y en especial los que atañen al derecho privado, los encargados de regular la mayoría de relaciones jurídicas que de forma consensuada traban los particulares. El contrato es la manifestación de la voluntad, y por esa razón goza de gran protección legal, pues tal y como lo expuso el maestro Hinestrosa (2000): “la trascendencia de la firmeza y solidez del vínculo, es algo que desde un principio ha sobresalido y se ha resaltado: es el estar a lo dicho, es el respeto a la palabra empeñada...cimiento de economía”, de manera que válidamente celebrado se convierte en ley para las partes (art. 1602 C.C.) las cuales están en la obligación de atenerse a lo pactado en virtud del principio del *pacta sunt servanda*; por eso el deudor incumplido, en principio, es recriminado legalmente.

Así, una vez convenidas las prestaciones que son objeto de la respectiva relación negocial, los intereses de las partes se encuentran normalmente claros para los intervinientes, quienes esperan la satisfacción oportuna y espontánea de aquello a lo que su contraparte se comprometió; sin embargo, pueden presentarse eventos en que la no ejecución de las prestaciones por uno de los contratantes nada tiene que ver con una conducta negligente, sino que más bien obedece a circunstancias imprevisibles, irresistibles y externas a su círculo de acción. Entonces, de la misma forma en que el ordenamiento jurídico se encarga de proteger lo voluntariamente pactado, también se encarga de ofrecer alternativas para solucionar esas desavenencias surgidas al momento en que se hace imposible o excesivamente oneroso el cumplimiento de una obligación, sobre todo en contratos de naturaleza onerosa, conmutativa y que generan obligaciones de tracto sucesivo, en los que quienes se comprometen lo hacen en pro de una reciprocidad de beneficios, que se encuentran igualmente expuestos a las circunstancias imprevistas que puedan llegar a presentarse.

El eje de este trabajo lo constituye un tipo de vínculo en específico y las consecuencias jurídicas que respecto al mismo generaron o siguen generando las medidas restrictivas a la libre circulación de los ciudadanos, al igual que las limitaciones de algunos sectores económicos, adoptadas con el fin de contener la propagación del virus COVID 19. Se centra este escrito en el contrato de arrendamiento, que al ser de tracto sucesivo resulta más propenso a afectarse por circunstancias sobrevenidas, pues impone a sus contratantes, en especial al arrendatario, la ejecución de prestaciones reiteradas (pago del canon) normalmente a largo plazo. Esto, además de ser uno de los negocios jurídicos de mayor ocurrencia, razón por la cual resulta socialmente relevante analizar con qué posibilidades cuenta o qué opciones tiene, jurídicamente hablando, el contratante (arrendador o arrendatario) que debido a las restricciones de orden público no haya podido cumplir con sus obligaciones.

Este escrito pretende responder en primer lugar si los actos de autoridad proferidos por el Gobierno Nacional y los gobiernos locales, en el marco de la pandemia, tienen la virtualidad de extinguir las obligaciones generadas dentro de un contrato de arrendamiento, o, en su defecto, de exonerar al deudor de responsabilidad por el no cumplimiento oportuno de las mismas. También se analizará que tan viable puede resultar la revisión del contrato, ante la posibilidad de que la prestación pueda considerarse excesivamente onerosa, para así dar una respuesta a las diferentes hipótesis que sobre el particular puedan plantearse.

## **II. De las medidas adoptadas para la contención y manejo de la pandemia**

Mediante la resolución N° 385 del 12 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y Protección Social resuelve declarar la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional, hasta el 30 de mayo del mismo año, debido a que el brote de un nuevo virus denominado COVID-19 fue declarado por la Organización Mundial de la Salud como emergencia de salud pública de importancia internacional.

En el marco de esta situación de emergencia sanitaria, prorrogada por varios meses más, el Gobierno Nacional se vio en la obligación de adoptar medidas de contención que consideró las necesarias para salvaguardar la salud y vida de la población, tales como la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por medio del decreto N° 417 del 17 de marzo de

2020, y en concordancia con tal situación jurídica se ordenó a través del decreto N° 457 del 22 de marzo de 2020 el *aislamiento preventivo obligatorio* de todas las personas habitantes de Colombia. Medida prorrogada en el tiempo de forma continua, hasta el 31 de agosto de 2020, y consistente básicamente en la prohibición de la libre circulación y permanencia en lugares públicos, la prelación de teletrabajo y trabajo en casa, así como el cierre de locales comerciales cuya actividad se centrara en el entretenimiento, tales como bares, discotecas, casinos, juegos de azar, billares, gimnasios, piscinas, saunas, canchas deportivas, áreas de recreación, cines, teatros y restaurantes, a estos últimos solo se les permitió la atención a domicilio.

Debido a que la situación de emergencia sanitaria continuaba, por medio del decreto N° 1168 del 25 de agosto de 2020 se dispuso adoptar como medida menos drástica el *aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable*, en el interés de mermar el impacto negativo de la pandemia y las medidas asumidas para su contención en la economía nacional, pero sin levantar la prohibición de eventos de carácter público y privado que implicaran aglomeración de personas, de apertura de bares, discotecas y lugares relacionados, cuya vigencia se mantuvo sin modificaciones hasta el 1° de diciembre de 2020.

La medida de *aislamiento selectivo y distanciamiento individual responsable* fue regulada por el decreto N° 039 del 14 de enero de 2021, conforme al cual en los municipios de alta afectación se pueden restringir actividades, áreas y zonas, además de tomar las medidas necesarias para reducir el contagio y frenar la propagación del virus, contando con previa autorización a nivel nacional. Se mantuvo la prohibición respecto de eventos de carácter público y privado que impliquen aglomeración de personas y el desarrollo de las actividades comerciales ya señaladas.

En virtud de lo anterior, los mandatarios locales según la situación de salubridad pública de cada municipio, tomaron medidas tales como el *pico y cedula*, consistente en restringir día a día el ingreso a establecimientos de comercio según los dígitos del documento de identidad, *cuarentenas estrictas*, *toques de queda*, *restricción por zonas*, *ley seca* y las demás consideradas como necesarias para contrarrestar el contagio del COVID 19.

### **III. De las medidas adoptadas frente al contrato de arrendamiento**

Algunas de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional, ante las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de las decisiones tomadas para contrarrestar la propagación del virus denominado COVID 19, se refirieron directamente a los contratos de arriendo, no solo de vivienda urbana, sino también de locales comerciales; dichas medidas fueron plasmadas en los decretos 579 del 15 de abril y 797 del 4 de junio de 2020.

Mediante el decreto N° 579 del 15 de abril de 2020, declarado exequible por la Corte Constitucional<sup>2</sup>, se ordenó (i) la suspensión de desalojos dispuestos por autoridad judicial o administrativa, que tuvieran como fin la restitución de inmuebles ocupados por arrendatarios, (ii) que “las partes debían llegar a un acuerdo directo sobre las condiciones especiales” para el pago de los cánones generados durante el periodo de vigencia de dicho decreto y (iii) la suspensión del vencimiento de los contratos, así como de la fecha de entrega del inmueble al arrendador y de la entrega del inmueble al arrendatario, hasta el 30 de junio de 2020. Estas medidas cobijaron tanto contratos referidos a inmuebles destinados para vivienda urbana, como contratos “celebrados sobre inmuebles de destinación comercial en los cuales el arrendatario sea una persona natural, micro, pequeña o mediana empresa”.

En atención a la preocupación del Gobierno Nacional porque las medidas de control sanitario y orden público relacionadas con la reducción de la movilidad, aglomeraciones y congregación de personas en sitios públicos generaron una grave afectación al sector empresarial, reduciendo considerablemente sus ingresos y en consecuencia dificultando en gran medida, y hasta imposibilitando, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, tales como el pago de cánones de arrendamiento y servicios públicos, por medio del decreto N° 797 del 4 de junio de 2020 se resolvió regular de manera extraordinaria y temporal la terminación de los contratos de arrendamiento de locales comerciales que por su destinación se encontraran imposibilitados de ejercer su actividad económica<sup>3</sup>, facultando a los arrendatarios a terminarlos unilateralmente, previo el pago de una indemnización reducida.

---

<sup>2</sup>Corte Constitucional, comunicado N° 30, julio 15 y 16 de 2020. Exp. RE-302- sentencia C-248/20.

<sup>3</sup> Decreto 797 de 2020, artículo 2: Bares, discotecas, billares, casinos, bingos y terminales de juego de videos. Gimnasios, piscinas, spa, sauna, turco, balnearios, canchas deportivas, parques de atracciones mecánicas e infantiles,

La Corte Constitucional declaró inexecutable el mencionado decreto 797, con efectos jurídicos a partir de la comunicación de la sentencia, dándole validez entonces a las actuaciones adelantadas con anterioridad<sup>4</sup>, bajo el argumento de que era incompatible con la Constitución Política en la medida en que la intromisión legislativa realizada por el Gobierno Nacional solo a favor de los arrendatarios, resultaba desproporcionada e innecesaria toda vez que existen normas que facultan a los contratistas para acudir a la justicia ordinaria o arbitral, según sea el caso, a pedir la revisión y ajuste del contrato con cuyo cumplimiento consideren se está afectando el equilibrio entre las partes y por ende lesionando sus derechos.

Analizadas las medidas instituidas a través del decreto N° 797 del 4 de junio de 2020 en el afán de aminorar los efectos nocivos producidos en el comercio formal por todas las restricciones ordenadas en pro del control sanitario y el orden público afectado por la pandemia, puede concluirse que el Gobierno Nacional generalizó la situación de todos los arrendatarios de locales comerciales destinados a las actividades descritas en el artículo 2 del referido decreto<sup>5</sup> al autorizar la terminación unilateral del respectivo contrato de arrendamiento, previo el pago de un tercio de la cláusula penal incluida en el contrato, sin que procediera ningún otro pago a título de indemnización, dejando de lado no solo la voluntad de las partes, tal y como lo adujo la Corte Constitucional al momento de declararlo inexecutable, sino también el hecho de que es el deudor el que tiene la carga de probar la configuración de las causales que pretenda aducir bien sea para lograr el reajuste de las prestaciones contractuales o la extinción de la obligación o la exoneración de responsabilidad por la inejecución de la misma, en razón a una imposibilidad sobrevenida por causa extraña, ya que de no ser así simplemente se estarían aplicando de manera automática dichas instituciones jurídicas.

---

cines, teatros, alojamiento, servicios de comida y eventos de carácter público y privado que implicaran aglomeración de personas.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, comunicado N° 39, septiembre 16 y 17 de 2020. Exp. RE-324- sentencia C-409/20.

<sup>5</sup> Bares, discotecas, billares, casinos, terminales de videojuego, gimnasios, piscinas, spa, balnearios, canchas deportivas, parques infantiles, cines y teatros, servicios religiosos que implique aglomeraciones, alojamiento y servicios de comida, eventos de carácter público o privado que impliquen aglomeraciones de personas.

#### **IV. De las obligaciones originadas en el contrato de arrendamiento**

El artículo 1973 del Código Civil colombiano define el contrato de arrendamiento como “...un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”.

Se trata de un contrato oneroso, de tracto sucesivo y naturaleza conmutativa, es decir que su ejecución es prolongada en el tiempo y las partes están obligadas de manera recíproca. Bonivento (2012) precisó que sus elementos “son los mismos de todo contrato: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos...Además requiere del precio o renta, porque si éste falta degenera el uso y goce en otro negocio jurídico” (p. 415).

En el artículo 1977 *ibídem*, se determina que la parte que da el goce de una cosa se llama arrendador y la parte que da el precio, arrendatario, precisando en artículos siguientes las obligaciones de cada uno.

##### **A. Obligaciones del arrendador.**

Las obligaciones legales del arrendador se encuentran específicamente señaladas en el artículo 1982 del Código Civil, y son: Entregar al arrendatario la cosa arrendada, mantenerla en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada y librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada; así como las demás que se incluyan en el contrato de arrendamiento según las particularidades el bien arrendado y de las necesidades tanto del arrendador como del arrendatario.

##### **B. Obligaciones del arrendatario.**

El arrendatario, por su parte, tiene señaladas sus obligaciones en los artículos 1996 y siguientes del Código Civil, conforme a los cuales está obligado a hacer uso de la cosa según los términos o el espíritu del contrato, emplear el cuidado de un buen padre de familia en la

conservación de la cosa arrendada, realizar las reparaciones locativas, pagar el precio o renta y restituir la cosa al fin del arrendamiento.

Las normas del Código Civil sobre el arrendamiento son de aplicación general, pero ciertos aspectos en el arrendamiento de vivienda urbana y en locales comerciales tienen tratamientos especiales. El arrendamiento de vivienda urbana está regulado por la ley 820 de 2003, mientras que el arrendamiento de locales comerciales por los artículos 518 a 524 del Código de Comercio, que en su artículo 2º dispone que las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a las disposiciones de la ley comercial, serán reguladas por las disposiciones de la legislación civil.

**V. De las posibles soluciones del ordenamiento jurídico frente a las medidas adoptadas y las obligaciones que, por ellas, no han podido cumplirse de manera oportuna en el marco del contrato de arrendamiento.**

**A. Extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida**

Para hablar de imposibilidad sobrevenida, es conveniente empezar por referirse a la causa extraña, y particularmente a la fuerza mayor o caso fortuito, que constituye una especie de la primera, en la medida en que en el ámbito contractual se erige como una excepción al principio de normatividad del contrato, contenido en el artículo 1602 del Código Civil.

Cárdenas (2018) hizo mención a las distintas acepciones que se han generado en torno a la causa extraña como eximente de responsabilidad desde el punto de vista de las diferentes tradiciones jurídicas, haciendo alusión al hecho de que en muchos de los ordenamientos jurídicos no se nombra de manera expresa la causa extraña, y más aún la fuerza mayor, como causales eximentes de responsabilidad. Encontrándose así diversos institutos jurídicos como el de la imposibilidad sobrevenida, de origen romano germánico, la teoría de la *impracticability* aplicada en el derecho estadounidense, así como el acto de Dios y la teoría de la frustración del *common law*, para concluir que “en síntesis: si bien no se puede afirmar que la fuerza mayor se encuentra consagrada con tal denominación por todos los ordenamientos, lo cierto es que estos consagran, como regla general, la imposibilidad de ejecución o la imposibilidad de evitar el daño como un

factor de exoneración, y la expresión fuerza mayor es ampliamente usada para referirse a tales eventos” (p. 419).

La ley colombiana no distingue entre los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito<sup>6</sup>, pero en el caso de la jurisprudencia la cuestión no ha sido tan pacífica, en cuanto a que si bien la Corte Suprema de Justicia, tal y como lo mencionan Solarte (2020)<sup>7</sup> y Cárdenas (2018)<sup>8</sup>, desde hace ya varias décadas ha señalado que no procede tal diferenciación, el Consejo de Estado sí considera que es fundamental discriminarlos y así se ha encargado de hacerlo de manera reiterativa<sup>9</sup>, influenciado por el sistema jurídico francés; tal y como lo afirmó Hineirosa (2007) al referir que la doctrina francesa se ocupó de describir la fuerza mayor como “el acontecimiento del todo extraño a la actividad del deudor o demandado (p. ej., el terremoto), y el caso fortuito, como aquel suceso que ocurre dentro del giro de actividades de aquel (p. ej., el estallido de la caldera del barco que conduce la mercancía)”, en el interés de disminuir la oportunidad de exoneración el deudor o demandado (pp. 790 y 791).

Sobre el mismo punto una parte de la doctrina nacional refiere que la fuerza mayor y el caso fortuito obligatoriamente deberán ser irresistibles y no imputables al deudor, puesto que al faltar alguno de estos elementos, simplemente no existen, de manera tal que al exigirse las mismas características de las dos figuras para ser liberatorias de responsabilidad, no resulta práctica su distinción<sup>10</sup>, siendo así lo trascendental, no su diferenciación, sino verificar con claridad los elementos que deben concurrir para que determinado evento logre exonerar al deudor o a la persona cuya responsabilidad se demanda.

---

<sup>6</sup> Art. 64 C.C., subrogado ley 95 de 1890, art. 1º: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público”.

<sup>7</sup> *Colombian very young arbitration practitioners*. Celebrado 13 de abril de 2020 (minuto 1:51) y recuperado de <https://www.youtube.com>.

<sup>8</sup> Pág. 424

<sup>9</sup> C. de Edo., concepto de la sala de consulta y servicio civil de 12 de diciembre de 2006, exp. 1792, en el que se citan la sent. de 29 de abril de 2005, exp. 0829-92 de la C.S.J., cas.civ. y la sent. de 02 de mayo de 2002, exp. 13477 del C. de Edo.

<sup>10</sup> Tamayo, Tratado de Responsabilidad Civil, tomo II, 2007, p. 109.

Atendiendo a diferentes pronunciamientos de la doctrina<sup>11</sup> y de la jurisprudencia<sup>12</sup>, en el ámbito contractual un acontecimiento constituye fuerza mayor en la medida en que sea imprevisible, irresistible y exterior al campo de acción del deudor de forma que se concrete una imposibilidad absoluta y permanente que no le permita cumplir con la obligación, teniendo claro que tal y como lo dispuso la propia Corte Suprema de Justicia<sup>13</sup>, no es posible catalogar mecánicamente un evento en sí mismo como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito liberatorio de determinada obligación contractual, incluso tratándose de los descritos en la misma ley<sup>14</sup>, pues no solo hay que examinar la naturaleza misma del hecho, sino también el efecto producido frente a la obligación que no fue ejecutada.

En ciertas oportunidades la Corte Suprema de Justicia en procesos de responsabilidad contractual, en cuanto a los elementos constitutivos de fuerza mayor se refirió al de inimputabilidad, que a criterio de Cárdenas (2018) corresponde a la misma idea que se expresa cuando se señala que el evento debe ser externo, lo que “hace referencia de manera general a aquellos hechos por los cuales el deudor o la persona cuya responsabilidad se invoca, no está llamada a responder”, por lo que se torna indispensable en el análisis de cada caso el establecer “los riesgos que el ordenamiento considera deben ser asumidos por determinada persona” según la naturaleza de las cosas o el régimen de responsabilidad aplicable, y así no puedan ser tomados como causal de exoneración (pp. 429-432).

En lo que respecta a los requisitos de irresistibilidad e imprevisibilidad con los que por mandato legal<sup>15</sup> debe cumplir el hecho o acontecimiento aducido como fuerza mayor, la jurisprudencia nacional<sup>16</sup> ha reiterado que i) la irresistibilidad corresponde a “la imposibilidad objetiva absoluta de evitar el suceso y sus consecuencias” en virtud a la magnitud de los mismos,

---

<sup>11</sup> Cárdenas, Causa extraña como eximente de responsabilidad, 2018, pp. 415-472.

<sup>12</sup> C.S.J., Cas. Civ., sentencia de 3 de marzo de 2004, expediente No. C7623.

<sup>13</sup> C.S.J., sent. del 11 de Julio de 1935, G.J. pp. 52 a 55.

<sup>14</sup> Art. 64 C.C., subrogado art. 1º ley 95 de 1890.: Naufragio, terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público.

<sup>15</sup> *Ibídem* “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir...”

<sup>16</sup> C.S.J., Cas. Civ., sentencia de 24 de junio de 2009, expediente No. 01098: En la que se reitera lo establecido por la jurisprudencia en sentencias del 5 de julio de 1935; 31 de mayo de 1965, 26 de enero de 1982, 20 de noviembre de 1989, 7 de octubre de 1993, 26 de noviembre de 1999, 23 de junio de 2000 [SC-078-2000], 29 de abril de 2005 [SC-071-2005] y 26 de julio de 2005 [SC-190-2005].

de manera tal que sea insuperable para cualquier persona, debiéndose además establecer si la imposibilidad generada se predicaría de cualquier deudor en abstracto; mientras que ii) la imprevisibilidad “conciene a la imposibilidad de prever, contemplar o anticipar ex ante las circunstancias singulares, concretas o específicas de su ocurrencia o verificación de acuerdo con las reglas de experiencia, el cotidiano, normal o corriente diario vivir, su frecuencia, probabilidad e insularidad *in casu* dentro del marco fáctico de circunstancias del suceso, analizando in concreto y en cada situación los referentes de su “*normalidad y frecuencia*”, “*probabilidad de realización*” y talante “*...intempestivo, excepcional o sorpresivo*” (pp. 12-13).

Ahora bien, un efecto inexorable de catalogar un evento o suceso como de fuerza mayor o caso fortuito frente a determinada prestación en el marco de un contrato, es que se genera la imposibilidad de cumplimiento para el deudor y da lugar así a la extinción de la obligación. En este punto vale la pena mencionar que la imposibilidad de cumplimiento no se encuentra incluida de manera taxativa en el artículo 1625 del Código Civil Colombiano, como una de las formas de extinción de las obligaciones, pero tal y como recientemente lo trajo a colación el profesor Solarte (2020) la regulación que existe en materia de *pérdida fortuita del cuerpo cierto debido*, contenida en los artículos 1625 (numeral 7) y 1729 *ibídem*, conforme a los cuales cuando el cuerpo cierto que se debe perece por una circunstancia externa, imprevisible e irresistible, la obligación se extingue, ha sido entendida hoy por hoy desde una perspectiva un poco más amplia y por tal razón se alude de manera general a imposibilidad sobrevenida de cumplimiento frente a obligaciones de dar, hacer o no hacer, en la medida en que el deudor no puede obligarse a algo que sea imposible (minuto 5:00).

Hinestrosa (2007) indicó frente a la imposibilidad sobrevenida que: “puede ocurrir que habiendo sido factible la prestación a la hora del nacimiento de la obligación, en el tiempo que media entre la constitución de la deuda y la oportunidad del pago la prestación se haga imposible, por una infinidad de causas” (p. 779), pero que para que esa imposibilidad sea “extintiva y liberatoria” ha de ser no solo sobrevenida, sino además “objetiva y absoluta, imprevisible y, sobre todo, inevitable” (p. 787).

Según lo refirió Fernández (2002), en el ordenamiento jurídico español, más concretamente en el artículo 1156 de su Código Civil, “se regula la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la prestación debida, [entre otras], como una de las causas de extinción de las obligaciones” pero bajo la designación de “pérdida de la cosa debida”, denominación que a su parecer se debe “considerar incorrecta” a efectos de poder referirse a todo tipo de obligaciones, por lo que resulta más conveniente hacer mención al término de “imposibilidad sobrevenida de la prestación” (p.35). Insiste el autor en que la definición de pérdida de la cosa debida “es insuficiente para abarcar todos los supuestos de imposibilidad de la prestación no referidos a la entrega de una cosa determinada” razón por la cual la jurisprudencia española acometió la tarea de llenar dicho vacío legal definiendo “la imposibilidad de la prestación como acontecimiento que torna irrealizable la prestación comprometida, al margen de las concretas circunstancias del momento, y con independencia de que se contemple la persona del deudor u otra persona (S.T.S. de 12 de marzo de 1994)” (p. 37).

En el Código Civil italiano de 1942 (vigente), conforme a lo expuesto por Chamie (2013): “la imposibilidad liberatoria sería aquella sobrevenida, total y no imputable, siempre que el deudor pruebe que la prestación debida se hizo subjetiva y objetivamente imposible, esto es, cuando concurra el elemento objetivo de la imposibilidad y el subjetivo de la ausencia de culpa” (p. 187), además de lo antes dicho, otra cualidad con la que debe contar la imposibilidad para producir un efecto liberatorio es que “debe ser definitiva conforme al segundo inciso del artículo 1256 c.c. italiano, puesto que la imposibilidad temporal exime al deudor solo de la responsabilidad por el retraso en el cumplimiento” (p. 188).

Teniendo claro que la causal de exoneración de obligaciones legalmente denominada “pérdida de la cosa debida” se conoce en un sentido más amplio como imposibilidad sobrevenida de cumplimiento y se puede extender a obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, corresponde entonces responder si esta causal puede ser aplicada respecto de obligaciones de género como las dinerarias, y al respecto resulta pertinente acudir al contenido de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia el 5 de julio de 1935, en la cual enfáticamente precisó que sin importar la naturaleza del hecho, bajo ninguna circunstancia puede constituir fuerza mayor o caso fortuito en lo que a obligaciones de dar dinero se refiere puesto que el carácter liberatorio de dicha

institución jurídica supone la imposibilidad absoluta de ejecución “y es claro que no se concibe tal imposibilidad para la entrega de una suma de dinero , así como no se concibe en general, para las obligaciones de género” (p. 54).

La anterior postura ha sido constante en la jurisprudencia civil y respaldada por gran parte de la doctrina que al realizar un análisis congruente de los requisitos del instituto jurídico de la fuerza mayor llega a la conclusión compilada por Solarte (2020) de que “las obligaciones dinerarias no se pueden extinguir por imposibilidad de cumplimiento porque el objeto siempre existirá, es decir una cosa es la dificultad que un deudor tenga transitoriamente para cumplir una obligación de dinero por deficiencia en su solvencia o liquidez y otra cosa es que el objeto devengue en imposible, y parecería según la doctrina más acertada que una obligación dineraria, no puede devenir en imposible” (minuto: 5:40).

- **De la aplicación de esta figura jurídica a los contratos de arrendamiento.**

Lo que habrá de analizarse bajo este subtítulo es si la medida de aislamiento preventivo obligatorio decretada en todo el territorio nacional desde el 20 de marzo de 2020, prorrogada en las mismas condiciones hasta las veinticuatro horas (24:00) del 31 de agosto del mismo año 2020, y materializada en la restricción de la movilidad, aglomeración y congregación en sitios públicos, y la limitación del libre desarrollo de algunas actividades industriales y comerciales, ya mencionadas al inicio de este artículo, así como la medida de aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable, implementada desde el 1° de septiembre de 2020 y vigente a la fecha, pueden catalogarse como un evento de extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida, tanto respecto de las obligaciones legales derivadas de la calidad de arrendador, como de las obligaciones legales del arrendatario.

Es claro que a quien corresponde demostrar la concurrencia de los requisitos que caracterizan la fuerza mayor o caso fortuito en razón a un suceso en específico, es al deudor que pretenda alegarlo para exonerarse de la ejecución de determinada obligación contractual, y así, lo que debe resultar de esa confrontación entre el hecho o acontecimiento y la clase de obligación, es que la imposibilidad de cumplimiento debe ser absoluta y permanente, más no una situación de

mera dificultad, por grave que esta sea, del deudor a la hora de cumplir. Lo anterior, respondiendo a la norma general de responsabilidad contractual, consagrada en el artículo 1064 del Código Civil colombiano.

Pues bien, en lo que al arrendador se refiere, en primer lugar está obligado a hacer entrega de la cosa arrendada, que para el caso de las medidas de restricción de circulación establecidas por autoridad administrativa, solo se tornó en una imposibilidad por el tiempo en que puntual y específicamente, dependiendo del municipio y la zona de su domicilio, estaba prohibido transitar, al igual que dependía de la misma clase de restricciones en el lugar de entrega, y como bien lo sabemos tales medidas no fueron de naturaleza permanente, además de que conforme se iban presentando las estadísticas de contagio se prorrogaban o flexibilizaban. De manera tal que no parece muy acertado afirmar que se pueda alegar la exoneración de la obligación de entrega por fuerza mayor o caso fortuito, toda vez que si bien es cierto es un acontecimiento de tipo imprevisible y externo, no puede decirse que es permanente; ahora bien de lo que si podríamos hablar en este caso es de que no hay lugar a la constitución en mora del arrendador, lo cual se explicará unos párrafos más adelante.

Para el arrendatario la posibilidad de alegar como causal de extinción de la obligación la imposibilidad sobrevenida por fuerza mayor o caso fortuito, se hace aún menos factible, en la medida en que estamos ante una prestación dineraria, puesto que su principal obligación es la de pagar el precio o renta por el uso o goce de la cosa, que para efectos de este trabajo limitaremos a inmuebles destinados, o bien para vivienda urbana, o bien para local comercial, y según ya se precisó, una obligación de esta naturaleza genérica no puede devenir en imposible en la medida en que es un bien fungible, así que no se cumple con el requisito de irresistibilidad que tal y como lo explicó Cárdenas (2018): “implica que no se trata de que la obligación se haga más difícil o más onerosa, incluso si es excesivamente onerosa. Lo importante es que se haga imposible” (p. 433), y la obligación del arrendatario de pagar la renta, es perfectamente posible.

Vale la pena referirnos de manera especial al caso de arrendatarios de locales comerciales destinados a las actividades de comercio específicamente prohibidas o restringidas mediante los decretos proferidos por el Gobierno Nacional y/o los gobiernos locales, directamente afectados

por la restricción de la libre circulación, en la medida en que tal y como se consagró en la parte considerativa del decreto 797 del 4 de junio de 2020<sup>17</sup>, debido a la emergencia sanitaria y por consiguiente a las medidas de prevención decretadas, duraron los meses de aislamiento preventivo obligatorio sin percibir ingresos o percibiéndolos en un muy bajo porcentaje, razón por la cual frente a los mismos podría considerarse la suspensión de la exigibilidad de la obligación que conllevaría a que no haya lugar a la constitución en mora del deudor ni a indemnización de perjuicios; posibilidad a la que se hará referencia seguidamente.

### **B. De los efectos de la imposibilidad temporal o transitoria de cumplimiento**

Fernández (2002) se refirió a la imposibilidad transitoria de la prestación para explicar que si bien en tal caso no procede la extinción de la obligación, si “la causa de la imposibilidad no es imputable al deudor, aunque no haya cumplimiento puntual, no habría tampoco lugar a la constitución en mora del mismo, de modo que será el acreedor quien deba soportar los eventuales perjuicios del retraso”. Llamó la atención el autor sobre el hecho de que esta figura jurídica fue significativa en España frente a los “contratos y obligaciones afectados por la escasez de provisiones y problemas de infraestructuras derivados de la Guerra Civil española y la II Guerra Mundial” de tal manera que el Tribunal Supremo accedió a adaptar con menor rigor los requisitos de esta causal de extinción considerando específicas y no genéricas ciertas prestaciones, así como otorgándole la prerrogativa de suspender la obligación (p. 40).

En este punto resulta oportuno citar nuevamente el contenido del artículo 1256 del Código Civil Italiano, en cuyo inciso segundo establece que “si la imposibilidad es solo temporal, mientras ella perdura el deudor no es responsable del retraso en el cumplimiento”, norma que a juicio del profesor Hineirosa (2007) “en cierta medida corresponde al art. 1616 [2] c.c.” que dispone que la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios (p. 784). Precisó el tratadista que son justamente los contratos de ejecución sucesiva, máxime los de larga duración, los más propensos a verse afectados por circunstancias que llegan a constituir imposibilidades transitorias “que bien pueden asumirse y sortearse con suspensión de la ejecución de las obligaciones, que se reanuda al desaparecer el obstáculo, salvo que el

---

<sup>17</sup> Declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-409 del 17 de septiembre de 2020.

período se prolongue más de la cuenta o que la presencia del intervalo afecte la economía del contrato o contradiga gravemente el interés del acreedor” (p. 785).

Ahora bien, tal y como lo afirmó Solarte (2020) la imposibilidad temporal de cumplimiento no está expresamente regulada en el ordenamiento jurídico colombiano como constitutiva de fuerza mayor, pero ello no es óbice para que se presenten casos en los que ésta impida temporalmente el cumplimiento del contrato, y entonces se reitera que “lo que procede es una suspensión de los efectos del contrato mientras dura la fuerza mayor”, con fundamento en el artículo 7.1.7. num. 2 de los principios Unidroit que establece “que en tal caso se suspende por un periodo de tiempo razonable en función del efecto del impedimento sobre el cumplimiento” (Cárdenas, 2018, p. 446).

Empero, habrá de responderse qué tan viable es la aplicación de dichos principios para la solución de controversias contractuales en nuestro derecho interno; Insignares, Cortés (2019) acometieron la tarea de responder tal interrogante, partiendo de la base de que “son un instrumento del *soft law*, toda vez que al no constituir un tratado internacional, la fuente de su obligatoriedad se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes”, sin embargo consultado su preámbulo se advierte la función interpretativa que cumplen en el ámbito de los contratos internacionales, extensiva a contratos nacionales en virtud de una relación de complementariedad (pp. 15-17).

En lo que respecta puntualmente a la integración de los principios Unidroit al derecho colombiano, los autores antes citados precisaron que a partir del análisis del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la manera en que se puede alcanzarse la incorporación de dichos principios en el régimen mercantil colombiano es otorgándoles “el tratamiento de fuente de derecho a partir de los principios generales del derecho” (p. 20), respecto de los cuales valga recordar “en el régimen mercantil se aplica la regla según la cual los principios generales del derecho tienen fuerza vinculante cuando no exista norma expresa aplicable al caso en concreto; o sirven como criterio auxiliar de la actividad jurisdiccional para escoger entre dos o más interpretaciones posibles admisibles al ordenamiento jurídico” (p. 21).

De esta forma concluyeron Insignares, Cortés (2019) que conforme al alcance dado por la jurisprudencia constitucional a los principios generales del derecho, los principios Unidroit pueden ser admitidos como principios del derecho comercial a efectos de ser utilizados o bien como criterio de interpretación de la legislación mercantil colombiana o aplicados “como ley ante la ausencia de regulación directa” (pp. 24-25).

En este mismo orden de ideas resulta oportuno hacer mención a dos sentencias de tutela a través de las cuales la Corte Constitucional hizo un análisis trascendental del instituto jurídico de la fuerza mayor desde el deber constitucional de solidaridad, en la medida en que instituyó cambios respecto de obligaciones contractuales dinerarias, apartándose de una u otra forma de los fundamentos doctrinales y jurisprudenciales de esta causa de extinción de obligaciones.

Por un lado está la sentencia T-520 del 26 de junio de 2003<sup>18</sup> proferida con ocasión a que una persona víctima del flagelo del secuestro, oprobio bastante frecuente en nuestro país hasta hace unos años, solicitó por medio de una acción de tutela la refinanciación de las deudas y la suspensión de los procesos ejecutivos que cursaban en su contra debido al no cumplimiento de las obligaciones adquiridas dentro de un contrato de mutuo celebrado con una entidad financiera, durante el tiempo en que estuvo secuestrado y el periodo de su recuperación.

En dicha ocasión la Corte Constitucional otorgó al secuestro la connotación de fuerza mayor o caso fortuito, pues a su parecer el deudor víctima de tal delito está en una condición de debilidad manifiesta que lo sitúa en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones, y por tal razón en virtud del deber de solidaridad que “debe gobernar las relaciones entre las partes contratantes, particularmente entre las personas con intereses comunes en el negocio” (p. 54), a ese deudor no se le puede exigir el cumplimiento de la obligación dineraria, o no por lo menos en las mismas condiciones inicialmente pactadas, ni durante el tiempo en que se encuentre secuestrado, ni durante el periodo de su readaptación social económica, que en este caso fijó la Corte en un año.

---

<sup>18</sup> Exp. T-620041, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Concluyó la Corte que al no ser exigible la obligación, el deudor no se encontraba en mora y tampoco podía endilgársele responsabilidad, desde el punto de vista civil, por el incumplimiento de sus obligaciones, en la medida en que se encontraba sujeto a una circunstancia eximente de responsabilidad (p.55), de manera que ordenó que los contratos originales debían “ser novados adecuando sus obligaciones al cambio de circunstancias producto del secuestro”, con la exigencia hecha al demandante de otorgar las garantías de cumplimiento de sus obligaciones en las mismas condiciones pactadas en los contratos iniciales (p. 67).

Tal antecedente jurisprudencial dio lugar a la expedición de la ley 986 de 2005, en la que se prescribe el secuestro como causal constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito para el secuestrado, y como consecuencia de ello procede la interrupción de plazos y términos de vencimiento de obligaciones dinerarias<sup>19</sup>.

Mediante la sentencia T-726 del 13 de septiembre de 2010<sup>20</sup> la Corte Constitucional resolvió la acción de tutela interpuesta por un deudor dentro de un contrato de mutuo suscrito con entidad financiera, que aducía su calidad de persona desplazada por la violencia como la razón de su incumplimiento y debido a dicha circunstancia solicitaba la terminación del proceso ejecutivo cursado en su contra y la posibilidad de nuevas opciones de pago. En este asunto la Corte se planteó como problema jurídico el determinar si tal condición es “una circunstancia que al impedir el cumplimiento de una obligación por razones ajenas a la voluntad del deudor es capaz de influir en el derecho del acreedor de hacerla exigible”, y una vez examinadas las particularidades del hecho del desplazamiento forzado, concluyó que “configura una fuerza irresistible e imprevisible, ajena a la voluntad del deudor” es decir que constituye una fuerza mayor para quien lo padece, capaz de impedir el cumplimiento de las obligaciones siempre y cuando hayan sido adquiridas con anterioridad al desplazamiento (pp. 20-22).

Desde la perspectiva de que efectivamente el hecho del desplazamiento forzado tiene la facultad de imposibilitar la ejecución de una obligación pecuniaria por ser una circunstancia externa al deudor, continuó la Corte Constitucional con el análisis respecto de si tal contexto

---

<sup>19</sup> Artículos 10 y 11.

<sup>20</sup> Exp. T-2.597.560. M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez

puede afectar el derecho del acreedor de exigir su cumplimiento. A lo que respondió que teniendo en cuenta que se trata de un bien que no perece (dinero), el deudor no puede alegar como causal de extinción de la obligación la imposibilidad absoluta de cumplir la prestación, porque lo que realmente aconteció fue “un cambio de circunstancias...que le impiden el cumplimiento de la obligación dineraria”, de lo cual se han ocupado “figuras jurídicas como la teoría de la imprevisión, que buscan la equidad en las obligaciones producto de un contrato”, de manera tal que lo que procede es la reestructuración de las condiciones (p. 23).

A criterio de Cárdenas (2018) tanto en el caso del deudor desplazado por la violencia, como el del que sufrió el flagelo del secuestro, no están presentes los elementos de la fuerza mayor puesto que por un lado “no existe un hecho que impida el cumplimiento de la obligación dineraria, si se tiene en cuenta que la misma es de género y que la imposibilidad en materia de fuerza mayor no se analiza frente a un deudor concreto”, y así lo asumió la misma Corte al validar el hecho de que la obligación seguía vigente, pero sin que hubiere lugar a intereses moratorios, entendidos estos como una sanción al incumplimiento del deudor. “Tampoco se trata de imprevisión, pues lo que ocurre no es que la prestación se haya hecho excesivamente onerosa por circunstancias sobrevinientes, sino que al deudor, por las circunstancias que lo afectan se le hace más difícil cumplir la obligación”. Así las cosas, lo propuesto por la Corte en los dos casos es “una figura distinta fundada en el cumplimiento del deber de solidaridad” (pp. 439-440).

En un panorama, por decirlo de alguna manera, similar a lo generado en los casos antes expuestos, en la medida en que también se trata de la dificultad de cumplir obligaciones dinerarias por circunstancias de tipo particular ajenas al deudor, Martínez de Quel (2015) se encargó de analizar algunas decisiones judiciales proferidas por los Tribunales españoles en procesos referidos a créditos hipotecarios, en los que se planteó “la viabilidad de que el comprador pueda resolver el contrato por imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, cuando es denegada la subrogación en el préstamo hipotecario de financiación del inmueble, o la posibilidad de alegar alteración sobrevenida de circunstancias que permitiría la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*”, debido al cambio de circunstancias generado por la crisis económica” (p.324). Para terminar por precisar que “la imposibilidad sobrevenida no parece una categoría aplicable a tales supuestos” dirigiéndose así mayor atención a la solución que puede

brindar la revisión del contrato a través de la cláusula *rebus sic stantibus*, sin olvidar que es algo excepcional, en la medida en que el principio *pacta sunt servanda* es la regla general.

- **De la aplicación de esta figura jurídica a los contratos de arrendamiento por las medidas adoptadas para la contención y control del COVID 19.**

Corresponde ahora establecer si hay lugar a hablar de imposibilidad temporal o transitoria de cumplimiento ante la no ejecución de obligaciones surgidas en el contrato de arrendamiento, a causa de las medidas impuestas por la administración nacional y las administraciones locales, consistentes en la limitación del tránsito normal de los ciudadanos en sitios públicos, así como en la prohibición de aglomeraciones y del funcionamiento de determinados establecimientos de comercio ya referidos en este escrito.

En lo que al arrendador se refiere, recordemos que tal y como ya se planteó bajo el instituto jurídico de la imposibilidad sobrevenida, la limitación a materializar la entrega física de la cosa arrendada solo podría considerarse en el evento en que en la fecha que debiera llevarla a cabo estuviera específicamente prohibida la salida de su lugar de habitación o residencia y por el tiempo de duración de dicha restricción, de manera que habría una imposibilidad transitoria, en virtud de la cual quedaría exonerado del cumplimiento de la obligación mientras perdure el obstáculo y conforme al marco conceptual y normativo de la figura, no puede entenderse constituido en mora, ni endilgársele responsabilidad civil contractual por el no cumplimiento en el tiempo pactado en el contrato.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los arrendatarios, lo primero a tener en cuenta son las condiciones de los diferentes sujetos que ostenten esta calidad; si bien es cierto las medidas de aislamiento preventivo obligatorio, así como las de restricción de apertura de determinados locales comerciales, dependiendo de la actividad económica desarrollada, son de carácter general, también los es que no afectaron, ni afectan a todo el conglomerado social por igual. De manera que así como para algunas personas los efectos de las medidas fueron irrelevantes desde el marco obligacional, a otros tantos los beneficiaron y a otros muchos los afectó de manera directa en el desarrollo de sus labores económicamente productivas, y es en especial frente a este último grupo

de personas que la imposibilidad temporal o transitoria de cumplimiento debe ser tenida en cuenta en aras de liberarlos de las consecuencias de esa no ejecución oportuna de la prestación.

Está claro que la contraprestación u obligación principal a cargo del arrendatario es el pago de la renta por disfrutar de la cosa arrendada. Iniciemos con el deudor (arrendatario) que es comerciante y con contrato vigente con anterioridad a la expedición de los decretos que, por una parte, prohibieron la libre circulación de los ciudadanos; y, por la otra, ordenaron el cierre de ciertos establecimientos de comercio. Si la actividad concreta fue suspendida de manera imperativa (lo cual constituiría la verdadera causa de fuerza mayor), el uso de la cosa arrendada también lo fue y así mismo resulta evidente concluir que los ingresos devenidos de tal actividad empresarial sufrieron una grave reducción, lo que indefectiblemente impacta el cumplimiento de las obligaciones del agente, de manera que al igual que respecto del arrendador, teniendo en cuenta que se trata de un hecho imprevisible, externo, pero no irresistible al no ser una imposibilidad definitiva, lo que corresponde, según el marco normativo atrás esbozado, es la suspensión de los efectos del contrato mientras dura el impedimento, que para este caso se traduciría en la vigencia de las ordenes de restricción de movilidad y funcionamiento de los sectores comerciales explícitamente designados por el Gobierno Nacional. Periodo por el cual el deudor no sería responsable por la mora, conforme al artículo 1616 del Código Civil colombiano.

Pese a lo anterior no puede automatizarse la aplicación de la figura de imposibilidad temporal de cumplimiento, es decir que no es procedente partir de la certeza de que todos los comerciantes o empresarios cuya economía se centra en el desarrollo de las actividades restringidas por las medidas adoptadas en pro de la contención del contagio del virus COVID-19, resultaron directa y gravemente afectados en su economía, de manera tal que les fuera transitoriamente imposible cumplir con la carga prestacional derivada de sus obligaciones contractuales. Por ejemplo, establecimientos de comercio como los restaurantes o los supermercados, que estuvieron habilitados para funcionar a domicilio durante todo el periodo de aislamiento preventivo obligatorio, enfrentaron un escenario sustancialmente diferente al de lugares de entretenimiento como bares, casinos, gimnasios, etc., que vieron totalmente frustrada su actividad, lo mismo podría decirse de centros comerciales en los que el flujo de personas prácticamente desapareció, impactándose negativamente sus ventas. Así pues, corresponde a cada

deudor demostrar la configuración de esta causal de suspensión de la ejecución de las obligaciones.

Por último refirámonos a la situación particular del arrendatario de inmueble destinado a vivienda urbana, que a diferencia del comerciante o empresario, si pudo hacer pleno uso de la cosa arrendada para el fin contratado durante la vigencia de todas las medidas. Aquí la atención se centra en determinar si el hecho de que el deudor (arrendatario) se hubiera visto gravemente afectado en sus finanzas personales y/o familiares, bien porque su manutención dependía directamente del desarrollo de alguna de las actividades restringidas legalmente, o bien porque al no poder salir de su residencia no le era posible desarrollar su profesión u oficio, puede ser tenido en cuenta como un suceso constitutivo de imposibilidad sobrevenida temporal que permita suspender su deber legal de pagar el canon de arrendamiento.

No parece la anterior circunstancia fácilmente solucionable solo a la luz de esta figura jurídica, si en cuenta se tiene que una de las condiciones de su estructuración es precisamente la transitoriedad del obstáculo o como se establece en los principios Unidroit (artículo 7.1.7. num. 2) el que sea "...un periodo de tiempo razonable en función del efecto del impedimento sobre el cumplimiento". De quien depende entonces establecer cuál es la duración de ese periodo de tiempo razonable, si pueden concurrir múltiples factores que aun habiendo cesado el aislamiento preventivo obligatorio, continúen influyendo materialmente en la incapacidad económica del deudor. Y es tal vez acá en donde cobra mayor relevancia el derecho constitucional, frente a esta clase de asuntos de resorte del derecho civil (obligaciones y contratos), pues tal y como lo determinó la Corte en el caso de la persona secuestrada, así como en el de la desplazada por la violencia, es el deber de solidaridad, consagrado en el artículo 95 de la Constitución Política, el encargado de limitar la autonomía privada y de guiar en los eventos en que resulte necesario el ejercicio de los derechos derivados del contrato a favor del acreedor.

### **C. De la excesiva onerosidad sobrevenida o teoría de la imprevisión**

Conforme a lo expuesto sobre esta institución jurídica por el profesor Hinestrosa (2020), el primer concepto que debe tenerse en cuenta al momento de abordar el tema de la aplicación de la teoría de la imprevisión, es el de revisión, en lo que al derecho se refiere, entendido como "la

modificación de un acto jurídico, especialmente de su contenido monetario, con miras a su adaptación convencional o judicial: *revalorización, actualización, imprevisión, rebus sic stantibus, puesta al día de un acto.*”<sup>21</sup> En este sentido, también refiere que “el derecho de tradición romano – germánica entiende la revisión como la adaptación de un contrato a las circunstancias sobrevenidas” (p. 9).

Adujo el tratadista que si bien es cierto el contrato tiene un efecto vinculante que implica que “solo las partes están legitimadas, de consuno, y excepcionalmente de manera unilateral, para modificarlo o disolverlo” conforme al principio de *pacta sunt servanda*, también lo es que ese mismo contrato debe atender al principio “del sometimiento de las partes, en todo momento, a las reglas de la buena fe: lealtad, corrección, equidad, solidaridad”, de las cuales se puede y debe hacer uso frente a la ocurrencia de hechos o de circunstancias sobrevenidas que cambien de manera abrupta el equilibrio contractual, sobre todo cuando de contratos de tracto sucesivo se trata (p. 10).

En la doctrina española<sup>22</sup> hay quienes afirman que es posible asumir que dada la frustración de la finalidad, o por qué no decirlo, de la causa de un negocio jurídico de larga e indeterminada duración, es una opción acudir al juez con la pretensión de que adecúe el cumplimiento de la prestación a las condiciones actuales o en su defecto de por terminado el vínculo contractual, atendiendo al carácter de reciprocidad que caracteriza un contrato de naturaleza conmutativa y onerosa.

Afirmó De Castro (1985) en cuanto a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, que la solución que ofrece “se reduce a tener también en cuenta la causa durante el funcionamiento de la relación negocial. Lo que estará permitido sólo cuando un cambio imprevisto de circunstancias haga que el mantenimiento de la relación negocial resulte en contradicción con el propósito

---

<sup>21</sup> Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 8e éd., Puf, Paris, 2000, 780, cit. en Hinestrosa, F. Tratado de las obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico, vol. ii, Bogotá, universidad Externado de Colombia, 2015.

<sup>22</sup> De Castro y Bravo, f., El negocio jurídico, Civitas, Madrid, España, 1985, pp. 314-326

negocial, sea respecto de la naturaleza del negocio (carencia de verdadera contraprestación)<sup>23</sup> o del propósito concreto presunto” (pp. 318 - 319).

En el mismo sentido, es decir ante la posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* con la finalidad de mantener el equilibrio contractual, Franco (2012) hizo mención al hecho de que en ciertos asuntos es indefectible arrojar algo de trascendencia, “tanto a la finalidad del negocio como a las particularidades decisivas para su logro” (p. 249).

Según Franco (2012): “de acuerdo con la cláusula *rebus sic stantibus* las partes entienden que deben cumplir las prestaciones en su totalidad, de acuerdo con el contenido literal del contrato, siempre que se mantengan las condiciones que existían al momento de su celebración” y es precisamente la inclusión de dicha cláusula en los contratos de naturaleza conmutativa, debido a la correspondencia de los beneficios, la que permite la revisión judicial del contrato en el evento de que las condiciones iniciales de la suscripción del mismo se tornen en una carga desproporcionada para uno de los extremos de la relación negocial (p. 249).

Surge así una tensión entre la cláusula *rebus sic stantibus* y el principio del *pacta sunt servanda*, en la medida en que en virtud de este último el contrato es inmodificable, pero conforme a la primera, la justicia contractual no puede ser excluida de la ecuación, pues de ser así se obligaría al deudor a cumplir en términos inequitativos, debiendo soportar un empobrecimiento, aún sin que medie de forma alguna su culpa, y tal abuso mal podría ser permitido por el derecho, razón por la cual la intromisión del juez en los términos de la ejecución del contrato, en razón a la variación de las condiciones en que se celebró, se haría necesaria en el evento en el que la contraparte, aquella que no va a ver afectado su patrimonio pese a las circunstancias fortuitas, sea renuente a adaptar los términos iniciales del negocio a esa realidad actual que torna por de más injusto el cumplimiento de las obligaciones, en la forma inicialmente pactada.

Aclaró Hineirosa (2020) que: “el cambio de los efectos contractuales por motivo del advenimiento de circunstancias no previstas ni previsibles solo puede ocurrir cuando las

---

<sup>23</sup> “Lo que no hay que confundir con las aspiraciones cálculos, deseos o ilusiones de cada contratante (p. ej. las del cuento de la lechera”.

obligaciones se han pactado para tiempo largo y, en general, cuando su ejecución ha de efectuarse con bastante posterioridad al día del convenio o su realización continúa para entonces” (p. 15). Aunado a ello refirió que: “la desigualdad de las prestaciones debe ser grande”, de tal envergadura que le permita al juez alterar lo pactado por las partes, en aras de restablecer la armonía contractual, para así evitar no solo el empobrecimiento sin justa causa del deudor, sino además el desconocimiento de principios tales como la buena fe, la equidad y la solidaridad, ante la ocurrencia de sucesos graves que generen un perjuicio común, no sólo individual, que terminan afectando indirectamente el patrimonio de los contratantes, teniendo siempre de presente que dicha intervención judicial, también está supedita a la ausencia de culpa del deudor y a su actuar probo (pp.18-19).

En cuanto al origen histórico de la teoría de la imprevisión señaló Franco (2012) que surgió en la edad media, como una condena del derecho canónico a “cualquier enriquecimiento inmerecido de uno de los contratantes a costa del otro”, puesto que para los tribunales eclesiásticos “tal circunstancia debía ser tenida en cuenta no solo al momento de la celebración del contrato, sino aun en los casos en los que dicho enriquecimiento (...) se produjera con posterioridad, fruto de las variaciones de las circunstancias de hecho” (p. 250).

En el laudo arbitral del 15 de julio de 2002. Dragados Hidráulicos Ltda. vs. Concesionaria Tibitoc S.A. ESP, se hace una breve mención a los fundamentos teóricos de la imprevisión, nombrando como las de mayor relevancia las teorías de la presuposición (Windscheid) y de la base del negocio (Oertmann, Enneccerus, Larenz, Llambías), para terminar opinando “que la regulación positiva de la imprevisión en Colombia apunta a la teoría de la **base del negocio** como su fundamento (...) Es claro para el tribunal que la expresión **bases del negocio**, que emplea la norma comentada [artículo 868 del estatuto mercantil], sitúa la cuestión en esa más que conocida tesis (...) Lo cierto es que esta teoría, prohijada por nuestra legislación, (C. de Co., art. 868) considera como bases del negocio todas las circunstancias cuya existencia o subsistencia son subjetiva y/u objetivamente necesarias (según la postura que se adopte) para que tenga sentido el mantenimiento de la fuerza vinculante del contrato, ya que si desaparece la relación de equivalencia entre las prestaciones a cargo de las partes, base de todo contrato bilateral, oneroso y conmutativo, pierde sentido el acto” (negrilla dentro del texto original).

En Colombia antes de la consagración legal de la figura jurídica a la que venimos haciendo referencia, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 29 de octubre de 1936, 9 de diciembre de 1936 y 25 de febrero de 1937<sup>24</sup>, precisó las características de la teoría e identificó los requisitos con los que debía cumplir determinado hecho para ser tenido como el eje de la celebración de determinado negocio, a efectos de que si por circunstancias imprevisibles y ajenas a la voluntad de los contratantes, se alteraba la base de la negociación, tornando desmesuradamente inequitativa la prestación a cargo de una de las partes, la que sufriera dicha afectación quedaría legitimada para solicitar la revisión del contrato, bajo el marco jurídico de la teoría de la imprevisión, basado en la idea del equilibrio contractual, sólo frente a contratos en ejecución.

En sentencia proferida el 23 de mayo de 1938, citada en sentencia del 21 de febrero de 2012<sup>25</sup>, la misma Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, afirmó que dicho instituto jurídico difería de “la noción de error y de fuerza mayor” debido a que se sustentaba en la ocurrencia de hechos excepcionales, no previstos por las partes, que sobrepasaban en gran medida los compromisos adquiridos de manera consiente y voluntaria al momento de obligarse contractualmente. Ahora bien, tales sucesos deben convertir el cumplimiento de las obligaciones para una de las partes en algo sumamente oneroso, de forma que el objeto del contrato pierda sentido para el obligado. En aquella oportunidad puntualizó la Corte: “No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc.” (p. 29).

A través del artículo 868 del Código de Comercio, contenido en el decreto 410 de 1971, se instituyó legalmente la posibilidad de pedir ante el juez la revisión de contratos sólo “de ejecución sucesiva, periódica o diferida” en casos en los cuales “circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores” a su celebración “alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes”, siendo legalmente facultado el juez para una

---

<sup>24</sup> Sentencias referenciadas por Franco (2012).

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp. 11001-3103-040-2006-00537-01, M.P.: William Namén Vargas

vez analizadas tales circunstancias, reajustar el equilibrio contractual conforme al principio de equidad, o de no ser posible tal rectificación, decretar la terminación del contrato.

Mediante sentencia del 21 de febrero de 2012, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil<sup>26</sup>, en el que puede decirse constituye el pronunciamiento actual más significativo y detallado del tema, hace referencia a los requisitos exigidos para que proceda la aplicación de la teoría de la imprevisión, interpretados bajo la premisa de que los principios generales del derecho integran el ordenamiento jurídico, de manera tal que pueda adaptarse a los cambios que acarrearán el normal devenir de las situaciones cotidianas que importan al derecho.

Para la Corte el artículo 868 del Código de Comercio se refiere a la revisión del contrato mercantil sin definirla, razón por la cual señala que hay que fijarse en sus condiciones, requisitos o presupuestos y consecuencias normativas. Se encarga la Corte de establecer lo que considera son los presupuestos que se requieren para revisar un contrato por excesiva onerosidad, así: i) existencia y validez del contrato, ii) que se trate de una prestación de cumplimiento futuro o contrato de ejecución sucesiva, y de naturaleza conmutativa, iii) sobrevivencia de las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional, es decir deben ocurrir con posterioridad a la celebración del contrato y antes de que se extinga la obligación, de manera que “la vigencia del contrato y la pendencia de la prestación, conforman condiciones ineludibles” (p.36), iv) deben ser circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles y v) ajenas a las partes afectadas (p.38), y esa circunstancia con todos esos requisitos tiene que afectar la prestación de futuro cumplimiento, en una forma tal que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso.

En relación a la exigencia de no cumplimiento de la prestación que resulte excesivamente onerosa, puesto que satisfecha así sea con reserva o protesta, hace improcedente la revisión por imprevisión, al entenderse definitivamente extinta la obligación, la misma Corte adujo que en la medida en que “[la imprevisión] no faculta a la parte afectada para incumplir la obligación, ni encarna elemento extraño o causa de imposibilidad obligatoria (...) reclamada la revisión antes y hecho reserva expresa la parte afectada al instante de cumplir la prestación excesiva o desequilibrada, no debe soportarla y tiene derecho a obtener el reajuste, desde luego, no a través

---

<sup>26</sup>Ibídem

de la imprevisión, sino de las otras vías consagradas por el ordenamiento jurídico, pues de lo contrario equivaldría a patrocinar una situación manifiestamente injusta, inequitativa y lesiva de la justicia contractual” (p.37).

Ahora bien, resulta oportuno mencionar que no se refirió la Corte específicamente a cuales eran las otras vías consagradas en el ordenamiento jurídico para obtener en caso tal de una prestación excesivamente onerosa ya cumplida, el reajuste del contrato.

Posada (2020) mencionó que existe un tema que ha suscitado un álgido debate tanto en el jurisprudencia civil como en la justicia arbitral, y es frente al cuestionamiento de qué actitud debe asumir la parte afectada (deudor) si sobreviene una imposibilidad relativa o una dificultad que torne excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación, es decir, si debe cumplir o no. Afirmó frente a este punto la panelista que “es entonces ahí donde radica el mayor problema que presenta esta teoría [de la imprevisión], porque la revisión supone que la prestación sea de futuro cumplimiento”. La respuesta a dicho interrogante no ha sido pacífica, puesto que los distintos pronunciamientos que se encuentran al respecto, van desde que el deudor tiene que cumplir bajo reserva, hasta que no puede hacerlo ni bajo la protesta de que va a interponer la correspondiente demanda solicitando la revisión del contrato, porque en el evento en que lo haga, desaparece uno de los requisitos esenciales de la figura. Para Posada (2020) la aclaración de voto<sup>27</sup> al laudo arbitral de Dragados Hidráulicos Ltda. vs. Concesionaria Tibitoc S.A. ESP, proferido el 15 de julio de 2002, en la que se plantea que se puede cumplir bajo la protesta de que se va a iniciar la correspondiente acción de revisión, representa una postura a tener en cuenta (minuto 27:00 a 44:42).

Consultada la aclaración de voto inmediatamente atrás mencionada, se advierte que su ponente no comparte la tesis según la cual “respecto de las obligaciones ya cumplidas no es posible predicar el reajuste por entender que el contratista asumió la excesiva onerosidad”, pues a su parecer se ha malinterpretado el artículo 868 del C. de Co., que al referirse “a la alteración o agravación de prestaciones de **futuro cumplimiento**, tal futuridad ha de entenderse exigida respecto de la época de advenimiento de las circunstancias extraordinarias, imprevistas o

---

<sup>27</sup> Muñoz Laverde Sergio, Tribunal de Arbitramento, Bogotá, 15 de julio de 2002.

imprevisibles, independientemente de si llegan a ser cumplidas o no las prestaciones antes de intentarse la pertinente acción”. Continúa el jurista aduciendo que del texto legal no se desprende que “por el solo hecho de tener cumplimiento las prestaciones afectadas por la excesiva onerosidad sobreviniente, no pueda el interesado ocurrir a la jurisdicción en procura del restablecimiento del equilibrio perdido...el simple hecho de pagar no indica, necesariamente, la consciente asunción de la mayor onerosidad y por ello no podría equipararse a una renuncia al derecho de solicitar la revisión del contrato”.

Bajo un criterio similar, Mendoza (2015) consideró que: “el reclamo oportuno frente a las condiciones sobrevinientes” obra como un indicio de que el deudor se opone a la asunción de los efectos excesivamente onerosos que menoscaban el equilibrio contractual, de manera que “queda abierta la posibilidad de pedir, no sólo el ajuste de lo ejecutado inmediatamente antes, sino las consecuencias de aquello que se cumplió luego del reclamo” en los términos del artículo 868 del Código de Comercio. Aclaró el tratadista que tal perspectiva no contradice el requisito que exige la teoría de que las prestaciones a revisar sean de futuro cumplimiento “por cuanto es claro que aquellas no satisfechas eran futuras en el momento del reclamo. Además, que el entendimiento del futuro cumplimiento no debe reducirse, necesariamente, a cuanto ocurre después del reclamo, sino que bien puede entenderse como referido a cuanto acontece luego de la aparición de las circunstancias posteriores, no previstas o imprevisibles” (pp. 22-23).

Retornando a los aportes de la sentencia dictada el 21 de febrero de 2012, respecto de otro de los elementos que debe estar presente para la aplicación de la teoría de la imprevisión, se tiene que en tal oportunidad la Corte hizo alusión a lo que debe considerarse excesivamente oneroso definiéndolo como “un desequilibrio prestacional cierto, grave, esencial, fundamental, mayúsculo, enorme, significativo, y no cualquiera, a punto de generar excesiva onerosidad transitoria o permanente de la prestación futura, una desproporción grande con su incremento desmesurado o sensible disminución de la contraprestación, ya una pérdida patrimonial, por reducción del activo, ora de la utilidad esperada, bien por aumento del pasivo, suscitada por los acontecimientos sobrevinidos, imprevistos e imprevisibles, con los cuales debe tener una relación indisociable de causa a efecto” (p. 42), sin exigir que la excesiva onerosidad lleve al deudor a

pérdida, ya que esa es una valoración que debe hacerse en cada caso, teniendo en cuenta la base del negocio.

En lo atinente a las consecuencias producidas por la excesiva onerosidad sobreviniente, Polidura (2017) aludió al hecho de que “en virtud de la buena fe que deben observar las partes en la celebración, ejecución y liquidación de todo contrato, los contratantes tienen el deber de renegociar el contrato con el fin de restaurar la alteración en la estructura económica por ellos inicialmente querida y adaptar el contrato a las nuevas condiciones” (p. 19). Recomendación hecha por la misma Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 21 de febrero de 2012, acorde con lo estipulado en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio que consagran tal deber tanto en los contratos civiles, como en los mercantiles, máxime cuando de contratos con prestaciones mutuas se trata. De incumplir con esta regla de conducta negocial, los contratantes, especialmente quien sufrió las consecuencias de la excesiva onerosidad, quedan facultados para acudir a la administración de justicia para que sea revisado dicho contrato y reajustado en condiciones de equidad, siempre y cuando se cumpla con los parámetros normativos que exige dicho instituto jurídico.

**- De la aplicación de la excesiva onerosidad sobrevinida a los contratos de arrendamiento**

El análisis práctico de la teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad sobrevinida a realizar en este momento, se centrará solo en la calidad de arrendatario, puesto que no se advierte que de las medidas adoptadas para evitar la propagación del contagio del COVID-19, concretamente el aislamiento preventivo obligatorio y la restricción de funcionamiento de diversas actividades comerciales e industriales, se derive una situación de desventaja o desequilibrio para el arrendador con contrato vigente al momento en que se estructuraron las circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles que impidieron el goce del inmueble en las condiciones inicialmente pactadas.

En ese mismo sentir, nos limitaremos a la situación del arrendatario de local comercial, quien fue en últimas el que se vio obligado a ejecutar la prestación a su cargo sin obtener el

beneficio que constituyó la causa de celebración del contrato, este es, el uso y goce del inmueble para el desarrollo de su actividad empresarial; pues como ya se dijo en precedencia el locatario de vivienda urbana pudo seguir haciendo uso de la cosa dada en arriendo, pese a las circunstancias sobrevenidas.

Para el jurista chileno Momberg (2020) la teoría de la imprevisión no parece ser la opción más acertada para aliviar de manera alguna la situación del arrendatario, si en cuenta se tiene que “el cumplimiento de su prestación no se ha hecho más oneroso, ya que el monto de la renta sigue siendo el mismo, no se ha incrementado a consecuencia de la emergencia producida por el coronavirus”; sin que permita lo anterior desconocer “que la economía del contrato ha sufrido un desequilibrio significativo” si se examina globalmente (p. 3).

Conforme a lo narrado por Chamie (2013), en el ordenamiento jurídico italiano la disciplina de adaptación de prestaciones por circunstancias sobrevenidas “encontró difícil aplicación” en el contrato de locación. Afirmó el tratadista que: “En la casuística sobre la reducción del canon (*remissio mercedis*: cfr. *supra* 4) se encuentra el pródromo de la adaptación del vínculo contractual al cambio de las circunstancias: sin embargo, en el código de 1942 está ausente una referencia expresa a la *reductio* del canon cuando la disminución del goce se debe a la incidencia de una *vis maior*, y para el arrendatario existe tan solo la posibilidad de solicitar la reducción del canon en caso de reparaciones que se prolonguen por más de veinte días (art. 1548 inc. I)” (p.p. 233-234).

El artículo 1990 del Código Civil colombiano regula aquellos eventos en los que por mal estado de la cosa arrendada el arrendatario no puede hacer uso de ella en las condiciones en las que se obligó. Se dispone en el inciso segundo que si el impedimento para el goce de la cosa es parcial el juez decidirá si debe terminar el contrato o concederse una rebaja del precio o renta. Parece claro entonces que este precepto jurídico se refiere al estado material del bien, pero así mismo puede advertirse desde un enfoque teleológico que lo pretendido por el legislador fue mantener la correlación de prestaciones, proscribiendo la posibilidad de que permanezca incólume una de ellas (pago de la renta) cuando la otra (uso y goce pleno del bien) no está siendo,

con o sin culpa del arrendador, debidamente garantizada por una circunstancia que bien podría ser sobrevenida<sup>28</sup>.

Así las cosas, entendida la teoría de la imprevisión como “una herramienta que apunta a lograr la *justicia* en las relaciones contractuales” (Martínez, 2010, p. 250), el hecho de que el monto de la renta siga siendo el mismo pese a la grave alteración de las condiciones en las que deben ejecutarse las prestaciones futuras, por la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, la hace ostensiblemente procedente, teniendo en cuenta que como consecuencia directa de las medidas restrictivas de circulación de los ciudadanos y funcionamiento de determinados establecimientos de comercio impuestas por el Gobierno Nacional, pese a la voluntad del arrendador, los comerciantes y/o empresarios (arrendatarios) vieron transitoriamente limitado su derecho, y el que solo una de las partes asuma tal variabilidad contractual cuando no media culpa de ninguna, va en contravía de la naturaleza propia de un contrato oneroso y conmutativo, como lo es el de arrendamiento, en el que se deben tener en cuenta los intereses mutuos de los contratantes.

En palabras de la Corte Constitucional (sentencia T-726 de 2010) “el hecho debe ser de tal forma que si se hubiera previsto no se hubiera emitido consentimiento para la configuración del contrato o se habría hecho en términos diferentes” premisa que estaría acorde con la opinión de Franco (2012) de que en algunos ocasiones resulta necesario otorgar importancia a la finalidad o propósito negocial, es decir no solo como criterio de validez sino durante la ejecución del contrato, sobre todo tratándose de los de tracto sucesivo que por su tiempo de duración son susceptibles a la variación de las condiciones que inicialmente se tuvieron en cuenta para su celebración.

El otro asunto a valorar para efectos de la procedencia de esta teoría, tiene que ver con la línea jurisprudencial conforme a la cual no es posible su aplicación en caso de que el deudor una vez ocurridas las circunstancias de las que se deriva la excesiva onerosidad, cumpla parcial o totalmente con las prestaciones a su cargo, pues de las obligaciones ya cumplidas no se puede

---

<sup>28</sup> Art. 1990 C.C.: “... y aún en el caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, pero sin culpa del arrendatario”.

derivar revisión alguna, además que se entiende que de cumplir pese a la lo excesivo de la obligación, está renunciando a una posible revisión judicial del contrato.

Al respecto ha de manifestarse que la postura asumida por Muñoz (2002) y Mendoza (2015), lejos de contradecir la norma que actúa como fundamento legal en nuestro ordenamiento jurídico para la aplicación de la teoría de la imprevisión (art. 868 C. de Co.), está acorde con el espíritu que dio origen a esta disciplina jurídica, en la medida en que su fin último es restablecer el equilibrio perdido entre quienes celebran un negocio jurídico para obtener beneficios mutuos. Claro está que debe aludirse al lleno de unos requisitos para su procedencia, pues no puede olvidarse que esta es la excepción a la regla “*pacta sunt servanda*”, pero no pueden convertirse dichas exigencias en un impedimento insuperable. Razón tiene Muñoz (2002) al afirmar que de lo que “se trata [es] de permitir al contratante que no ha incumplido o no está en mora de cumplir para la época en que se presentan las circunstancias extraordinarias imprevistas o imprevisibles, exigir la revisión del acuerdo contractual”, pero no que el solo hecho de cumplir con “las prestaciones afectadas por la excesiva onerosidad sobreviniente” enerve su derecho constitucional al acceso a la administración de justicia. Postura que complementa de manera eficaz lo propuesto por Mendoza (2015) para quien el reclamo oportuno del deudor frente a las condiciones sobrevinientes deja “abierta la posibilidad de pedir no solo el ajuste de lo ejecutado inmediatamente antes, sino las consecuencias de aquello que se cumplió luego del reclamo”.

En el caso concreto de las medidas decretadas por el Gobierno Nacional, no se tenía la certeza de hasta qué momento estarían vigentes. Es de público conocimiento que las medidas de contención se fueron prorrogando conforme al comportamiento de la propagación del virus en el territorio nacional; cómo podía entonces el deudor (arrendatario) concluir que le era más “recomendable” a efectos de tener derecho a una posible revisión judicial del contrato, dejar de cumplirle al acreedor (arrendador) inmediatamente sobrevinieron las circunstancias que le hicieron excesivamente oneroso el cumplimiento de sus prestaciones. Una interpretación en ese sentido estimula el desconocimiento de la buena fe que según lo explicado por Neme (2010) “es esencialmente un criterio de reciprocidad que debe ser observado entre las partes” (p. 208), de manera que en el caso concreto de estudio, se puede decir que resultaba menos contraproducente para los intereses del acreedor, y de la función económica y social del contrato en general, que el

arrendatario continuara pagando la mayor cantidad de cánones posibles para luego pretender, principalmente ante su contraparte, o si es del caso ante el juez, la redistribución de esas cargas económicamente excesivas, con base a la equidad de la cual “se ha dicho que es la aplicación de la justicia al caso concreto y es, además, un procedimiento de integración en el derecho colombiano” (Monroy, 2018, p. 474).

No se trata de “flexibilizar” la norma, como lo aseveró Polidura (2017, p.28), sino de darle una interpretación acorde con el comportamiento que se exige de los particulares al celebrar negocios jurídicos de carácter sinalagmático, pues tal y como lo precisó la misma Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 21 de febrero de 2012, la imprevisión no faculta a la parte afectada para “incumplir la obligación, ni encarna elemento extraño o causa de imposibilidad obligatoria”, pero tampoco resulta conforme a la justicia contractual que el buen comportamiento del deudor lo aleje de la posibilidad de obtener el reajuste de las prestaciones.

## **VI. Conclusiones**

Cumplido el objetivo de analizar algunos de los distintos institutos jurídicos que pueden ofrecer una posible solución frente al no cumplimiento de las obligaciones surgidas en el marco de un contrato de arrendamiento, debido a las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional y los gobiernos locales para la contención del virus denominado COVID-19, lo primero que se puede concluir es que tales medidas no constituyen en sí mismas y de manera general, respecto de todos los contratantes (arrendador y arrendatario), una causal de extinción de sus obligaciones. Claro está que existen en el ordenamiento jurídico otras opciones para resolver esas vicisitudes que, sin que medie voluntad del deudor, le impidieron cumplir oportunamente con sus obligaciones contractuales o las hicieron excesivamente onerosas.

Esas posibilidades que nos ofrece el ordenamiento jurídico, no sólo están contenidas en la ley, sino además en la jurisprudencia, la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina, que conforme al artículo 230 de la Constitución Política son criterios auxiliares de la actividad judicial, que deben ser aplicados para la debida resolución de conflictos atendiendo al fin principal de administrar justicia.

El contrato como principal manifestación de la autonomía privada y fuente de obligaciones, está sometido a limitaciones que propenden por el bien común. Si bien es cierto que a través de esta herramienta jurídica, que se convierte en ley para las partes, los particulares tiene la potestad de regular sus relaciones con un efecto vinculante, también lo es que corresponde al Estado velar porque en medio de esa disposición de derechos individuales, no se desconozca su función social, porque a través de los pactos privados no solo se logra la satisfacción de los intereses de los contratantes, sino también el desarrollo económico de una sociedad, de manera tal que tanto en su celebración como en su ejecución deben estar presentes principios como la buena fe, la equidad e incluso el deber de solidaridad.

Tal y como lo adujo la Corte Constitucional en sentencias como la T-520 de 2003 y la T-726 de 2010, los derechos del acreedor no son absolutos, de manera que incumbe a la sociedad y al Estado la forma como los ejerce, y es allí donde radica la importancia de que existan instituciones jurídicas que respondan a la ocurrencia de circunstancias o eventos que de una u otra forma impiden el cumplimiento de las obligaciones adquiridas de forma consensuada, como las analizadas en este trabajo: la fuerza mayor o caso fortuito, la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento (definitiva o temporal) y la teoría de la imprevisión, que son figuras jurídicas que a criterio de la Corte “imponen límites al principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual, y específicamente, al principio de *pacta sunt servanda*, impidiéndole al acreedor exigir el cumplimiento de la obligación al deudor, difiriendo su exigibilidad, o cambiando las condiciones en que ésta había sido pactada inicialmente” (sentencia T-520 de 2003, p. 54).

Es entonces por la anterior razón que se considera necesaria la interpretación de tales figuras jurídica desde una óptica mucho más integradora del derecho, es decir, partiendo de principios generales de derecho, criterios de equidad, razonamientos analógicos, *argumentum a contrario*<sup>29</sup>, entre otros, a efectos de darles una aplicación mucho más práctica y acorde con la transformación social que nunca se detiene. Situaciones extraordinarias como la que estamos enfrentando hoy en día, no solo como país, sino como mundo, nos exige una comprensión más global del derecho, sin que ello signifique pretender que la respuesta más eficaz en nuestro sistema judicial solo depende del derecho constitucional.

---

<sup>29</sup> Monroy, Introducción al Derecho, 2018, p. 454.

## Bibliografía

Bonivento, J.A. (2012). Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Cárdenas, J.P. (2018). Causa extraña como eximente de responsabilidad, en Castro, M. (Comp.), Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización, tomo III, capítulo VIII (pp. 415-472). Recuperado de <http://vlex.com.co>

Chamie, J.F. (2013). La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos. De la *vis cui resisti non potest* a las cláusulas de *hardship*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

De Castro, F. (1985). El negocio jurídico. La continuada influencia de la causa, capitulo III (pp. 314-321), Madrid, Civitas, S.A.

Fernández Campos, J. (2002). La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida. *Anales de Derecho*, 20, 35-54. Recuperado a partir de <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/56711>

Franco Zárate, J. (2012). La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil: una aproximación desde la perspectiva de la jurisdicción civil en Colombia. *Revista de Derecho Privado* (23), 233-265. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/view/3309>

Hinestrosa, F. (2007). Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes I. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Hinestrosa, F. (2020). Teoría de la imprevisión. *Revista De Derecho Privado*, (39), 9-29. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/6675>

Insignares-Cera, S. y Cortés, J.M. (2019). Armonización del derecho comercial nacional e internacional a partir de la incorporación de los principios de UNIDROIT en el ordenamiento colombiano. *Revista Jurídicas*, 16 (1), 11-27. Recuperado a partir de <http://juridicas.ucaldas.edu.co>

Martínez de Quel Moreno, I. (2015). La imposibilidad sobrevenida liberatoria: concepto y consecuencias indemnizatorias. Redur 13, 307-333. Recuperado a partir de <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php./redur/article/view/4184>

Martínez Simón, A. (2010). La teoría de la imprevisión en el derecho civil paraguayo ¿excusa para no cumplir un contrato o medio para restablecer la justicia en el mismo? Revista Jurídica Universidad Americana (Vol. 1), 235-252. Recuperado a partir de <http://revistacientifica.uamericana.edu.py/index.php/revistajuridicaau>

Momberg, R. (2021). La obligación del arrendatario durante la pandemia por coronavirus en Chile. Artículo de opinión recuperado a partir de <https://www.alesandri.legal>

Monroy, M.G. (2018). Introducción al Derecho. Bogotá, Temis.

Neme, M.L. (2010). La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Polidura Castillo, A. (2017). El restablecimiento de las condiciones contractuales frente a desequilibrio sobre desequilibrio en el derecho colombiano. Revista de Derecho Privado, (57), 1-36. Recuperado a partir de <https://www.redalyc.org/articulo.oa>

Tamayo, J. (2007). Tratado de Responsabilidad Civil, tomo II. Bogotá, Legis.

## **Ponencias**

Hinestrosa, F. (Noviembre 22 y 23 de 2000). El principio del pacta sunt servanda: Y la estipulación de intereses. Ponencia para el seminario Régimen de intereses. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Mendoza, A. (Noviembre de 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. Obtenido de <http://www.acj.org.co/trabajo-de-los-academicos?limitstart>

## **Video**

Posada, C., Solarte, A. (13 de abril de 2020). Arbitraje, circunstancias extraordinarias y reajuste del contrato. Conferencia presentada en Colombian very young arbitration practitioners. [Archivo de video] Recuperado de <https://www.youtube.com>

### **Sentencias y laudos arbitrales**

Corte Constitucional. (26 de junio de 2003) Sentencia T-503/03. Exp. T-620041 [M.P. Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional. (13 de septiembre de 2010) Sentencia T-726/10. Exp. T-2.597.560 [Juan Carlos Henao Pérez].

Corte Constitucional. (15 de julio de 2020) Sentencia C-248/20. Exp. RE-302 [M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo]

Corte Constitucional. (17 de septiembre de 2020) Sentencia C-409/20 – Exp. RE-324 [M.P. Luis Javier Moreno Ortiz].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (5 de julio de 1935) Sentencia-Gaceta Judicial, pp. 52-55. [M.P. Eduardo Zuleta Ángel].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (3 de marzo de 2004) Sentencia C7623. [M.P. José Fernando Ramírez Gómez].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (24 de junio de 2009) Sentencia 01098. [M.P. William Namen Vargas].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (21 de febrero de 2012) Sentencia 00537 [M.P. William Namen Vargas].

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral, 15 julio 2002. Dragados Hidráulicos Ltda. vs. Concesionaria Tibitoc S.A. ESP. Aclaración de voto de Sergio Muñoz Laverde, 15 de julio de 2002.

### **Normas internacionales**

Código Civil español, publicado en el Real decreto de 24 de julio de 1889. Recuperado de <https://www.boe.es>

Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010. Recuperado de <https://www.unidroit.org>

### **Normas nacionales**

Código Civil colombiano (2015) trigésima cuarta ed. Legis

Código de Comercio colombiano (2015) trigésima tercera ed. Legis

Presidencia de la Republica de Colombia. (Decretos: 417 del 17 de marzo, 457 del 22 de marzo, 579 del 15 de abril, 797 del 4 de junio, 1168 del 25 de agosto de 2020, 039 del 14 de enero de 2021. Recuperados de <https://dapre.presidencia.gov.co/>

Ministerio de Salud y Protección Social. (Resolución N° 385 del 12 de marzo de 2020). Recuperada de <https://www.funcionpublica.gov.co>