

Carlos Alberto
Chinchilla Imbett

Mauro
Grondona

Editores

Incumplimiento y sistema de remedios contractuales

Fernando Alarcón Rojas

Alberto Maria Benedetti

José Félix Chamie

Carlos Alberto Chinchilla Imbett

Andrea D'Angelo

Matteo Dellacasa

Mauro Grondona

Aída Patricia Hernández Silva

Jorge Herrera M.

Milagros Koteich Khatib

Margarita Morales Huertas

Pablo Moreno Cruz

Martha Lucía Neme Villarreal

Fabrizio Piraino

Paula Natalia Robles Bacca

Javier M. Rodríguez Olmos

Vincenzo Roppo

Universidad
Externado
de Colombia

CARLOS ALBERTO
CHINCHILLA IMBETT

MAURO
GRONDONA

Editores

INCUMPLIMIENTO Y SISTEMA DE REMEDIOS CONTRACTUALES

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Incumplimiento y sistema de remedios contractuales / Aída Patricia Hernández Silva [y otros] ; Carlos Alberto Chinchilla Imbett, Mario Grondona (editores). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2021.

770 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587905595

1. Responsabilidad contractual – Colombia 2. Responsabilidad civil – Colombia 3. Incumplimiento de contrato -- Aspectos constitucionales – Colombia 4. Derecho civil -- Colombia I. Chinchilla Imbett, Carlos Alberto, editor II. Grondona, Mauro, editor III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

346 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

febrero de 2021

ISBN 978-958-790-559-5

© 2021, CARLOS ALBERTO CHINCHILLA IMBETT Y MAURO GRONDONA (EDITORES)

© 2021, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: febrero de 2021

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Óscar Torres Angarita

Composición: Precolombi EU-David Reyes

Impresión y encuadernación: Panamericana Formas e Impresos S.A.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL*

*La integración del contrato como presupuesto
de la determinación del incumplimiento*

Sumario: 1. Introducción. 2. La buena fe determina el contenido y alcance de ‘aquello a lo que estamos obligados’. 3. El principio de buena fe posee una función normativa que lo erige en fuente de obligaciones. 4. La integración del contenido del contrato: una función esencial de la buena fe que determina la ampliación o restricción de las obligaciones de las partes en una relación contractual y, por ende, la existencia o no de un incumplimiento. 5. El desconocimiento o las limitaciones de la función integradora de la buena fe pone en riesgo la realización de los valores del principio, desvirtúa el contenido de las obligaciones a las que las partes se encuentran obligadas y, por ende, impide un cabal análisis sobre el incumplimiento contractual. 6. Algunas aplicaciones de la función integradora de la buena fe que determinan el contenido y alcance de las obligaciones de las partes y, por ende, la configuración del incumplimiento. 7. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Disertar propiamente sobre el tema del incumplimiento de las obligaciones contractuales es poco común, pues recurrentemente se tiene prisa por pasar al escenario de los llamados “remedios” o tutelas ante el incumplimiento de dichas obligaciones. Ello ha encontrado eco en una exacerbada tendencia de fomentar la tutela del crédito, que no encuentra correspondencia con una concepción humanista de la *obligatio* como la que propone la tradición romanista, en la que la tutela paritaria de acreedor y deudor resulta imperativa. De otra parte, tampoco resulta viable valorar el incumplimiento de las obligaciones contractuales limitándonos a la estrecha consideración formal de la constatación de las condiciones externas del cumplimiento, ligada a los sujetos, al objeto, al tiempo, al lugar, a la imputación del cumplimiento, o en simple clave de responsabilidad del deudor desde la exclusiva perspectiva de erigirse el cumplimiento en medio de extinción de la obligación, sino que es preciso acudir a una consideración sustancial del cumplimiento ligada al logro de la función del negocio¹; consideración esta en la que la integración del contenido del contrato adquiere relevancia fundamental, en la medida en que a través

* Profesora de Derecho Romano y Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia.

1 Véase sobre el particular el espléndido trabajo de ROBLES BACCA, P. *El cumplimiento de las obligaciones en la tradición romanista y su reconsideración como categoría central del derecho civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, *passim*.

del valor normativo de la buena fe se dimensiona el contenido funcional de las obligaciones de las partes.

Pero, más allá del cumplimiento contractual, en el transfondo de esta problemática se encuentra la necesidad de reconocer la centralidad de la “obligación”, la cual posee el rol de categoría sistemática, que organiza y orienta una parte considerable de las relaciones en el derecho privado²: familia, sucesiones, responsabilidad por daños, bienes y contratos.

Reconocer la centralidad de la categoría *obligación*, más allá del mero contrato, permitirá repensar los problemas que surgen en materia de cumplimiento, desde una perspectiva más compleja, que identifique los elementos que acomunan el género “cumplimiento de la obligación”, compartidos por todos los tipos de obligación, y establecer las especificidades que individualizan y diferencian el cumplimiento de obligaciones en materia contractual.

Así, la categoría *obligación* se erige en eje de diversos aspectos: (i) la estructura de la relación por medio de la determinación de su naturaleza de vínculo de cooperación; (ii) la constatación de las condiciones de legitimidad, mediante el establecimiento de sus requisitos (licitud, determinación, patrimonialidad, posibilidad); (iii) la determinación de su contenido, a través de la tipología de las mismas (*dare, facere, non facere, praestare*), que a su vez se encuentra en estrecho ligamen con la determinación de su cabal cumplimiento a la luz de aquello a lo que estamos obligados, fuertemente determinado por *la causa y la función* de la obligación y por *su integración* en virtud de los valores que emanan de la buena fe, de la equidad, de la dignidad humana y, en fin, de los principios que subyacen al sistema, y (iv) el marco en el que se configurará la imputación o atribución de los daños causados por el incumplimiento o el no cumplimiento de la obligación, en la medida en que la adopción de una determinada concepción de obligación y sus alcances permitirá establecer la responsabilidad por daños, en cuanto ella es también eje de la determinación del cumplimiento, de la extinción de la obligación, así como de los límites a su exigibilidad, y, por ende, de las casuales de imputación de responsabilidad y de asunción de riesgos.

2 SCHIPANI, S. “Problemas sistemáticos en el derecho romano: la *obligatio*”, en *Obligaciones, contratos y responsabilidad. Grupo para la armonización del derecho privado latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 20.

Esta fue la elección por la que optó el Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (Gadal), que se encuentra empeñado en la elaboración de un Código Marco de Obligaciones Latinoamericano³.

Por el contrario, una elaboración del problema del cumplimiento desde una perspectiva que desatienda la centralidad de la ‘obligación’ conduce a reducir la importancia de la estrecha relación que existe entre la obligación de cumplir y la fuente de dicha obligación, en este caso el contrato y, en su lugar, como ha venido ocurriendo con los instrumentos de armonización y unificación del derecho de contratos, a enfatizar la fuerza de la voluntad plasmada en el *pacta sunt servanda*, lo cual refleja una concepción de contrato centrada en el consenso⁴, y no en la reciprocidad, en la interdependencia y en el equilibrio, que por el contrario sí comporta el entendimiento del contrato como ‘sinalagma’⁵, lo que conduce a la desvalorización de la causa y su valor de función del negocio⁶; todo ello en menoscabo del contenido de la obligación enriquecido por el poder integrador de la buena fe⁷.

De manera que, de seguirse esta perspectiva, las ‘obligaciones’ resultarían siendo absorbidas por los ‘derechos’, en una lógica que, como advierte el

- 3 Sobre el particular véase NEME VILLARREAL, M. L. “La armonización del derecho a través de las enseñanzas humanistas del derecho romano: la experiencia europea y latinoamericana (Gadal)”, en Saccoccio, A. y Cacace, S. (coords.), *Europa e America Latina: due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*, Turín, Giappichelli, 2020.
- 4 A título de ejemplo, véase el Proyecto Europeo de Normativa Común de Compraventa Internacional. Bruselas, 11.10.2011 COM (2011) 635 final 2011/0284 (COD).
- 5 Según el modelo labeoniano: *contractum autem ultro citroque obligationem*, contenido en D. 50,16,19: “Ulpiano; Comentarios al Edicto, libro XI. Labeón define en el libro primero del Pretor urbano, que unas cosas se hacen, otras se gestionan, y otras se contratan. Y ciertamente que la palabra acto es general, ya sea que alguna cosa se haga de palabra, ya sea que realmente, como en la estipulación, o en la entrega de cantidad; *pero contrato significa obligación de una y de otra parte, lo que los griegos llaman sinalagma*, como la compra, venta, locación, conducción y sociedad; gestionado significa cosa hecha sin el uso de palabras” (se resalta).
- 6 Sobre el particular, GALLO, F. “Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare”. *Roma e America*, 7, 1999, p. 44. En el mismo sentido: CARDILLI, R. “L’importanza del legame tra contratto e obbligazione nella tradizione civilistica”, en *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, 1, Milán, Giuffrè, 2005; publicado también en *Modelli teorici e metodologici di storia del diritto privato*, 2, Napolés, Jovene, 2006, pp. 1-21. Quien agrega que la causa podría “poseer cualquier contenido, incluso de sujeción, desnaturalizando la verdadera función del contrato”.
- 7 CARDILLI, R. “L’importanza del legame tra contratto e obbligazione nella tradizione civilistica”, cit., pp. 1-21.

profesor Schipani, privilegie la “hegemonía de la propiedad y la prepotencia de la voluntad”⁸, de forma tal que la obligación se desdibuje hasta el punto de que lo único que resulte relevante es la transferencia del dominio que se espera como resultado de la relación obligatoria, en desconocimiento de la naturaleza cooperativa de la relación, como si la ‘obligación’ pudiera ser concebida como “la adquisición del poder de uno sobre otro”⁹.

En este escenario es necesario resaltar la trascendencia de establecer el cabal contenido de la obligación y del rol que la buena fe desempeña mediante su función normativa, aplicada a la integración del contenido de las obligaciones asumidas por las partes en una relación contractual.

2. LA BUENA FE DETERMINA EL CONTENIDO Y ALCANCE DE “AQUELLO A LO QUE ESTAMOS OBLIGADOS”

El problema de las tutelas ante el incumplimiento no puede plantearse sin antes determinar “aquello a lo estamos obligados”, lo que los romanos llamaron *oportere*, para referirse a las obligaciones que surgían del *ius civile*, y que luego cualificarán como *oportere ex fide bona* cuando aquellas nacían en el ámbito del derecho honorario al amparo de la buena fe¹⁰.

Lo cual resalta la condición de fuente que se reconoce a la *fides bona*¹¹, en cuanto, con base en criterios objetivos¹², determina cuáles son las prestaciones que, conforme a la buena fe, le debe una parte a la otra¹³, lo que solo puede

8 SCHIPANI, S. “Problemas Sistemáticos en el Derecho Romano”, en *Obligaciones, contratos y responsabilidad. Grupo para la armonización del derecho privado latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 74.

9 SCHIPANI, S. “Problemas Sistemáticos en el Derecho Romano”, cit., p. 74.

10 TALAMANCA, M. *Istituzioni di diritto romano*, Milán, Giuffrè, 1990, p. 313.

11 GROSSO, G. “Recensión a la obra de L. Lombardi. *Dalla ‘fides’ alla bona ‘fides’*”. *BIDR*, 65, 1962, p. 291.

12 HORVAT, M. “Osservazioni sulla “bona fides” nel Diritto romano obbligatorio”, en *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento* 1, Nápoles, Jovene, 1953, p. 433, quien señala que el contenido de lo que las partes se deben conforme a la buena fe se extendía cada vez más, pero nunca en el sentido abstracto de principios éticos, sino según “los criterios objetivos que regulan el modo de actuar y la opinión de los hombres normales en el tráfico negocial de aquel tiempo”.

13 NEME VILLARREAL, M. L. *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 156-157.

ser concretamente establecido por el intérprete, quien con fundamento en la buena fe “dimensiona el contenido de las obligaciones de las partes”¹⁴.

Así las cosas, la idea de cumplimiento no se limita a honrar la palabra dada¹⁵, sino que además obliga a cumplir con los deberes propios del tráfico social¹⁶ y, por ende, no solo compele a la prestación de lo prometido, sino a todo aquello que es viable exigir entre gente de bien. De donde resulta esencial el valor normativo de la buena fe¹⁷, pues por medio de la aplicación de las exigencias que esta comporta se concreta aquello a lo que una parte se encuentra obligada frente a la otra en virtud de la obligación contraída.

En efecto, la fuente determinante de tales obligaciones es precisamente la *bona fides*¹⁸, de la que emanaban aquellos preceptos, constitutivos de un verdadero “deber social”¹⁹ que se erige en deber ético-jurídico, cuyo origen está en las costumbres del comercio internacional en las que se inspiraba el *ius gentium*²⁰ y que luego fueron transmitidas a las codificaciones decimonónicas y hacen parte de la tradición romanista producto de la vocación de universalidad que caracteriza al derecho romano, fundada en la fuerza persuasiva de sus *principia iuris*, cuya extendida aceptación lo erige en patrimonio común de la humanidad²¹.

- 14 CARDILLI, R. “La “buona fede” come principio di diritto dei contratti: diritto romano e América Latina”. *Roma e America*, 13, 2002, p. 152.
- 15 En este aparte nos remitimos a lo expuesto en NEME VILLARREAL, M. L. *La buena fe en el derecho romano*, cit., pp. 156-157.
- 16 CAMACHO EVANGELISTA, F. *La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones*, Granada, Imprenta Francisco Roman, 1962, pp. 9, 11.
- 17 D. 19,1,11,1. Ulpiano. Comentarios al Edicto, libro XXXII.- Y ante todo se ha de saber, que se comprende en este juicio solamente lo que se convino que se entregue; porque siendo juicio de buena fe, nada es más conforme a la buena fe, que el que se cumpla lo que se convino entre los contratantes; pero si nada se convino, entonces se harán las prestaciones que naturalmente se contienen en la naturaleza de este contrato.
- 18 GROSSO, G. “Recensión a la obra de W. Kunkel. *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*”. *SDHI*, 8, 1942, p. 174.
- 19 Cf. ARANGIO-RUIZ, V. *Historia del derecho romano*. (Trad. F. Pelsmaeker), Madrid, Reus, 1943, p. 177.
- 20 Cf. ARANGIO-RUIZ, V. *La compravendita in diritto Romano*, vol. II, Nápoles, Jovene, 1990, pp. 206-207.
- 21 Sobre el particular, véase NEME VILLARREAL, M. L. “La armonización del derecho a través de las enseñanzas humanistas del derecho romano: la experiencia europea y latinoamericana (Gadal)”, cit., p. 23.

3. EL PRINCIPIO DE BUENA FE POSEE UNA FUNCIÓN NORMATIVA QUE LO ERIGE EN FUENTE DE OBLIGACIONES

La buena fe es un principio en el que confluye un complejo núcleo de valores sociales que rigen el sistema jurídico con una particular autoridad jerárquica en cuanto reúne valores considerados esenciales para nuestra tradición jurídica. En efecto, el sintagma *fides bona* compendia una rica gama de significados, que se hacen realidad en función de problemas jurídicos concretos, mediante su traducción en reglas específicas, producto de la experiencia y de la razón práctica, mediante las que se explicitan su extenso poder normativo y explican su significado sin agotarlo.

Estos valores, dotados de una propia fuerza de convicción, por el consenso que generan (honestidad, lealtad, transparencia, diligencia, tutela de la confianza, consideración del interés ajeno, equilibrio, protección del débil, *v. gr.*, que conducen a vedar el dolo, el abuso de los derechos, el enriquecimiento sin causa, a ampliar y hacer más exigentes los criterios de imputación, entre otros), desencadenan la fuerza normativa, ínsita en la *fides bona*, generando “normas preceptivas (de) estos conceptos-valores a través del poder del juez”²² o en general del intérprete, determinando así la forma en que deben ser llevadas a cabo las relaciones jurídicas.

De manera que la ‘buena fe’ es “causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta, exigibles, en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes”²³. Ahora bien, para comprender a cabalidad la manera como opera el poder normativo de la buena fe, debemos tener claro que el principio no puede ser conceptualizado *a priori* en una definición cerrada²⁴, ni plasmado su contenido en un catálogo de reglas de aplicación automática, pues por su carácter dúctil el principio se reconstruye permanentemente, como lo demuestra el hecho de que ni siquiera las propias reglas que de este emanan puedan ser consideradas como

22 CARDILLI, R. “La ‘buona fede’ come principio di diritto dei contratti: diritto romano e América Latina”, cit., p. 147, ver nota 65.

23 DÍEZ-PICAZO, L. “Prólogo” a F. Wieacker. *El principio general de buena fe*, José Luis Carro (trad.), Madrid, Civitas, 1982, p. 19.

24 CARDILLI, R. “La ‘buona fede’ come principio di diritto dei contratti: diritto romano e América Latina”, cit., p. 152, quien sostiene que “cualquier tentativa por racionalizar *a priori* estos conceptos-valores haría vana la esencia de estos”.

inmutables, dado que su aplicación deberá evaluarse a la luz de las particulares circunstancias del caso y de la naturaleza del negocio²⁵.

En torno a la naturaleza de las obligaciones que integran el contrato por virtud de la buena fe, cabe señalar que estas son ciertamente verdaderas obligaciones, en cuanto relativas e individuales y, por ende, exigibles concretamente a la persona del deudor. Y cuyo carácter de principal o accesorias no deriva de provenir de la buena fe, sino de su función dentro del concreto negocio; de manera que resulta inapropiado denominarlas de manera general “deberes secundarios o accesorios de conducta” u “obligaciones sin prestación”, en la medida en que tal denominación conduce a desconocer la complejidad y univocidad de la relación, que implica que todas las obligaciones que surgen de la relación se encuentran interrelacionadas en un efecto funcional.

Mantener esta clasificación conduce a debilitar la fuerza de las obligaciones que surgen producto de la integración *ex fide bona* y conduce, en general, a desconocer que también los principios son fuente generadora de obligaciones con efectos plenos.

De manera que la buena fe, como pieza fundamental de todo el ordenamiento jurídico, “funge como criterio para valorar el comportamiento de los sujetos de derecho y regla de conducta que debe ser observada tanto en el ejercicio de sus derechos como en el ámbito de los deberes y obligaciones”²⁶.

En este contexto, resalta el valor normativo de la buena fe, el cual se explicita de manera diversa, como se ha señalado al manifestar que esta incorpora

25 El referido carácter dúctil de la *fides bona* lo ilustra claramente Cicerón en de off. 3.16.67. En dicho pasaje Cicerón relata el caso en que Marco Mario Gratidiano, pariente de Cicerón, había vendido a Cayo Sergio Orata la casa que de este último había adquirido algunos años antes. Dicha casa estaba sujeta a servidumbre y en el contrato de venta Gratidiano no había dicho nada acerca de la existencia de tal servidumbre. Orata inició un juicio en contra de Gratidiano apoyándose estrictamente en la ley —emanada de la buena fe— que obligaba al vendedor a responder por los vicios de la cosa vendida en cuanto habiéndolos conocido no los hubiese declarado. Gratidiano en cambio alegaba que puesto que el defecto no era ignorado por Orata, que había ya poseído con anterioridad la casa y conocía la existencia de la servidumbre, Gratidiano no estaba obligado a decir nada, pues Orata conocía la situación jurídica de lo que compraba y no podía decir que había sido engañado. Y los jueces dieron la razón a Gratidiano, pues como señala Cicerón “los mayores no gustan de hombres astutos”, y es que la buena fe no consiente que so pretexto de aplicar estrictamente una regla que, derivada de la misma, se transgrede la esencia del propio principio, pues en el referido caso la exigencia del deber de información del vendedor sobre las cargas de la cosa que es una de las reglas características de la buena fe se torna en contraria a esta.

26 Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001.

múltiples valores, *v. gr.*: el valor ético de la confianza, expresado en la exigencia de coherencia con los propios actos²⁷, comporta exigencias de “honestidad, rectitud y credibilidad a la cual se encuentra sometido el actuar de las autoridades públicas y de los particulares, bajo una doble connotación, ya sea a través de las actuaciones que surgen entre la Administración y los particulares, o de estos últimos entre sí”²⁸; de manera que la obligación de comportarse con “honestidad, lealtad y moralidad” encuentran su fuente en la buena fe, vedando toda actuación maliciosa, desleal o deshonesta que pretenda desconocer o limitar ilegítimamente la responsabilidad²⁹, como igualmente emana de la buena fe la obligación de comportarse con diligencia, que adquiere particular relieve en el caso del cumplimiento de obligaciones de un profesional³⁰, entre muchas otras reglas que emanan de la buena fe³¹.

27 Corte Constitucional, Sentencia T-436 de 2012. Sentencia, T-424 de 2017; Corte Suprema se Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de marzo de 2020, entre otras.

28 Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 2004.

29 Corte Constitucional, Sentencia C-865 de 2004. Sostiene la Corte que “cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonesto de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido. Estas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo o ‘disregard of the legal entity’ o ‘piercing the corporate veil’ cuya finalidad es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportaciones, en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudadora del beneficio de la separación”.

30 Corte Suprema se Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 10 de diciembre de 2019, en la que la Corte se pronuncia sobre la obligación de diligencia que le incumbe al asegurador en relación con el establecimiento del riesgo asegurable y que le resulta exigible en virtud del principio de buena fe. El pronunciamiento se refiere al caso en que una aseguradora pretende no pagar un seguro de vida alegando que la muerte del asegurado tuvo lugar cuando este superaba la edad máxima asegurable, ello a pesar de renovar el contrato en fecha en que el asegurado sobrepasaba dicha edad y de haber recibido los pagos mensuales por concepto de pago de la prima acordada. Lo cual además daría lugar, a nuestro juicio, a la aplicación de la teoría de los actos propios.

31 Para un análisis más amplio del poder normativo de la buena fe y de las reglas que emanan del principio, así como de su reconocimiento por parte de la jurisprudencia nacional, véase: NEME VILLARREAL, M. L. “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico

En consecuencia, cualquier valoración del incumplimiento deberá realizarse una vez reconstruido el cabal alcance de las obligaciones de las partes a la luz del poder normativo de la buena fe, obligaciones que adquieren carácter coercitivo en razón de la integración que impone la buena fe, al incorporarlas al contrato, pues “la buena fe no sólo indica la manera como debe analizarse la conducta de las partes frente al cumplimiento de los deberes contractuales, sino también de algún modo la eficacia del mismo contrato”³².

4. LA INTEGRACIÓN DEL CONTENIDO DEL CONTRATO:
UNA FUNCIÓN ESENCIAL DE LA BUENA FE QUE
DETERMINA LA AMPLIACIÓN O RESTRICCIÓN
DE LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN
UNA RELACIÓN CONTRACTUAL Y, POR ENDE,
LA EXISTENCIA O NO DE UN INCUMPLIMIENTO

Andrés Bello dispuso en su Código Civil no solamente que “los contratos deben ejecutarse de buena fe”, sino que, siguiendo el modelo romano, evidenció con gran agudeza que la integración del contrato con todos aquellos deberes que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella, es consecuencia directa del principio de buena fe³³.

Ciertamente, el Código de Bello presenta innovaciones en esta materia, al conjugar en una relación de dependencia la buena fe y la integración del contenido del contrato, utilizando la expresión “y por consiguiente”, con lo que directamente hace derivar de la ‘buena fe’ la necesidad de integrar el contrato, no solo con lo expresamente pactado, sino con todo aquello que emana de la naturaleza de la obligación, de la ley o de la costumbre. De manera que

colombiano”. *Revista de derecho Privado*, n.º 11, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 79 a 125.

32 Corte Constitucional, Sentencia T-086 de 2012.

33 Así, el Código Civil de Bello promulgado para Chile, artículo 1546. “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”, cuyo texto idéntico equivale al artículo 1603 del Código Civil colombiano; código que se erigió en modelo para los códigos de Colombia, Ecuador, El Salvador y Honduras. Con ligeros matices, el código de Uruguay de 1868, que también recibió influencia de los proyectos de Teixeira de Freitas, de Vélez Sarsfield y de Acevedo, sigue el texto de Bello, incluyendo adicionalmente la equidad dentro de los elementos integradores.

el modelo de Bello en materia de buena fe se separa de la tendencia precedente³⁴, otorgando gran fuerza al principio de buena fe a través de la función integradora del contrato. En el caso colombiano, dicho precepto se encuentra igualmente recogido en el Código de Comercio, que data de 1971^[35].

En este contexto, los desarrollos legislativos latinoamericanos de la función interpretativa de la buena fe se realizan a partir de su relación con la función integradora del contrato fijada por el modelo propuesto por Bello, en el que la buena fe en cuanto principio rector de la interpretación de los contratos no cumple una función subsidiaria respecto de las técnicas ni de los criterios interpretativos, sino que los orienta, permitiendo comprender que los complejos alcances del proceso interpretativo van más allá de la mera preservación de la formulación literal del texto contentivo de las obligaciones, comportan su comprensión, la reconstrucción, la contextualización y su reformulación, a fin de lograr la preservación de su cabal sentido; de manera que puede sostenerse que los presupuestos generales de la interpretación del contrato propuestos por Bello conservan hoy día su vigencia, pues, a la luz de los postulados de la tradición romanista que lo inspiran, pueden ser releídos en consonancia con las nuevas modalidades y funciones de la contratación y tomar en consideración la función social del contrato y los derechos fundamentales, la tutela del consumidor y, en general de la parte débil en la contratación, promover una interpretación sistemática que al tomar en consideración la causa o función del contrato permite afrontar los problemas hermenéuticos de los contratos coligados y aquellos derivados de las nuevas funciones institucionales y sociales del contrato; incorporando al proceso hermenéutico a la buena fe como criterio normativo y, con ello, valores cuya fuerza se enfatiza en el derecho

34 Me refiero al hecho de que los códigos del siglo XIX y albores del siglo XX se realizan en un ambiente de desconfianza por los principios, lo que determina su moderada figuración. Ello en razón a la influencia del individualismo, de las corrientes de la exégesis y de la pandectística, lo cual se reflejó en América Latina, pues dos de los tres modelos de codificación latinoamericana más importantes de la época (la obra de Damacio Vélez Sarsfield para Argentina y el proyecto de Clóvis Bevilacqua para el Brasil recogido en la codificación de 1916) siguieron la tendencia de aparente rechazo o de desinterés por los principios en la expedición de sus códigos civiles originarios.

35 Decreto extraordinario 410 del 27 de marzo de 1971, en cuyo artículo 871 se extiende la aplicación de la buena fe a la celebración y ejecución de los contratos y dispone que, “en consecuencia, los contratos obligan no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

contemporáneo: como la solidaridad, la honestidad, la tutela de la confianza, el equilibrio, entre otros, los cuales se integran en la interpretación del contrato. Así, desde la perspectiva de Bello, el proceso hermenéutico, al considerar “la naturaleza de la obligación” como factor de integración del contrato, sirve de puente de comunicación con los demás principios y derechos fundamentales, así como con la función social del contrato³⁶.

Razón por la cual, a nuestro juicio, el modelo de integración del contrato que propone Bello resulta compatible con las exigencias contemporáneas que han acudido a una interpretación axiológica de las obligaciones contractuales, de carácter objetivo, “correctiva-evolutiva, atendiendo intereses constitucionales superiores –que admite– la intervención del juez constitucional en relaciones privadas que afecten derechos fundamentales [...] –en– un desplazamiento de la atención por la libertad a la preocupación por la justicia”³⁷.

En consecuencia, por virtud del efecto integrador que emana de la buena fe, al contrato se incorporan reglas no previstas por las partes, sea que puedan entenderse implícitamente pactadas o no, o incluso opera por vía de la restricción o modificación de las estipulaciones contractuales contrarias al principio, como lo ha reconocido el derecho latinoamericano. Al respecto, cabe resaltar que el Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (Gadal) incorpora en el marco del Código tipo de Obligaciones las funciones interpretativa e integradora de las obligaciones que cumple la buena fe³⁸.

La buena fe obliga no solo a aquello que las partes han acordado o fijado en la convención, sino a todas aquellas prestaciones que las circunstancias que rodean el negocio en cada momento vayan poniendo de manifiesto, con

36 Todos estos aspectos se profundizan en NEME VILLARREAL, M. L. “La buena fe como eje del proceso de integración e interpretación del contrato en el código de Bello: consonancia con la función social del contrato y con la tutela de los derechos fundamentales”, en Navia Arroyo, F. y Chinchilla Imbett, C. A. (editores), *La vigencia del Código de Andrés Bello. Análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 235-299.

37 RODRÍGUEZ OLMOS, J. M. “La arquitectura hermenéutica contractual en el Código Civil de Andrés Bello: vigencia y transformaciones”, en Navia Arroyo, F. y Chinchilla Imbett, C. A. (editores), *La vigencia del Código de Andrés Bello. Análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 308, 317.

38 Código tipo de obligaciones Gadal: Artículo 8. Funciones integradora e interpretadora de la buena fe. El contenido y alcance del vínculo obligacional deberán integrarse e interpretarse de conformidad con el principio de buena fe, atendiendo a su fuente, naturaleza y finalidad.

independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente. Por tal razón, se agregan al contrato, por ejemplo, obligaciones de información, de vinculación al pacto celebrado, no a la letra sino al verdadero interés de las partes, de lealtad, de diligencia, de cooperación, de transparencia, de solidaridad, de no contrariar los actos propios, etc., todas las cuales por virtud de la fuerza integradora de la buena fe y de su carácter normativo se entienden incorporadas al contrato, atendiendo a la naturaleza de este y de las particulares circunstancias del caso, sin necesidad de que hayan sido expresamente pactadas por las partes. Pero, como se expresó, la buena fe no solo integra el contenido del contrato mediante la adición del contenido contractual, sino que también lo hace mediante la exclusión o modificación de las cláusulas contenidas en el acuerdo, como en el caso de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o desequilibrio sobrevenido, la lesión enorme, la anulación de cláusulas abusivas, etc.³⁹

En efecto, la función integradora abarca también un efecto restrictivo del acuerdo, cuando quiera que por virtud de la incorporación de alguna de las reglas que expresan los valores del principio, se ponga en evidencia que las previsiones contractuales quebrantan los postulados del principio; en este caso tales previsiones carecen de legitimidad o pierden su eficacia original y, en consecuencia, pierden el carácter de valores intrínsecos del contrato y no podrán oponerse como inmunidad ante la buena fe, argumentando que se trata de previsiones específicas, particulares del negocio, previstas por las partes. No de otra manera podría entenderse el reconocimiento de la función integradora de la buena fe, la cual resultaría inane si ella no puede traducirse en reglas concretas que, considerando las características específicas del negocio, no solo reconstruya el contenido de este en lo no previsto por las partes, sino que además se impongan sobre las previsiones contractuales cuando estas quebranten el principio de buena fe⁴⁰.

De manera que la función integradora no se reduce a llenar las lagunas o vacíos existentes en la regulación contractual, ni limita la función del juez a la aplicación de la buena fe como criterio de valoración de la ejecución del

39 NEME VILLARREAL, M. L. “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, cit., pp. 79-126.

40 NEME VILLARREAL, M. L. “*Pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*: tensiones entre los principios de buena fe y autonomía contractual”, en Soriano Cienfuegos, C. (coord.), *Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus. Desarrollos actuales y perspectivas históricas*, México, Distrito Federal, Universidad Panamericana–Novum, 2014.

contrato con miras a la mera preservación del pacto contractual, ni le depara la función de guarda de la estática fidelidad al vínculo contractual o a la reconstrucción de este, sino que muy por el contrario puede conducir a que la buena fe se imponga sobre las previsiones contractuales cuando estas quebranten los valores del principio, lo que no implica un desconocimiento de la naturaleza del negocio ni de la consideración de los intereses propios de la específica operación económica que las partes pretenden realizar⁴¹.

En este orden de ideas, sostiene la jurisprudencia nacional que la buena fe, además de principio general del derecho, se constituye en un “verdadero postulado constitucional que cumple un papel integrador del ordenamiento y de las relaciones entre particulares, y entre estos y el Estado”⁴². En este entendido, la jurisprudencia colombiana ha reconocido ampliamente el poder integrador del principio de buena fe en cuanto la reconoce reiteradamente como creadora de obligaciones que se incorporan con fuerza coercitiva al contrato⁴³.

Así las cosas, ninguna valoración sobre el incumplimiento de las obligaciones a las cuales se encuentran sujetas las partes en virtud de un contrato podrá realizarse sin que previamente se haya realizado el proceso de integración del contenido del contrato y la subsiguiente interpretación del alcance de dichas obligaciones, todo ello al amparo de las exigencias de la buena fe.

41 NEME VILLARREAL, M. L. “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, cit., p. 79-126.

42 Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 2004. *Cfr.* Sentencia T-469 de 1992, reiterada en sentencias de la Corte Constitucional C-551/15 y C-235 de 2019, entre otras.

43 A título de ejemplo, véase Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de agosto 9 de 2000, ponente Jorge Antonio Castillo Rugeles, expediente 5372: “Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, apareaja ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás; en síntesis, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad. Y cabalmente, a tan amplio espectro de actuación se refiere el citado artículo 863 del Código de Comercio, de manera, pues, que el proceso de creación de las relaciones obligatorias debe sujetarse a ciertas normas sociales concretas que subyacen en la conciencia ético-jurídica de las comunidades, o sectores de las mismas y que imponen a las personas guardar fidelidad a la palabra dada, no traicionar la confianza despertada en los demás, no interrumpir abrupta e injustificadamente las negociaciones, entre otras”.

5. EL DESCONOCIMIENTO O LAS LIMITACIONES DE
LA FUNCIÓN INTEGRADORA DE LA BUENA PONE
EN RIESGO LA REALIZACIÓN DE LOS VALORES DEL
PRINCIPIO, DESVIRTÚA EL CONTENIDO DE LAS
OBLIGACIONES A LAS QUE LAS PARTES SE ENCUENTRAN
OBLIGADAS Y, POR ENDE, IMPIDE UN CABAL ANÁLISIS
SOBRE EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Los procesos de unificación y armonización del derecho de obligaciones y contratos, y me refiero a la Convención Internacional de Viena de compraventa de mercaderías (1980), a los principios de Unidroit (1994-2010), a los Principios de las Leyes Europeas de Contratos (Lando) de 1999-2000, al Proyecto de Código Europeo de los Contratos (Gandolfi) del 2000, al Marco común de referencia (MCR o DCFR en inglés) (2007-2009), a la propuesta de Normativa Común de Compraventa Europea de 2011, ponen en el centro de su interés al contrato y no a la obligación, mencionando de manera aislada a la obligación como un efecto de la relación contractual⁴⁴. Lo cual evidencia que en estos proyectos de armonización predomina una tendencia a debilitar el vínculo entre contrato y obligación y este resquebrajamiento del ligamen entre obligación y contrato lleva a renunciar al hecho de que la obligación opera como un esquema jurídico que sobre el plano de los efectos y junto a la buena fe señala los límites del poder del contrato⁴⁵, fundamentalmente por vía del poder integrador de la buena fe.

De manera que, en estas propuestas e instrumentos, la materia objeto de armonización gira en torno a la autonomía contractual como eje central, bajo el entendido de la definición de contrato como acuerdo, en clara preponderancia de la voluntad de las partes, lo cual se expresa en una tendencia a minimizar

44 Así, por ejemplo, los PECL, la disciplina del contrato, está resuelta en las partes I y II, mientras que la de las obligaciones es expuesta en la parte III. Por su parte, en el MCR es igualmente el contrato y los actos jurídicos los que aparecen primero en el libro II, precediendo el tema de las obligaciones en general tratado en el libro III. Sistematización que además ha sido criticada por la ausencia de coordinación de las reglas del libro tercero del MCR y aquellas de los libros V, VI y VII sobre obligaciones no contractuales, a tal punto que las hace inaplicables a estas últimas. LUCHETTI, G. y PETRUCCI, A. *Fondamenti Romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni i contratti dalle radici romane al MCR Common Frame of Reference*, Bologna, 2010, p. 26.

45 CARDILLI, R. “L'importanza del legame tra contratto e obbligazione nella tradizione civilistica”, cit., p. 18 y ss.

los límites de esta voluntad y en una desatención del valor de la causa o función del contrato como presupuesto del contenido de las obligaciones asumidas por las partes⁴⁶.

Ello no obstante que en estas propuestas de armonización y de unificación se incorpore la buena fe como fuente de integración del contenido del contrato y se realicen numerosas remisiones a la misma y, por ende, pueda en principio sostenerse que ello aleja toda sombra del predominio absoluto de la voluntad de los contratantes por sobre los valores de la buena fe. Ciertamente esta tranquilidad se desvanece cuando observamos que de varias formas la aplicación de la buena fe resulta gravemente limitada.

En primer lugar, porque a la buena fe se le ha degradado incluso de su carácter de principio rector de las obligaciones y de los contratos, como por ejemplo sucede en el Marco Común de Referencia, en donde se le da el carácter de mero estándar de conducta (art. I.- 1:103), lo cual desconoce el poder normativo del principio y limita el efecto integrador de las obligaciones. Ello encuentra inmediata correspondencia con la previsión contenida en el mismo DCFR, art. III.-103, numeral (3), en el que se expresa que “la violación de este deber no hace surgir directamente los remedios por el incumplimiento de una obligación”, dejando como único efecto el que pueda “impedir al autor de la violación el ejercitar o confiar en un derecho, remedio o excepción que estos tendrían en caso contrario”; es decir, reduce el derecho de la parte afectada por una violación de la buena fe al uso de meros remedios de excepción, imposibilitándole el ejercer directamente su derecho y exigir de manera directa la indemnización por los daños derivados de dicha violación de la buena fe.

La doctrina ha señalado que esta elección del Marco Común de Referencia (DCFR) “encuentra explicación en la exigencia de poner freno a la idea de que la buena fe pueda ser un instrumento general de control jurisdiccional en detrimento de la autonomía negocial de las partes”⁴⁷. Lo cual ha generado

46 ESBORRAZ, D. “La teoría general de las obligaciones como elemento de unidad y resistencia del subsistema jurídico latinoamericano”. *Revista de derecho Universidad de Concepción*, n.º 237, año LXXXIII, enero-junio, 2015.

47 Como lo refieren LUCHETTI, G. y PETRUCCI, A. *Fondamenti Romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni i contratti dalle radici romane al MCR Common Frame of Reference*, cit., p. 41. En donde sostienen que la técnica normativa empleada por los redactores del MCR reflejaría la diversidad de perspectivas entre la cultura jurídica del *civil law* y la del *common law*, esta última decididamente orientada a razonar en términos de remedios procesales antes que de posiciones jurídicas subjetivas.

críticas entre la doctrina en torno a la falta de claridad al rol reservado a la aplicación concreta de la buena fe⁴⁸. Todo lo cual hace patente la insistencia en el predominio de la voluntad sobre las propias exigencias del principio, dado que no se quiere que el juez pueda intervenir para hacer exigibles valores como lealtad, honestidad, transparencia, diligencia, prohibición de abuso, diligencia, etc. entre otros que conforman el núcleo de valores de la buena fe, que se dice exaltar como directriz del proyecto, pero a la cual se le despoja de los instrumentos para hacerla realidad.

En segundo lugar, porque los efectos de la buena fe se hacen nugatorios si se limita su función integradora de las obligaciones en general y de aquellas surgidas del contrato, en cuanto esta es una de las funciones trascendentales del principio de buena fe.

En relación con la integración del contrato, a la que se refieren los proyectos en comento, tenemos que recordar que la integración del contenido del contrato no puede ser vista como una renuncia a la autonomía privada, sino más bien como la necesidad de armonizar el reglamento contractual elaborado por las partes con “la realización de intereses de naturaleza social, colectiva o pública”, como lo señala Rodotà⁴⁹; dentro de una concepción que parte de la claridad de que la autonomía contractual no es la única fuente del contrato y que no posee un carácter de absoluta, por lo que la integración opera sobre el entero programa contractual y no sólo sobre las lagunas, superponiéndose al reglamento, cuando la preservación de normas imperativas, de los usos, o de los principios, así lo imponen; sin que no obstante tal integración pueda conducir a que se prive al contrato de la finalidad a la cual estaba dirigida⁵⁰, pues ha de recordarse que es la propia buena fe la que obliga a preservar el acuerdo logrado por las partes en cuanto legítimo.

Contra este poder integrador de la buena fe militan dos tipos de cláusulas presentes en algunos de los instrumentos de armonización e unificación: aquellas que por vía directa tiene como función restringir la integración del contenido del contrato con acuerdos o comportamientos previos a la celebración del mismo: las denominadas cláusulas de integridad y, de otro lado, aquellas que prohíben toda modificación oral del contrato, las cuales lo hacen por vía

48 LUCHETTI, G. y PETRUCCI, A. *Fondamenti Romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni i contratti dalle radici romane al MCR Common Frame of Reference*, cit., p. 26.

49 RODOTÀ, S. *Le fonti di integrazione del contratto*, Milán, Giuffrè, 1970, p. 57.

50 RODOTÀ, S. *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 100-101, 182.

indirecta, en cuanto amparadas en una exigencia de formalidad terminan por restringir no solo la formación del negocio, sino también la modificación del contenido del contrato y su extinción, cuando quiera que no se adopten tales formas escritas.

En primer término, la Convención de Viena: en la convención se destaca la relevancia que se otorga al principio de buena fe; así, por ejemplo, en el artículo 7.^o se dispone que en la interpretación de la Convención ha de tenerse en cuenta “su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”⁵¹. En esta declaración programática de la convención se pone de presente la condición de los principios como elemento de consenso, carácter que adquiere amplísimo relieve en un mundo globalizado.

Ahora bien, la tendencia a la integración del contenido contractual, conatural a la buena fe, en cuanto mecanismo de expresión de sus valores, además de incorporarse a los contratos por la expresa adhesión a la observancia del principio, se desprende además de varias disposiciones: en primer término, como una de sus expresiones más significativas, la integración del contrato por vía de los comportamientos de las partes, que no es más que una concreción de la obligación de coherencia que impone la buena fe a través de la prohibición de ir en contra de los propios actos, consagrada en el artículo 9.^o de la Convención⁵².

Esta prohibición opera sobre la determinación de la extensión de las obligaciones de las partes, según lo expresa el artículo 46 de la Convención⁵³,

51 Convención de Viena. Artículo 7: “1.- En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. 2.- Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado”.

52 Convención de Viena. Artículo 9: “1.- Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2.- Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.

53 Convención de Viena. Artículo 46 numeral 1: “El comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia”.

según el cual el comprador no podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones cuando haya ejercitado un derecho o acción incompatible con la obligación de coherencia, e incluso prevalece sobre la expresa exigencia contractual de que toda modificación o extinción se realice por escrito, según lo dispone el artículo 29 de la Convención⁵⁴, todo ello en protección de la confianza suscitada en la contraparte, como obliga el principio.

Pero, además, esta vocación de integración del contenido del contrato con las exigencias que emanan del principio encuentra precisas aplicaciones a lo largo de la Convención: así, por ejemplo, se integran las causales de incumplimiento previstas por las partes con el requerimiento del carácter esencial del incumplimiento a que alude el artículo 25 de la Convención⁵⁵, en consonancia con el artículo 46 numeral 2^[56], de suerte que las partes no podrán alegar el incumplimiento del contrato si este resulta ser un incumplimiento no sustancial; en tal razón el contrato, en cuanto atañe a las causales de incumplimiento y, por ende, a las de resolución del contrato⁵⁷ resulta integrado por las valoraciones que sobre el particular impone el principio de buena fe

54 Convención de Viena. Artículo 29: “1.- El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes. 2.- Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos”.

55 Convención de Viena. Artículo 25: “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.

56 Convención de Viena. Artículo 46 num. 2: “Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquellas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento”.

57 Convención de Viena. Artículo 49 numeral 1 letra a): “El comprador podrá declarar resuelto el contrato:

a) Si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato”. En consonancia con el artículo 51 num. 2 de la misma convención relativo a la resolución unilateral por parte del comprador, la cual solo resultará viable ante incumplimiento esencial y con el artículo 64, num. 2 letra a) respecto a la terminación unilateral por parte del vendedor.

en el sentido de favorecer la prevalencia de la sustancia sobre la forma y, con ello, de la lealtad negocial.

Particularmente importante resulta la exigencia de integración que deriva de la prohibición de abuso de los derechos, la cual encuentra aplicaciones concretas en la imposibilidad de exigir la reparación de las mercaderías que no guarden conformidad con el contrato cuando ello no resulte razonable, como se desprende del artículo 46 numeral 3 de la Convención⁵⁸ o cuando, ejercido el derecho a rechazar las mercaderías por inconformidad con lo previsto en el contrato, estas sean depositadas a expensas de la parte incumplida, caso en el cual el comprador no podrá generar gastos excesivos por este concepto, tal y como lo dispone el artículo 87 de la Convención⁵⁹. Disposiciones estas en virtud de las cuales se introducen al contrato límites a las facultades de las partes.

Aun en los eventos de incumplimiento, la Convención prevé la integración del contenido del contrato con la exigencia que impone la buena fe al contratante cumplido, consistente en la obligación de no agravar el daño producido por el incumplimiento de su contraparte⁶⁰, obligación con aplicación específica en el caso en que el comprador recibidas las mercancías tenga la intención de ejercer cualquier derecho a rechazarlas, pues este “deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias⁶¹, para su conservación”, manifestaciones estas de los valores de lealtad y consideración del interés de la contraparte que propugna el principio.

No obstante estas importantes manifestaciones del poder integrador de la buena fe, una particular reflexión nos suscita la posibilidad de inclusión de

58 Convención de Viena. Artículo 42 numeral 3: “Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento”.

59 Convención de Viena. Artículo 87: “La parte que esté obligada a adoptar medidas para la conservación de las mercaderías podrá depositarlas en los almacenes de un tercero a expensas de la otra parte, siempre que los gastos resultantes no sean excesivos”.

60 Convención de Viena. Artículo 77: “La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida”.

61 *Ibid.*, artículo 86 num. 1.

cláusulas que restringen dicho poder integrador de la buena fe. Al respecto, en la Convención de Viena se prevé la posibilidad de restringir la libertad de forma contenida en el artículo 11 de la Convención⁶² a efectos de la celebración del contrato y a su vez permite la ampliación de tal restricción a los eventos de modificación y resolución del contrato, como se desprende de los artículos 12^[63] y 96^[64] de la Convención, conforme a los cuales los Estados contratantes, cuya legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se aprueben por escrito, podrán excepcionar la libertad de forma exigiendo que cualquier manifestación de intención se haga por un procedimiento escrito.

De manera que en el caso de que cualquiera de las partes contratantes tenga su establecimiento en un Estado contratante que haya hecho la respectiva declaración de reserva en el sentido de que prevalezcan las formalidades escritas para la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, en estos casos no tendrá lugar la aplicación del poder integrador de la buena fe, con gran detrimento de la realización de los valores del principio; dado que en este evento no podría aplicarse la exigencia de coherencia con los actos propios, cuando quiera que a pesar de la ausencia de formalidad escrita las partes hayan celebrado, modificado, o terminado el contrato, en virtud de comportamientos que se erijan en ‘actos propios’ generadores de confianza

62 Convención de Viena. Artículo 11: “El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos”.

63 Convención de Viena artículo 12: “No se aplicará ninguna disposición del artículo 11, del artículo 29 ni de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención se hagan por un procedimiento que no sea por escrito, en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 96 de la presente Convención. Las partes no podrán establecer excepciones a este artículo ni modificar sus efectos”.

64 Convención de Viena. Artículo 96: “El Estado Contratante cuya legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se aprueben por escrito podrá hacer en cualquier momento una declaración conforme al artículo 12 en el sentido de que cualquier disposición del artículo 11, del artículo 29 o de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito no se aplicará en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en ese Estado”.

legítima en la contraparte, en el sentido de que tales formalidades no serían exigidas para entender surtidos con pleno efectos los mencionados actos.

Ahora bien, en ausencia de la mencionada reserva por parte de los Estados, resulta plenamente aplicable el art. 29 que establece expresamente: “Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. *No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos*” (resaltado fuera de texto). Es decir que, si un Estado contratante no hizo la reserva, aunque las partes incluyan en su contrato una cláusula de no modificación oral, sigue aplicándose el art. 29 que limita la eficacia de la cláusula precisamente en virtud de la aplicación del principio de buena fe, integrando el contrato con la prohibición de obrar contra los propios actos.

Así las cosas, en los casos en que cualquiera de las partes contratantes tenga su establecimiento en un Estado contratante que haya hecho la respectiva declaración de reserva, estas cláusulas de prohibición de modificación oral entrarían en colisión con la exigencia de la buena fe de integrar el contrato, por lo menos en lo que tiene que ver con la obligación de coherencia que impone la buena fe, en la medida en que impedirían que se incorporen al contrato, los actos propios. Por demás la prohibición se extiende no sólo a la formación del contrato sino también a cualquier tipo de modificación y a la extinción misma del contrato, según los citados artículos 12 y 96. Con efectos graves frente a la realidad del contrato, que cedería ante la forma, en desmedro de la lealtad, de la confianza y de la coherencia que exigen la buena fe, en cuanto se refiere a la imposibilidad de tener en cuenta los actos propios.

Surgen así diversos interrogantes: ¿con qué fuerza y alcance se impone en los términos de la Convención de Viena la declaración programática respecto a la buena fe, si el mecanismo por medio del cual los valores del principio se hacen vinculantes, esto es, la obligación de integrar el contenido del contrato, se ve enervada, por lo menos parcialmente, con una expresa prohibición de integración en los casos en que se introduzcan las mencionadas cláusulas limitativas de “no modificación oral”?

Podría sostenerse que el problema no reviste tal gravedad si se considera que la convención no se ocupa de los problemas de validez de las estipulaciones

del contrato⁶⁵ y, por ende, la disconformidad que pueda generarse entre las partes de los Estados en que la legislación nacional exige de manera imperativa la plena integración de contrato, incluso con las exigencias derivadas de la teoría de los actos propios y aquellas partes que tenga su establecimiento en un Estado contratante que haya hecho la respectiva declaración de reserva y, por ende, admitirían cláusulas en las que se exijan que los contratos de compraventa se celebren, se aprueben o modifiquen por escrito y, en tal virtud, incorporan una restricción a la integración como consecuencia de la imposibilidad de modificación por medios diversos de la forma escrita, quedaría por fuera del tratado y daría lugar a la nulidad de la cláusula respecto del Estado que no admite tales restricciones. No obstante, un tal razonamiento no resuelve el problema de la necesidad de armonización en un tema tan trascendental como este.

Pero, además, ¿de qué manera interpretar esta inconsistencia en el interior de la convención, que de un lado otorga la posibilidad de insertar tales restricciones a la integración del contrato y, de otra parte, se propone asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional? Impulsar una interpretación que promueva el mayor grado de integración no solo resulta consonante con los valores de la buena fe expresamente consagrados en la Convención, sino respecto de aquellos que, emanando del principio, entendido como principio general del derecho, se tornan en imperativos, toda vez que la prohibición de ir contra los actos propios comporta valores esenciales al principio: lealtad, corrección, honestidad, protección de la confianza, prevalencia de la sustancia sobre la forma, imposibilidad de ampararse en la forma para sustentar un interés ilegítimo; cuya preservación ha sido reconocida por los instrumentos de armonización en materia de contratos y obligaciones, específicamente en la prohibición de desconocer los propios actos y ampliamente aceptada por la jurisprudencia de los diversos países de *civil law* y aun en aquellos del *common law*⁶⁶.

65 Convención de Viena. Artículo 4: “La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular: a. a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso; b. a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas”.

66 Véase al respecto NEME VILLARREAL, M. L. “*Venire contra factum proprium*, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe”, en *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos*.

Examinadas las consecuencias que surte sobre el contrato, la inclusión, en los casos señalados, de cláusulas que restrinjan a la forma escrita no sólo la formación, sino también la modificación y terminación del contrato, se pone en evidencia la contrariedad de dos sistemas en el interior de la convención: aquel más flexible que hace suya la tradición de integración del contenido del contrato conforme a las exigencias del principio de buena fe, con independencia de la forma y, aquel que, so pretexto de la preservación de la forma en la celebración del contrato, termina introduciendo cláusulas de cierre del mismo que por conducto de las de prohibición de modificación oral, impiden el ingreso al contrato de una regla de trascendental importancia, como lo es, la prohibición de desconocer los propios actos o *venire contra factum proprium non valet*, lo que puede afectar la posición y obligaciones de las partes. Con lo que el problema se erige en un tópico sustancial para el derecho de contratos internacional, que podría traducirse en la existencia de una gravísima fisura dentro de la Convención. Si ello es así, podríamos sostener que la armonización que propone la convención, su vocación de universalidad, su intención de hacer convergencia entre sistemas es apenas una querencia no lograda.

Ciertamente no es un asunto de poca monta, pues no puede sostenerse que se compartan los principios de la convención, entre ellos el principio de buena fe, cuando a reglón seguido se excluye, al menos parcialmente, uno de sus efectos esenciales: la integración del contrato.

De manera que, si bien pudieran ser pocos los países que han hecho la declaración de reserva que permite la inclusión de cláusulas que prohíben la modificación oral del contrato y, por efecto, la integración de este con la inclusión de reglas derivadas del principio que no se incorporen de manera escrita, lo grave es que este modelo se consolidó paulatinamente como “tendencia a emular”, aunque con diversos grados de intensidad.

Así puede observarse en los principios de Unidroit y en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, en el Marco Común de Referencia y, recientemente agravada, por lo menos en lo que concierne a la formación del contrato, en el Proyecto Europeo de Normativa de Compraventa Internacional.

En efecto, en los principios Unidroit en los que se resalta el carácter imperativo de la exigencia de actuar conforme a buena fe (art. 1.7), si bien se adopta como regla general la inexistencia de formalidades para la celebración

de los contratos (art. 1.2), esta regla podrá excepcionarse en razón del derecho aplicable (comentario 2) o por acuerdo de las partes (comentario 3). Así, en el artículo 2.13 se admite la celebración de contratos condicionados al cumplimiento de requisitos formales, en cuya ausencia el contrato no se entiende celebrado, con lo cual en estos casos se admite la restricción para la formación del contrato a la forma escrita, al igual que en el artículo 2.1.18 en el que se aceptan las cláusulas que exigen que toda modificación o extinción del contrato se surta por escrito, sin perjuicio en todo caso del respeto a los actos propios. De otra parte, estos principios prevén la cláusula de integridad que excluye del contrato los actos precedentes, sin perjuicio de que tales declaraciones o acuerdos puedan utilizarse meramente para efectos interpretativos del contrato.

En los Principios de Derecho Europeo de los Contratos se realiza una exigencia general de observancia de la buena fe⁶⁷, con reconocimiento expreso de su poder en materia de integración del contenido del contrato⁶⁸. Así mismo, si bien se consagra el reconocimiento a la libertad de forma en la celebración de los contratos⁶⁹, en el marco del reconocimiento de que la voluntad para obligarse puede ser determinada sea por sus declaraciones o por la conducta de los contratantes⁷⁰, en claro reconocimiento de los actos propios, también se admite la inclusión de cláusulas que condicionen toda modificación a la forma escrita, de manera que cualquier acuerdo de modificación o resolución sólo

67 Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Sección 2. Deberes generales. Artículo 1:201: Buena fe contractual. (1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo.

68 Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Artículo 1:106: Interpretación e integración deberá atenderse a la necesidad de favorecer la buena fe, la seguridad en las relaciones contractuales y la uniformidad de aplicación. (2) Las cuestiones que tengan cabida en el campo de aplicación de estos principios pero que no estén expresamente resueltas en ellos, se solventarán en lo posible de acuerdo con las ideas en que se basan los principios. En su defecto, se aplicará la normativa que corresponda conforme a las normas de Derecho internacional privado.

69 Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Artículo 2:101: Condiciones para la conclusión de un contrato (1) El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando (a) las partes tienen la intención de obligarse legalmente y (b) alcanzan un acuerdo suficiente. (2) El contrato no necesariamente se debe concluir ni hacer constar por escrito y no queda sujeto a ninguna otra exigencia de forma. Se puede probar su existencia por todos los medios posibles, incluida la prueba testifical.

70 Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Artículo 2:102: Intención. La voluntad de una parte de obligarse por contrato se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como estas fueran razonablemente entendidas por la otra parte.

vinculará jurídicamente si se ha hecho por escrito⁷¹, dejando a salvo la confianza suscitada en virtud de los actos propios. Ahora bien, en dichos Principios de Derecho Europeo de los Contratos se prevén las cláusulas de integridad (*merger clause*)⁷², distinguiendo si se trata de una cláusulas negociada de manera individual, caso en el cual las declaraciones, compromisos o acuerdos previos no incluidos en el escrito no forman parte del contrato, mientras que si se trata de una cláusula de integridad que no se haya negociado de manera individual, esta únicamente opera como presunción desvirtuable de exclusión de estos actos previos, regla esta de carácter imperativo. En todo caso, los principios salvaguardan de manera plena la aplicación de la teoría de los actos propios como mecanismo de modificación e integración de las obligaciones contraídas por las partes.

En la misma línea, el Marco Común de Referencia incorpora, en el artículo I.-4: 104^[73], la posibilidad de incluir cláusulas de integridad, conforme

71 Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Artículo 2:106: Estipulación de modificación por escrito (1) Un contrato escrito que disponga en una de sus cláusulas que toda modificación que se acuerde o el mutuo disenso deberán constar por escrito, únicamente permite presumir que cualquier acuerdo de modificación o resolución sólo vinculará jurídicamente si se ha hecho por escrito. (2) Las declaraciones o el comportamiento de una parte pueden provocar la pérdida del derecho a alegar dicha cláusula si la otra parte se ha basado en ellos de manera razonable.

72 Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Artículo 2:105: Cláusula de integridad (*Merger clause*) (1) Si un contrato escrito contiene una cláusula negociada de manera individual que establece que en el texto constan todos los términos del contrato (cláusula de integridad), cualesquiera otras declaraciones, compromisos o acuerdos previos no incluidos en el escrito no forman parte del contrato. (2) Una cláusula de integridad que no se haya negociado de manera individual, únicamente permite presumir que las partes pretendían que sus declaraciones, compromisos o acuerdos anteriores no formaran parte del contrato. La presente regla no puede excluirse ni restringirse. (3) Las declaraciones anteriores de las partes pueden utilizarse para interpretar el contrato. Esta regla sólo puede excluirse o restringirse a través de una cláusula negociada de manera individual. (4) Las declaraciones o el comportamiento de una parte pueden provocar la pérdida del derecho a alegar una cláusula de integridad si la otra parte se ha basado en ellos de manera razonable.

73 II. - 4:104: *Merger clause*. (1) If a contract document contains an individually negotiated clause stating that the document embodies all the terms of the contract (a *merger clause*), any prior statements, undertakings or agreements which are not embodied in the document do not form part of the contract. (2) If the *merger clause* is not individually negotiated it establishes only a presumption that the parties intended that their prior statements, undertakings or agreements were not to form part of the contract. This rule may not be excluded or restricted. (3) The parties' prior statements may be used to interpret the contract. This rule may not be excluded or restricted except by an individually negotiated clause. (4) A party may by statements or

a las cuales “el documento incorpora todos los términos del contrato” a fin de evitar que el contrato pueda ser integrado con las declaraciones o comportamientos surtidos previamente a la celebración del contrato, de suerte que estas deban ser tenidas por inexistentes para el intérprete. Con salvedad de los actos propios y con alguna protección derivada del otorgamiento del carácter de mera presunción en los eventos en que su inclusión no sea el producto de un acuerdo negociado. A su vez, el MCR en el artículo II.-4: 105 incorpora la posibilidad de exigir que cualquier modificación al contrato o su terminación deba ser revestida de una específica formalidad, sin la cual se entenderá que no surte efectos.

En una tendencia que podría conducir al desconocimiento de los valores que contiene la buena fe en la etapa precontractual, la Propuesta de Normativa Común Europea de Compraventa (CESL) prevé que la libertad de forma puede ser derogada de manera absoluta, respecto de la celebración o prueba del contrato, al exigir una forma escrita⁷⁴, pero con el agravante de que además a esta disposición se aúna la llamada “cláusula de integridad del contrato”⁷⁵, en virtud de la cual se otorga la posibilidad de que las partes convengan la prohibición de integrar el contrato con declaraciones, compromisos o acuerdos previos no incluidos en el documento en que se plasma el contrato, con lo que incluso se autoriza expresamente a desconocer los actos propios en referencia a las actuaciones precontractuales, cuando así se establezca en el contrato⁷⁶,

conduct be precluded from asserting a *merger clause* to the extent that the other party has reasonably relied on such statements or conduct.

74 Proyecto Europeo de Normativa de Compraventa Internacional art. 6: “Ningún contrato, declaración o acto alguno regido por la normativa común de compraventa europea deberá ser celebrado o probado conforme a una forma en particular, salvo disposición en contrario de la misma”.

75 Proyecto Europeo de Normativa Común de Compraventa Internacional. Bruselas, 11.10.2011 COM (2011) 635 final 2011/0284 (COD). Artículo 72. Cláusulas de integridad: 1. Cuando un contrato escrito contenga una cláusula que establezca que el documento incluye todas las cláusulas contractuales (cláusula de integridad), ninguna otra declaración, compromiso o acuerdo previos no incluidos en el documento formarán parte del contrato. 2. Salvo que en el contrato se disponga lo contrario, una cláusula de integridad no impedirá que en la interpretación del contrato puedan utilizarse declaraciones previas de las partes. 3. En un contrato entre un comerciante y un consumidor, este no estará vinculado por una cláusula de integridad. 4. Las partes no podrán excluir la aplicación del presente artículo, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor.

76 Proyecto Europeo de Normativa Común de Compraventa Internacional. Bruselas, 11.10.2011 COM (2011) 635 final 2011/0284 (COD). Artículo 72. Cláusulas de integridad. [...] Salvo que en

acabando de este modo con el mínimo bastión de prevalencia de la buena fe sobre la formalidad que en materia de relaciones precontractuales se había conservado en los principios Unidroit y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

Los instrumentos de armonización siguen un modelo de proclamación de aplicación del principio de buena fe y libertad de forma como reglas generales, pero, a su vez, contemplan la posibilidad de incluir una “cláusula de integridad” que excluya del contrato los acuerdos previos y el derecho a limitar la libertad de forma incluyendo formalidades, no solo para celebración del contrato, sino también para que opere de manera vinculante cualquier modificación al contrato o resulte viable su terminación, en algunos casos con prescindencia de los actos propios. En estos modelos se habrá fraccionado la contratación: en una con pleno poder de integración de la buena fe y, en otra, integrada parcialmente.

De aceptarse que los instrumentos de armonización y unificación introducen disposiciones que admitirían la inclusión de cláusulas de “integridad” (*merger clause*) y de aquellas que permitirían exigir la formalidad escrita en todos los casos de reforma o resolución del contrato (*modification in certain form only*), aun en desconocimiento del *venire contra factum proprium*, se cercena la principal característica del principio de buena fe: su poder integrador, mecanismo a través del cual la buena fe hace realidad la incorporación de sus valores al contrato, lo cual se convierte en una brecha que imposibilita el consenso alrededor del principio cardinal que se dice constituye la directriz de tales propuestas e instrumentos de armonización.

Nos preguntamos si hoy, en un escenario de globalización y armonización, se justifica mantener tal brecha, o si en lo sustancial los puntos de acercamiento entre sistemas parecen mayores en la medida en que las reglas que emanan del principio de buena fe sean preservadas⁷⁷.

el contrato se disponga lo contrario, una cláusula de integridad no impedirá que en la interpretación del contrato puedan utilizarse declaraciones previas de las partes.

77 A este respecto sostienen ZIMMERMANN, R. y WHITTAKER, S. *Good faith in european contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 700. En términos de Zimmermann, el derecho europeo tanto de tradición del *civil law* como aquel del *common law* “se han alejado o están en el proceso de alejarse del paradigma del contrato, el cual se enfoca casi exclusivamente en la autonomía de las partes—en la medida en que asistimos a— un incremento en el significado dado a la lealtad de las partes, a la protección de la confianza, a las exigencias de cooperación, a la necesidad de considerar el interés de la otra parte o la justicia sustantiva del contrato, sean estos o no los términos con los cuales este cambio de énfasis se realice en cualquier sistema

Bajo este contexto, la interpretación que habría de darse a la Convención de Viena y a los instrumentos de armonización que siguen su modelo es aquella que permita la más flexible integración del contenido del contrato conforme a la buena fe. Es decir, entender que las cláusulas de no modificación oral están destinadas a evitar modificaciones y adiciones que las partes pretenden incluir al texto original sin el cumplimiento de la formalidad escrita, que ha sido previamente prescrita por estas, pero de ninguna manera puede inhibir eventuales ‘integraciones’ imperativas que el intérprete, trátase de juez o árbitro o quien haga sus veces, deba hacer en virtud de la aplicación de los principios generales del derecho como los reconocidos por los instrumentos de armonización y, particularmente, de la buena fe o, dado el caso, de otras normas imperativas. Y, por su parte, las cláusulas de ‘integridad’ (*merger clauses*) estarían encaminadas solamente a evitar que se invocaran declaraciones, documentos precontractuales que contradijeran lo expresamente consagrado en el contrato, salvaguardando la exigencia de coherencia que comporta el respeto por los actos propios. Más allá de eso, las ‘cláusulas de integridad’ no podrían entrar a interferir con el poder de integración de la buena fe⁷⁸.

Claro está, si bien ello causa una grave restricción a la integración del contenido del contrato en materia precontractual, morigerada en los instrumentos de armonización que ponen a salvo el respeto por los actos propios en la etapa precontractual, su aplicabilidad se mantiene limitada a este supuesto, sin que pueda pretenderse el extender la cláusula de cierre al poder integrador de la buena fe que opera de manera directa e imperativa en el desarrollo y ejecución del contrato, pues como lo advierte la doctrina, una tal amplitud de las *merger clauses*, resulta incluso ajena al sistema de *common law*, donde tuvo

dado”. En el mismo sentido, las afirmaciones conforme a las cuales el contrato como instrumento de autodeterminación en el *common law* no es ya un absoluto, pues es frecuentemente intervenido no sólo por el legislador que disciplina la materia contractual, comenzando por los sectores más sensibles de la economía, de manera tal que limita fuertemente la libertad de las partes en la determinación del programa contractual, sino que además los jueces utilizan asiduamente los “términos implícitos”, una herramienta ‘entre interpretación e integración’, mediante la cual los jueces individualizan la solución adecuada al caso concreto al entender incorporadas al contrato cláusulas probablemente consideradas por las partes pero no expresadas en el contrato, cláusulas que probablemente las partes habrían incorporado de haber considerado la cuestión y cláusulas que el juez incorpora como producto de la aplicación de la ley. Ver NANNA, C. M. *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, Cedam, 2010, pp. 12-13.

78 Reflexiones surgidas en un intercambio de ideas con el profesor Javier Rodríguez Olmos.

su origen, y en el que por demás operan concurrentemente con los *implied terms in fact e in law*, que hacen las veces de la integración del contrato que opera en el *civil law*⁷⁹.

Si, por el contrario, se desatiende esta interpretación y se pretende un rigor exacerbado en la incorporación de las mencionadas exclusiones que permiten sujetar toda modificación del contrato a las exigencias de la formalidad escrita, como presupuesto para que posean efectos sobre el contenido de las obligaciones de las partes, se trasgrede el principio de buena fe y a la par la esencia de la Convención, así como de la de los citados instrumentos de armonización, con lo cual se termina por invertir el papel de los principios como vigías de la forma y se pasaría a un escenario en el que las formalidades limiten los principios, concediéndole exiguos espacios, en un modelo en el que la clarísima vocación de la Convención y de los mencionados instrumentos de armonización, de observancia de los valores que subyacen en el principio de buena fe, se desfigure por medio de una protección prevalente de la coercibilidad de lo pactado expresamente por las partes de manera formal, al amparo de una exorbitante tutela de autonomía y en desmedro del poder integrador de la buena fe, que quedaría despojada, por lo menos en parte, del más importante efecto de la misma, su poder de integración del contrato, en cuanto instrumento que permite hacer realidad los valores ínsitos en el principio.

Restringir el alcance de la integración del contrato tiene por demás por efecto desvirtuar a la luz de la buena fe el contenido y alcance de las obligaciones a las que las partes se encuentran obligadas y, por ende, impide un cabal análisis sobre el incumplimiento contractual, como pasa a señalarse.

79 Cfr. En Francia, respecto del derecho angloamericano, FONTAINE M. y DE LY, F. *Drafting International Contracts. And analysis of contract clauses*, Editora Brill/Nijhof, 2006, p. 131, y más recientemente en Italia, en referencia al derecho inglés, FOGLIA, M. *Il contratto autoregolato: merger clauses*, Turín, Giappichelli, 2015, p. 140, quienes han hecho hincapié en que en el sistema de *common law* las cláusulas de modificación oral y de integridad, donde se originaron, tienen una aplicación mucho más limitada de la que parecería pretender otorgársele en los sistemas de derecho continental y en el escenario transnacional, a los que por vía de los procesos de armonización y de circulación de modelos contractuales se han adoptado en un proceso de transposición que distorsiona su original entendimiento y ámbito de aplicación, otorgándoles una extensión que desarticula el sistema al pretender inhibir la aplicación de uno de los principios cardinales del derecho de contratos, como lo es la buena fe.

6. ALGUNAS APLICACIONES DE LA FUNCIÓN INTEGRADORA DE LA BUENA FE QUE DETERMINAN EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES Y, POR ENDE, LA CONFIGURACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO

La integración del contenido del contrato tiene lugar en una multiplicidad de maneras que hacen realidad los valores del principio; en esta sede nos detendremos solo en algunas de ellas a título de ejemplo: aquellas que tienen lugar por virtud de las interrelaciones que se surten en relación con el alcance de la fidelidad al contenido del vínculo contractual (*pacta sunt servanda*) y entre este y la cláusula *rebus sic stantibus* o desequilibrio sobreviniente y entre el *pacta sunt servanda* con la exigencia de respeto por la coherencia de los propios actos; así mismo, señalaremos los efectos de la integración del contrato frente a la determinación del carácter sinalagmático del contrato y en relación con el ejercicio unilateral de facultades conferidas por una de las partes.

Todos estos eventos de integración impactarán de manera directa en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, pues no solo inciden en la interpretación del contenido de las obligaciones derivadas del contrato, sino que modelan, transforman y hasta extinguen dicho contenido obligacional.

6.1. EN MATERIA DE LA DETERMINACIÓN DEL ALCANCE DEL *PACTA SUNT SERVANDA*

Es la buena fe la que desde el derecho romano impone el respeto por la firmeza de los acuerdos y la vinculación a los mismos⁸⁰, exigencia que luego se expresara con la máxima *pacta sunt servanda* y que se ha traducido en exigencias de fidelidad con la palabra empeñada, con el honrar los compromisos

⁸⁰ La buena fe exige que se haga lo que se convino (D. 19,2,21. (24.) Javoleno; Epístolas, libro XI), que en los contratos nos atengamos siempre a lo que se trató (D. 50,17,34. Ulpiano; Comentarios a Sabino, libro XLV), la buena fe no consiente que en ningún tiempo se aparte uno de los contratantes de la voluntad del otro (C. 4,44,3. Dioclesiano y Maximiano, Augustos y césares a Marciana), y, en fin, obliga a conservarse la voluntad de los que legítimamente contratan (C. 4,38,6. El Emperador Justiniano, Augusto, a Juan, Prefecto del pretorio), porque nada hay tan conforme a la fe humana como cumplir lo que los hombres han pactado entre sí (D.2.14.1. Ulpiano; Comentarios al Edicto, libro IV).

asumidos cumpliendo el contrato celebrado, como lo ha reconocido nuestra jurisprudencia⁸¹.

Ahora bien, las exigencias de la buena fe van más allá del cumplimiento literal de los compromisos asumidos, no basta honrar la palabra empeñada en los términos estricta y formalmente acordados, es necesario atender la función del negocio convenido por las partes en consonancia con su finalidad, todo de conformidad con los valores del principio. Ciertamente la buena fe comporta privilegiar el cumplimiento de las finalidades perseguidas por las partes⁸², lo cual podría conducir a una interpretación del alcance de las obligaciones derivadas del contrato en términos que se aparten de la literalidad de este⁸³ y, por ello mismo, modelen los eventos de incumplimiento.

81 Sentencia de la Corte Constitucional, SU-039 de 1998, en la que la Corte considera que la buena fe se entiende comprendida como parte integral e inescindible de la relación jurídica establecida entre las partes, lo cual comporta la firmeza de los acuerdos en que se funda en el aludido principio: “Lo anterior, pues no es posible admitir que con posterioridad a la celebración del respectivo contrato se modifiquen en forma unilateral las prestaciones que deben ser asumidas”. En el mismo sentido, las sentencias relativas a las modificaciones unilaterales a los contratos de mutuo suscritos con sus afiliados, realizadas por el Fondo Nacional del Ahorro: Corte Constitucional mediante la Sentencia T-793 del 23 de agosto de 2004; Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, del 7 de octubre de 2004.

82 En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de marzo de 2003, M. P. Jorge Antonio Castillo Rúgeles, en la cual se demandaba el incumplimiento de una promesa de compraventa, en razón de que una de las partes se había presentado a la notaría en hora diversa de la fijada en el texto del la promesa, desconociendo deslealmente que tal circunstancia obedeció al hecho de haber sido fijado por la notaría, en presencia de ambas partes, una hora diferente por razones administrativas, lo cual a la luz de la buena fe hace imposible el pretender acogerse a la literalidad del acuerdo.

83 La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia de 7 de febrero de 2008, expediente 2001-06915-01, M. P. William Namen, sostuvo que “el rol interpretativo del juzgador no es de mero reproductor del contenido negocial, la exégesis de su sentido, ni se encamina exclusivamente a explicitar el querer de las partes como si fuera un autómatas. Más concretamente, la actividad hermenéutica del juzgador no es estática, el ordenamiento jurídico le impone *ex autoritate* el deber de decidir las controversias buscando el resultado concreto perseguido por las partes con la celebración del negocio jurídico en coherencia con su ‘contenido sustancial’, utilidad práctica, esencial, ‘real’ y funcional. BIANCA, M., *Diritto Civile, Il contratto*, t. III, Milán, Giuffrè, 1992, pp. 379, para lo cual, sin alterar, sustituir ni tergiversar lo acordado, debe intervenirlo efectuando un control eficaz e idóneo, incluso corrector, para determinar su relevancia final o efectos definitivos conforme a los intereses sustanciales, el tipo específico, su función y la preceptiva rectora, en general y, en particular”.

Una especial interacción de la exigencia de integración del contenido del contrato frente a la regla *pacta sunt servanda* puede observarse en aquellos pronunciamientos jurisprudenciales en los que se desestima la literalidad del acuerdo en pro de la naturaleza del negocio⁸⁴.

Particularmente interesante resulta el efecto que tiene la integración del contenido del contrato a efectos de determinar su cabal cumplimiento, *pacta sunt servanda*, en relación con el cumplimiento de la función del negocio. Al respecto ha resaltado la doctrina la importancia de realizar “una valoración elástica del cumplimiento –que– permitiría establecer con mayor precisión la diligencia y el esfuerzo exigibles a la conducta del deudor [...], –el hecho de que– la protección de los intereses de la contraparte puede requerir la exacerbación de las exigencias predicables del comportamiento del deudor en cumplimiento de sus obligaciones, –así como que– una valoración elástica del cumplimiento puede articularse tomando en consideración los conocimientos de las partes y los beneficios que emanan del cumplimiento de sus obligaciones”⁸⁵.

84 *V. gr.*, un caso en que la Corte chilena de apelaciones (4 de marzo de 1988, rdj, t. 85, sec. 2.^a, p. 9) desestimó por ilegítimo el interés de un vendedor en dejar sin efecto el contrato de compraventa, fundado en que se trasgredió lo pactado, toda vez que conforme al contrato celebrado el precio del inmueble debía ser pagado parte en dinero y parte en la asunción de una deuda que el vendedor tenía con una entidad pública, deuda que con posterioridad a la compraventa se extinguió y, por ende, no debió ser pagada por el comprador. La Corte sostiene que a la luz de la buena fe el contrato fue cabalmente cumplido pues este no puede ser interpretado en apego a la letra rigurosa, ni a un derecho estricto, de manera que ninguno de los contratantes puede, so pretexto de una inflexible literalidad hacer valer arbitrariamente “su propio y mezquino interés”. Donde concluye que la buena fe exige, más allá del texto del contrato, considerar los eventos en que, como en el caso en cuestión, “una nueva ley amplía las fuentes de extinción de una deuda ex Cora”.

85 ROBLES BACCA, P. *El cumplimiento de las obligaciones en la tradición romanista y su reconsideración como categoría central del derecho civil*, cit., en donde la autora realiza un análisis crítico de algunas jurisprudencias en las que se omite valorar el cumplimiento en correlación con la función del contrato: específicamente se refiere a las sentencias Corte Suprema de Justicia–Sala de Casación Civil, 29 de noviembre de 2001, magistrado ponente: Nicolás Bechara Simancas; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de septiembre de 2013, magistrado ponente: Arturo Solarte Rodríguez, y Corte de Casación italiana del 18 de noviembre de 2013 (Cass.18.11.2013 n. 25861).

6.2. EN MATERIA DE CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*⁸⁶

El contrato se integra con las exigencias de preservación del equilibrio económico que impone la buena fe a la luz de las circunstancias sobrevenidas que alteran el equilibrio construido originalmente por las partes y que conducen a modelar las exigencias del *pacta sunt servanda* en términos de respeto a lo convenido, como lo han reconocido la doctrina⁸⁷ y la jurisprudencia nacional⁸⁸.

A este respecto, lo primero que debemos resaltar es que las reglas *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus* emanan ambas del principio de buena fe⁸⁹, por virtud de estas el principio expresa valores complementarios: de una parte, la ‘firmeza de los acuerdos’ que impide el desconocimiento unilateral de los mismos y, de otra parte, valores de equilibrio económico del contrato. De manera que las reglas *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus* no se excluyen, sino que se encuentran en una relación de coordinación y complementariedad guiada por los valores que emanan del principio de buena fe.

86 Sobre este particular, retomamos algunas de las reflexiones propuestas en: NEME VILLARREAL, M. L. “La tensión aparente entre las reglas *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*: la buena fe y la equidad constituyen parámetros de las exigencias de equilibrio y solidaridad en tiempos de crisis”, en *Vulnerabilidad, solidaridad y pandemia. Algunas reflexiones del Derecho Civil*, Ensayos de la Revista de Derecho Privado, n.º 3, 2020, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

87 CHAMIE GANDUR, J. F. *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013. FRANCO ZARATE, J. A. “La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil: una aproximación desde la perspectiva de la jurisdicción civil en Colombia”. *Revista Derecho Privado*, 2012, n.º 23, pp. 233-265; NEME VILLARREAL, M. L. “*Pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*: tensiones entre los principios de buena fe y autonomía contractual”, cit.

88 Desde los remotos antecedentes de la “Corte de oro”, Corte Suprema de justicia, Sala Plena. Sentencias del 29 de octubre de 1936, 25 de febrero de 1937, 23 de mayo de 1938; hasta los desarrollos constitucionales de la Corte Constitucional en sentencia C-252 de 1998, en la que ha reconocido la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* en materia civil, con fundamento la excesiva onerosidad que altere el equilibrio del contrato originada, por ejemplo, en un alza general extraordinaria en las tasas de interés; pasando por las sentencias de la Corte Suprema de Justicia: Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de febrero de 2012; del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil: sentencias del 16 de mayo de 2005, del 19 de julio de 2004; 30 de marzo de 2004; del 16 de mayo de 2005; 16 de mayo de 2005, entre otras. En relación con la aplicación de la ruptura sobrevenida del equilibrio contractual en sede arbitral, véase el estudio de SILVA GARCÍA, F. “Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral”. *Revista e-mercatoria*, n.º 6, 2, 2007.

89 NEME VILLARREAL, M. L. *La buena fe en el derecho romano*, cit., p. 163 y ss.

En efecto, el orden negocial y el equilibrio económico establecido en el programa contractual están determinados por las particularidades y la naturaleza misma del negocio y han de tenerse muy presentes en el establecimiento de las reglas de la buena fe aplicables al respectivo negocio, como quiera que la buena fe supone la consideración de las condiciones contractuales adoptadas por las partes en forma sincera y honesta, sin confusiones deliberadas o abusos⁹⁰.

Es evidente que toda valoración del contrato conforme a la buena fe no puede dejar de considerar la concreta realidad negocial: el tipo de contrato escogido, el precio pactado, la repartición de ventajas y beneficios, la determinación de riesgos y responsabilidades establecidas por los contratantes, valores todos estos intrínsecos al contrato y cuyas particularidades determinarían el concreto equilibrio contractual. Sin embargo, tampoco puede perderse de vista que la buena fe opera como principio rector de todo el *iter* contractual, de suerte que si bien las particulares estipulaciones de las partes nutren una adecuada interpretación del contrato de conformidad con la buena fe, tales estipulaciones no pueden prevalecer cuando resultan contrarias al citado principio, lo cual sucede cuando el equilibrio sobre el cual las partes construyeron el contrato se ve alterado de manera sobrevenida por circunstancias ajenas a las partes cuya ocurrencia no había sido atribuida por ley o por el contrato expresa o tácitamente a una de las partes.

En este contexto, la cláusula *rebus sic stantibus* integra el contenido del contrato, pero con ello no vulnera el principio de la autonomía contractual, pues esta busca regular aspectos posteriores a la celebración del contrato, que afectan lo estipulado, a fin de restablecer el equilibrio contractual originalmente considerado por las partes. Esto, siempre que las partes no hubieren pactado libremente un régimen específico de distribución de riesgos, libre de abusos, de acuerdo con el cual una de ellas deba asumir las secuelas de tales hechos sobrevenientes o la ley se los atribuya⁹¹.

90 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de mayo 21 de 2002.

91 Como sucedió en un resonado caso, en el que para satisfacer las necesidades de energía en un momento de transición de un mercado monopólico a uno de competencia, las autoridades gubernamentales diseñaron un esquema de contratación para atraer a inversionistas privados, en el cual se preveía que tales inversionistas no asumirían riesgos relacionados con la comercialización de la energía y la potencia, con la oscilación de precios, con cambios regulatorios o con la fluctuación del tipo de cambio. En este contexto la Empresa de Energía de Boyacá celebró un contrato de suministro de energía con la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., en el que se estipuló una remuneración fija por kilovatio de energía incluso si el suministrante no tenía que prestarla por no requerirse, vale decir, por la sola disponibilidad de la

De suerte que la buena fe integra el contenido del contrato “a fin de reequilibrar las posiciones de los contratantes eventualmente desequilibradas y de impedir lucros injustificados”⁹², pues la buena fe no permite beneficiarse ilegítimamente de situaciones sobrevinientes e inesperadas⁹³, situaciones estas que se generarían en los eventos en que se han producido circunstancias que hagan excesivamente gravoso el cumplimiento de las prestaciones para una de las partes en el contrato o conduzcan a un empobrecimiento correlativo a aquella que ya cumplió y recibirá una contraprestación desequilibrada como consecuencia de las circunstancias sobrevinientes, por lo que por virtud de la buena fe resulta indispensable entrar a restablecer el referido equilibrio⁹⁴.

Planta, con lo cual se garantizaba un flujo de ingresos para el contratista, fijo y firme, que le permitía contar con los recursos suficientes para el reembolso de los créditos a las entidades financiadoras que proveyeron los recursos para construir la planta termoeléctrica y para la obtención de las utilidades presupuestadas. En el momento en que el requerimiento de energía se hizo necesario, el valor de Kilovatio de energía en el mercado energético era superior al precio fijo pactado en el contrato, por lo que la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E. S.P. alegó circunstancias sobrevenidas que alteraban el equilibrio original del contrato. En este caso sostuvo la jurisprudencia arbitral colombiana que “si los contratantes pactaron, dentro de la distribución de riesgos acordada, que por tal ocurrencia y por sus secuelas habría de responder una de ellas –lo cual dedujo el Tribunal del esquema de precios adoptado–, en este supuesto la parte afectada por el advenimiento del evento riesgoso en cuestión, no puede invocar la teoría de la imprevisión para así dejar de asumir las consecuencias de la contingencia por la que se comprometió a responder”, Laudo arbitral, Tribunal de Arbitramento: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E. S.P. vs. Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. Bogotá, 21 de octubre de 2000.

- 92 CARDILLI, R. “La “buona fede” come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America Latina”, cit., p. 166.
- 93 ROPPO, V. *Il contratto*, Milán, Giuffrè, 2001, p. 1046. Para quien el principio de buena fe posee un rol muy importante en el campo de los eventos sobrevenidos.
- 94 La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* ha sido ampliamente reconocida por la jurisprudencia desde el siglo pasado: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 25 de febrero de 1937 que puso a la cláusula *rebus sic stantibus* en conexión con la buena fe, el fraude a la ley, el estado de necesidad y el enriquecimiento sin causa, aún antes de haber sido recogida normativamente en el año 1971 en el Código de Comercio. Sobre su aplicación en el ámbito mercantil véase FRANCO ZARATE, J. A. “La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil: una aproximación desde la perspectiva de la jurisdicción civil en Colombia”, cit., pp. 245 a 277, a quien remito para una reseña y juicioso análisis de las jurisprudencias en el ámbito civil que trataron el desequilibrio sobrevenido antes y después de su consagración normativa. Para un análisis de la materia desde la perspectiva de los fallos arbitrales, véase: SILVA GARCÍA, F. “Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral”, cit., p. 2.

De manera que el *pacta sunt servanda*, que obliga a las partes a cumplir el contrato según lo acordado, “encuentra su límite en las exigencias de justicia y equidad que llaman a la conservación del contrato [...] fundado en la buena fe y la equidad correctiva”⁹⁵, los cuales modelan el alcance de las prestaciones originalmente convenidas y, por ende, inhiben un juicio de incumplimiento⁹⁶ respecto del deudor a quien le resulta excesivamente oneroso cumplir ante las circunstancias sobrevenidas; lo cual conduce a la renegociación de las obligaciones contractuales a la luz de un nuevo equilibrio considerando las circunstancias sobrevinientes.

Así las cosas, la integración del contenido del contrato con exigencias de equilibrio contractual como las que fundan la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* conducen a la inexigibilidad del cumplimiento de la prestación, a la consideración de a cual de las partes corresponde asumir los riesgos del caso fortuito o fuerza mayor que alteran el equilibrio contractual, al replanteamiento de a cual de las partes y en qué medida exigir sacrificios en términos de la condonación, reducción o postergación de las prestaciones pactadas en el marco de una renegociación dotada de la suficiente flexibilidad que permita el logro de la finalidad del contrato y su cumplimiento considerando las nuevas circunstancias. Sin duda en estos eventos la buena fe se convierte en “medida

95 CHAMIÉ GANDUR, J. F. *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, cit., p. 23.

96 Como lo declaró la Corte Constitucional en Sentencia T-520 de 2003 en el caso de impago de mutuos financieros por causa del secuestro de los deudores por grupos armados al margen de la ley, sentencia en la que, dejando de lado la regla conforme a la cual “el género no perece”, consideró que la imprevisibilidad e irresistibilidad de hechos sobrevenidos como el secuestro afectaban las posibilidades del deudor de cumplir sus obligaciones que se tornaban inexigibles, por lo que el impago de las cuotas en estas circunstancias no podía considerarse incumplimiento, ni dar lugar a las sanciones previstas al efecto, a la vez que el deber de solidaridad propio de la función social del contrato obligaba a los bancos a refinanciar las obligaciones pendientes y a reestructurar el entero contrato. También declaró en Sentencia T-170 de 2005, inexigibles las prestaciones del deudor que se encuentra en situaciones particularmente difíciles, como el caso de la dificultad de cumplimiento a la que se ven enfrentados deudores con gravísimas enfermedades como el sida, y en Sentencia T-726 de 2010 sostuvo la Corte que los deudores que son objeto del delito de desplazamiento forzado no incumplen con las obligaciones adquiridas con anterioridad, como quiera que en el momento de comprometerse a cumplir una prestación el hecho de que aconteciera un desplazamiento forzado no se encontraba dentro del contexto de negociación, por lo que al configurarse este hecho irresistible, imprevisible e inimputable al deudor, que afecta de manera ostensible su capacidad económica, se configura una inexigibilidad de la obligación.

de sacrificio aceptable’, en aras de la cooperación y de la lealtad mutua que se deben las partes”⁹⁷.

6.3. EN MATERIA DE *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

La cláusula general que prohíbe el *venire contra factum proprium*, llamada también teoría de los actos propios o protección de la confianza legítima, constituye una manifestación del principio de buena fe, en cuanto expresión de los valores de lealtad, consideración del interés ajeno y tutela de la confianza⁹⁸. Dicha cláusula integra el contenido del contrato con exigencias de coherencia, autorresponsabilidad y protección de la confianza generada en la contraparte que adapta su comportamiento con base en dicha confianza; como quiera que, por virtud de la exigencia de coherencia que impone la buena fe, las partes no pueden dejar de desconocer sus propios comportamientos y los efectos que estos producen en el desarrollo de la relación contractual.

En efecto, los comportamientos de las partes las vinculan de tal manera que les está vedado exigir el cumplimiento del contrato en los términos originalmente convenidos, como quiera que este se entiende modificado a consecuencia de sus propios actos, que se erigen en tácita aceptación de nuevas condiciones contractuales e incluso de renuncia a las convenidas primigeniamente de manera expresa.

La valencia del *venire contra factum proprium non valet* ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional⁹⁹ y ha tenido diversas aplicaciones en

97 CHICHILLA IMBETT, C. y NEME VILLARREAL, M. L. “El cumplimiento del contrato de arrendamiento en tiempos de pandemia”, en Fernández, M. L. y Gual Acosta, J. M. (editores), *Desafíos del derecho en época de pandemia*, Bogotá, Ibáñez, 2020.

98 NEME VILLARREAL, M. L. “*Venire contra factum proprium*, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe”, cit., pp.11 a 56.

99 Solo a título de ejemplo entre los múltiples pronunciamientos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional: Sentencia C-478-98 con ponencia de Alejandro Martínez Caballero, reiterada en Sentencia C-836/2001 de agosto 9 de 2001, en las que la Corte sostiene: “el principio constitucional de buena fe, que se manifiesta en la protección de la confianza legítima, garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación [...] según la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*”.

materia contractual: así lo ha hecho al señalar que la conducta de una parte que entiende surtidos los requisitos para obligarse en una relación contractual la vincula, imposibilitándole defraudar la confianza generada en la contraparte al pretender posteriormente desconocer el contrato alegando la omisión de alguno de tales requisitos¹⁰⁰; al igual que al manifestar que la voluntad de renunciar a la exigencia de la prestación en los términos inicialmente convenidos, impide que posteriormente se pretenda pedir su cumplimiento en tales términos¹⁰¹. Así mismo, el mencionado deber de coherencia hace exigible la vinculación a la palabra empeñada, con independencia de la observancia de las formalidades, cuando la actuación precedente de una de las partes así lo ha admitido¹⁰²; al igual que el comportamiento de una de las partes en la etapa precontractual la vincula, obligándola a preservar la confianza generada en la contraparte¹⁰³; además de que el retardo desleal en el ejercicio de un derecho vincula y, en cuanto tal, obliga a preservar la confianza justificada de la contraparte en que el titular no hará uso de tal derecho¹⁰⁴ e igualmente la obligación de coherencia

-
- 100 La Corte Constitucional se pronunció, en sentencia del 28 de febrero de 2000, Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, con ponencia de Fabio Morón Díaz, sobre la revisión de la tutela instaurada por un estudiante contra una caja de compensación familiar, que, habiendo otorgado una beca al accionante por razón de méritos académicos, pretende dar por terminado el contrato con el becario, con base en un concepto rendido por la Superintendencia de Subsidio Familiar, en el sentido de que a los becados solo se les podrá pagar sus estudios si estos son beneficiarios directos del subsidio familiar de la entidad que otorga la beca, situación en la que no se encontraba dicho estudiante.
- 101 Laudo arbitral del 24 de octubre de 2002, del Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Santa fe de Bogotá, constituido por los árbitros principales doctores Saúl Sotomonte Sotomonte, Gaspar Caballero Sierra y Francisco Reyes Villamizar.
- 102 Laudo arbitral Tribunal de Arbitramento de Multiphone s.a. contra Bellsouth Colombia S.A. del 17 de marzo de dos mil cuatro, proferido por el Tribunal de Arbitramento integrado por Gilberto Peña Castrillón, Presidente, Marcela Castro de Cifuentes y Ernesto Rengifo García; en el mismo sentido el Laudo arbitral del 26 de enero de 2001, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido Por los doctores Nicolás Gamboa Morales, Jorge Cubides Camacho y Luis Fernando Salazar López para dirimir, en derecho, las diferencias presentadas entre la convocante, una sociedad constructora –Proctor Ltda.– y la Caja de Compensación Familiar Comcaja.
- 103 El Consejo de Estado, en providencia de septiembre 10 de 1992, con ponencia del doctor Julio César Uribe Acosta, relativa al expediente 6822, cuyo actor fue la sociedad Suramericana de Construcciones S. A. contra el Instituto de Crédito Territorial (hoy Inurbe).
- 104 Laudo arbitral del 10 de julio de 2000, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido por los doctores Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Jorge Enrique Ibáñez Najar y Julio César Uribe Acosta para resolver las controversias surgidas entre la sociedad demandante Occidente y Caribe Celular S.A., Ocel S.A. y la Nación–Ministerio de Comunicaciones.

con los propios actos impide que los errores de una parte en el desarrollo del contrato, en punto a reflejar el estado actual y real de las obligaciones de su contraparte, puedan hacerse pesar sobre la contraparte que ha adecuado su comportamiento sobre la base de la confianza en que los actos desplegados son verdaderos y no erróneos¹⁰⁵.

La integración del contrato y en general de las obligaciones con las exigencias de coherencia y lealtad que comporta la regla *venire contra factum non valet* se manifiesta de muy diversas maneras en relación con la valoración del incumplimiento:

A. En algunos casos la consecuencia de la incoherencia es ‘la pérdida del derecho’ en los casos en que los efectos de la regla operan mediante la renuncia tácita al ejercicio de un derecho o a su ejercicio en los términos originalmente pactados; por ejemplo a exigir el pago de la deuda insoluble cuando una entidad

105 Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión, Sentencia de junio 17 de 2004, ponente: Clara Inés Vargas Hernández, expediente T856416. Resuelve la sentencia el caso de una deudora de una entidad financiera que adquirió un crédito hipotecario en el año de 1996 y posteriormente, debido a la expedición de la Ley 546 de 1999, el crédito hipotecario asumido por la accionante se vio beneficiado con un alivio financiero otorgado mediante crédito del Fogafin, el cual le fue aplicado por el banco el día 18 de marzo de 2000, tal y como se lo informó el mismo banco. La accionante procedió al pago de la totalidad de la obligación hipotecaria pendiente en los primeros días del mes de mayo del mismo año 2000 con fundamento en el saldo que el banco le informara y en consecuencia la entidad financiera procedió a otorgarle el paz y salvo respectivo. No obstante, el mismo banco, en comunicación de fecha 13 de junio de 2003, le informa que, a raíz del proceso de revisión y vigilancia surtido por la Superintendencia Bancaria, se había observado un error en el proceso de liquidación y aplicación del alivio financiero otorgado por la Ley 546 de 1999, razón por la cual, luego de reliquidar el monto del alivio y aplicarlo a su crédito hipotecario, este presentaba aún un saldo pendiente por cancelar. Reconoce el banco que el saldo pendiente por cancelar no fue consecuencia de la omisión o retraso de la accionante, razón por la cual le ofrecía facilidades para su pago, aclarando de antemano que dicho monto se encontraba congelado. Al respecto, señala la Corte: “Una entidad financiera al remitir a sus clientes una información en la que se refleja el estado actual y real de las obligaciones que éstos poseen con dicha entidad, no sólo establece un canal de comunicación cliente-entidad financiera, sino que, además, la entidad financiera expone a su cliente su actual posición jurídica respecto de tales obligaciones, y en consecuencia, crea en el usuario una confianza cierta acerca del estado de las mismas. Es por esta razón, que sentada la posición por parte de la entidad bancaria, ésta no podrá variarse de manera unilateral e inconsulta, pues de hacerlo, no sólo evita que su cliente controvierta la nueva posición jurídica que se le quiere imponer, sino que además, viola su derecho al debido proceso y desconoce abiertamente el principio de respeto al acto propio”. Providencias en igual sentido: Corte Constitucional, sentencias T-295 de 1999 y T-083 de 2003.

financiera ha generado la confianza de haberse sufragado la integridad del crédito, lo cual conduce a la inexistencia del cumplimiento¹⁰⁶.

B. En otros casos los actos propios dan lugar a la ‘creación de derechos’ en cabeza de quien aparentemente no los tenía, dada su prohibición legal o contractual, por ejemplo en el caso del reconocimiento de los derechos de salud a la compañera permanente aun en contravía del reglamento de la entidad, los cuales pretenden ser negados posteriormente amparándose en el reglamento previamente desconocido por la misma parte que lo invoca; en estos casos surge una prestación cuyo incumplimiento puede ser alegado¹⁰⁷.

C. La incoherencia puede dar lugar a la inhibición del ejercicio de un derecho en cuanto dicho ejercicio contiene una incorrección, una especie de deslealtad con la otra parte, que contraría el principio de buena fe y convierte dicho ejercicio en injusto. Por ejemplo en el caso de la exigencia de una póliza de seguros de cumplimiento originalmente convenida en el contrato como presupuesto de debida ejecución de las prestaciones contractuales, pero la cual nunca se exigió durante el desarrollo del contrato y pretende ser exigida una vez terminado el contrato como requisito previo al pago de las contraprestaciones debidas, lo que resulta inviable, pues se trataría de adquirir un seguro que cubra un riesgo que ya ocurrió y cuya vigencia no se requirió dentro del contrato. En este caso la buena fe inhibe el derecho a pedir la póliza, dado que la contrariedad con los propios actos impide que este sea exigido, ni puede alegarse su ausencia como causal de incumplimiento del contrato.

D. La tutela de la confianza que comportan los actos propios puede exigir la concesión de un periodo de tolerancia para adecuarse a un cambio repentino de comportamiento que prohíbe una conducta que aunque ilegal había sido tolerada por tiempo considerable. Es el caso de los vendedores ambulantes repentinamente desalojados después de años de permisividad e incentivos de la administración pública para que ocuparan espacios públicos¹⁰⁸. En este caso la obligación legal resulta no exigible temporalmente, hasta tanto no se otorguen medios alternativos de subsistencia a los vendedores ambulantes.

E. La violación de las exigencias de coherencia ínsita en el desconocimiento de los actos propios puede dar lugar a la indemnización del daño: cuando se considere que los derechos no pueden consolidarse porque pongan en peligro

106 Corte Constitucional, Sentencia T-060 de 2004.

107 Corte Constitucional, Sentencia T-366 de 2002.

108 Corte Constitucional, Sentencia T-364 de 1999.

el bien común. Como sucede por ejemplo en los casos de desalojo de los campesinos que vienen cultivando por siglos en terrenos de más de 3000 metros de altura en cuanto tal explotación pone en peligro el ecosistema de páramos y los derechos colectivos conexos a este. En estos casos surge una obligación a cargo del Estado de indemnizar como consecuencia de confianza legítima generada en los campesinos en la viabilidad de este tipo de explotación económica de sus predios.

6.4. EN RELACIÓN CON EL CARÁCTER SINALAGMÁTICO DE LOS CONTRATOS¹⁰⁹

El principio de buena fe irradia la totalidad del ordenamiento jurídico, de manera que el poder integrador del contenido del contrato opera sin distinción en todo tipo de negocios y, por ende, también opera en relación con los denominados contratos unilaterales, sin que para ello intervenga el concurso de las voluntades de los contratantes, creando incluso obligaciones no previstas por el tipo contractual, lo cual termina por alterar el carácter unilateral del contrato para convertirlo en recíproco, como consecuencia de la integración que se surte por virtud de la buena fe.

En efecto, a la buena fe se le ha reconocido un rol fundamental en la definición del contenido de la obligación y en la determinación de la prestación debida, así como en la extensión del deber de cumplimiento y del riesgo asumido por las partes atendiendo el contenido económico del contrato¹¹⁰ y la función de este en términos de satisfacción de los intereses de las partes contratantes.

Debido a esta integración del contrato, a este se adhieren reglas que pasan a ser parte fundamental, común del contenido del contrato¹¹¹ y que responden a la “naturaleza del objeto, a la peculiaridad de la causa o a la concreta

109 En relación con los aspectos tratados en este acápite y abundamiento de los argumentos aquí expuestos véase NEME VILLARREAL, M. L. “Carácter sinalagmático perfecto de los contratos unilaterales: una lectura a partir de la función del contrato”, en *Obligaciones, contratos, responsabilidad. Memoria del Grupo para la armonización del derecho privado latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 411 a 478.

110 D'ANGELO, A. *Contratto e operazione economica*, Turín, Giappichelli, 1992, p. 262, quien recuerda en dicho sentido las apreciaciones de Bianca, Rodotà, Betti, Mengoni, Castronovo, Di Majo y Benatti.

111 HINESTROSA, F. *Tratado de las obligaciones 1. Concepto, estructura, vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 112 y 113.

regulación convencional¹¹², las cuales concurren al reglamento negocial a fin de hacerlo más idóneo en lo concerniente a la realización de la función que cumple el negocio¹¹³.

Así, en razón del carácter integrador del principio de buena fe, al que no escapan las relaciones negociales gratuitas o de carácter real, surgen obligaciones recíprocas para ambas partes aún en contratos como el mutuo, el comodato, el mandato y depósito gratuitos o la prenda, en los cuales se evidencian, incluso para la parte tradicionalmente considerada como exenta de obligaciones, el surgimiento obligaciones de lealtad, de transparencia, de consideración a los intereses de la otra parte, de diligencia, de información, en fin, de cooperación, entre otros.

Estas obligaciones que surgen en virtud de la integración del contenido del contrato repercuten de manera directa y substancial en la función del contrato, sea que se concreten desde el inicio del contrato o con posterioridad a su celebración, inciden en la satisfacción de los intereses del mutuario, comodatario, depositario, mandatario y acreedor prendario, de manera que mal podría sostenerse que no poseen la entidad suficiente para llegar a equipararse a la prestación de preservación y restitución a que estos se obligan por virtud del respectivo contrato a favor del mutuante, comodante, depositante, mandante, y deudor prendario, al punto que en algunas oportunidades dichas obligaciones son de tal naturaleza que su incumplimiento puede llegar a hacer nugatorios los efectos mismos del entero contrato y por ende su función. A título de ejemplo piénsese en:

El contrato de mutuo gratuito en las obligaciones del mutuante en favor del mutuario de respetar el plazo convenido, así como de aplicar los pagos de acuerdo al sistema de amortización pactado; a no incrementar o modificar los instalamentos convenidos o a aceptar el pago anticipado; a informar periódicamente sobre el estado del crédito y la forma en que se han venido aplicando los abonos efectuados; a otorgar el respectivo paz salvo; a levantar las garantías

112 D'ANGELO, A. "Contrato y operación económica", en León, Leysser L. (coord.), *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano*, Lima, Ara Editores, 2004, p. 661. Consúltese, además FRANZONI, M. "La buena fe y la equidad como fuentes de integración del contrato", en León, Leysser L. (coord.), *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano*, Lima, Ara Editores, 2004, pp. 683 y ss.

113 PALACIOS MARTÍNEZ, E. "La problemática de la teoría del tipo y la problemática de la integración contractual", en León, Leysser L. (coord.), *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano*, Lima, Ara Editores, 2004, pp. 668 y ss.

que sirven de respaldo al crédito convenido una vez pagada la obligación garantizada; a retirar la inscripción de moroso en contra del deudor una vez se den las condiciones requeridas para resarcir el derecho al crédito; a otorgar referencias de pago sobre la forma en que se honró el crédito, e incluso, en la etapa precontractual, a no defraudar la confianza de la contraparte rompiendo intempestivamente las negociaciones o anunciando que se ha otorgado el crédito para luego no proceder al desembolso.

No cabría decir que los intereses del mutuario podrían entenderse satisfechos si luego de otorgado el mutuo se incumplen algunas de las señaladas obligaciones que por su entidad harían perder la función del contrato, el disfrute de los bienes mutuados en las condiciones convenidas, y las inherentes y no menos importantes funciones de preservación de la honra y el buen nombre derivadas del adecuado cumplimiento de las propias obligaciones, y aquellas atinentes a la restitución de la plenitud de poderes respecto de los bienes objeto de la respectiva garantía.

En el contrato de comodato, las obligaciones del comodante en favor del comodatario de respetar el plazo (pues cuando se deja al arbitrio del comodante el negocio asume la condición de precario); de entregar la cosa comodada en condiciones de ser usada según su naturaleza y los propios requerimientos manifestados por el comodatario o conocidos por el comodante; informar al comodatario de los defectos o vicios de la cosa; advertir sobre los peligros a ella inherentes, así como sobre las condiciones de uso y mantenimiento adecuado; salir en defensa del comodatario en cualquier evento en que un tercero pretenda privarlo del uso y goce de la cosa comodada alegando mejor derecho; estar disponible para recibir la cosa comodada en la fecha y lugar acordados o disponer lo pertinente para que un tercero debidamente autorizado se encargue de ello.

La gratuidad del comodato no inhibe las referidas obligaciones de lealtad que resultan esenciales con miras al disfrute de la cosa comodada, como quiera que sería absurdo pretender que no se afectan los intereses del comodatario cuando el bien comodado no sirve a los efectos propios de su naturaleza, cuando no se puede contar con el uso por el término razonable, o deberá el comodatario soportar la guarda y cuidado de la cosa por un término superior al acordado, de forma tal que lo gravoso de tales circunstancias harían perder todo interés en el contrato.

En el contrato de depósito gratuito resultan en general aplicables las obligaciones mencionadas en favor del comodatario, en este caso referidas a la cosa depositada. El depositante debe advertir sobre la peligrosidad de la

cosa depositada, sus particularidades de conservación, su valor, a fin de que el depositario pueda adoptar las medidas de guarda y custodia pertinentes, entrar a resolver problemas de carácter jurídico sobre la tenencia de la cosa que acarree dificultades al depositario, revisar la cosa depositada y sus condiciones de conservación solo dentro de los términos convenidos, sin que con ello genere una intromisión indebida y gravosa para el depositario, además de respetar el plazo del depósito retirando la cosa en la fecha y condiciones pactadas.

La gratuidad del depósito podría por el contrario hacer más exigentes las obligaciones del depositante, a la vez que, si el depositario debiera soportar la incertidumbre del cumplimiento de las obligaciones señaladas, bien podría sopesar la conveniencia de celebrar el negocio.

En el contrato de prenda resultan en general aplicables las obligaciones mencionadas para el comodatario y el depositario, pues el deudor prendario deberá entregar la cosa prendada en las condiciones adecuadas para que la misma cumpla su función de garantía; no podrá exigir su entrega mientras subsista insatisfecho el crédito objeto de la garantía, ni podrá inspeccionarla por fuera de los términos pactados o causando erogaciones o dificultades innecesarias al acreedor prendario; el deudor prendario debe además advertir sobre la peligrosidad de la cosa prendada y sus particularidades de conservación; no podrá realizar acciones que mengüen el valor de la prenda y, en caso de que la misma pierda valor, deberá sustituir la garantía o adicionarla; deberá otorgar al acreedor prendario todos los elementos materiales o jurídicos que hagan posible la conservación de la cosa prendada y sus acrecimientos, así mismo, deberá estar en disposición de recibir la cosa prendada una vez finalice la función de garantía en los términos convenidos.

Cabe preguntarse qué interés podría tener para el acreedor prendario un contrato en el que el deudor no se encontrara conminado por el vínculo obligacional a no demeritar el valor de la garantía, por ejemplo, mediante la realización de actos jurídicos que lo afecten; ¿cómo conservaría el interés en la garantía si no contara con las acciones judiciales que le permitieran conminar al deudor prendario a otorgarle los instrumentos jurídicos que le facilitarían su conservación?

En el contrato de mandato gratuito surge para las partes, como ya lo hemos mencionado, uno de los principales deberes que es el de lealtad, el cual aparece también en cabeza del mandante, quien, por virtud del mismo, estará obligado a manifestar al mandatario los riesgos que conlleva el mandato; a proveer los recursos necesarios para que este se lleve a cabo; a instruir diligentemente al mandatario sobre la manera más adecuada para desarrollarlo en atención a sus

particulares intereses; a reconducir las instrucciones cuando circunstancias no contempladas originalmente ameriten nuevas reglas para su ejecución; a proveer oportunamente al mandatario de toda información nueva que pueda afectar el encargo; a no hacer más gravosas las condiciones de la ejecución del mandato y, claro está, en los eventos de surgimiento de expensas no previstas, estas sí eventuales, el mandatario tendrá la obligación de sufragarlas, deber que deriva a su vez de la prohibición de enriquecerse con perjuicio ajeno, que concurre a su vez con el deber de preservar el equilibrio contractual.

Igualmente, bien podría el mandatario reconsiderar la conveniencia o interés en el negocio ante la ausencia de los deberes de lealtad antes señalados, y en particular de los deberes de cooperación del acreedor en el cumplimiento de la prestación.

Como puede observarse, las obligaciones que se integran por virtud del principio de buena fe no son meramente eventuales: son obligaciones necesarias, diríamos fundamentales, en el desarrollo de los respectivos contratos, cuyo surgimiento resulta esencial y cuyo incumplimiento podría generar la ruptura misma del contrato, en cuanto implicarían gravísima deslealtad para la contraparte, agravación de las condiciones previstas o de los sacrificios que estaba dispuesto a soportar, en fin, violación de los intereses de la parte y desconocimiento de la función misma del contrato, lo cual ha dado lugar a que se reconozca por parte de la jurisprudencia el otorgamiento de remedios sinalagmáticos como el restablecimiento del equilibrio contractual en materia de mutuo¹¹⁴.

6.5. EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO UNILATERAL DE FACULTADES CONTRACTUALES¹¹⁵

En el derecho contractual contemporáneo, el otorgamiento de facultades de ejercicio unilateral por una de las partes se torna cada vez más usual, en cuanto se erige en instrumento que atiende la necesidad de hacer más ágil la

114 Corte Constitucional colombiana en sentencias: C-383 de 1999, C-955 de 2000; Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil en sentencias: del 19 de julio de 2004, del 30 de marzo de 2004, del 16 de mayo de 2005, esta última en la cual el Tribunal abordó de manera expresa la procedibilidad de la excesiva onerosidad respecto de los llamados contratos unilaterales.

115 Nos remitimos aquí a las ideas propuestas en NEME VILLARREAL, M. L. *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso. La buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variandi*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

contratación, de adaptar el negocio a circunstancias sobrevenidas que alteren el equilibrio del contrato originalmente convenido, de administrar los riesgos, de flexibilizar en general las condiciones del negocio acercándolo con mayor precisión a las necesidades de las partes y de los mercados en los que estos se desarrollan, e incluso a las características del tipo negocial elegido, cuya plena realización puede comportar la necesidad de cierta libertad en el manejo de los elementos estructurales del negocio.

Ahora bien, el ejercicio de este *ius variandi* posee una repercusión enorme sobre la entera categoría del contrato: *v. gr.*, en la determinación y modificación de la prestación o en el objeto del contrato; en la determinación de los riesgos sobrevenidos, en los límites a la responsabilidad, todo lo cual puede conducir al resquebrajamiento del consentimiento bilateral y a impactar en la preservación de la igualdad de las partes contratantes.

De manera que a pesar de su legitimidad, el ejercicio unilateral de facultades conferidas a una de las partes o *ius variandi* comporta innegables riesgos de abuso, por lo que es indispensable establecer bajo qué criterios una de las partes podría ejercer legítimamente tales facultades; por ejemplo en aquellos casos en que el ejercicio de una de las facultades otorgadas en el contrato se hace deslealmente a fin de conseguir un provecho ilegítimo, desnaturalizando la función de la cláusula formalmente consagrada en el contrato, como quiera que en estos casos la buena fe integra el contenido del contrato con exigencias de honestidad que vedan el ejercicio abusivo del derecho que otorga el contrato generando así una causal de incumplimiento del contrato que se ha pretendido ocultar en ejercicio de una facultad contractual pretendida legítima por estar formalmente consagrada en el contrato¹¹⁶.

116 Se trata de un caso resuelto por la jurisprudencia italiana relativo a un contrato de concesión de un manantial de agua mineral: se había convenido un canon calculado en relación con el precio de venta a los distribuidores del agua embotellada, cuyo valor de venta estaba facultado para fijar discrecionalmente el contratista privado que explotaba la concesión. El contratista fijó a los distribuidores un precio de venta bajo y, consecuentemente, el precio de la concesión que debía pagar al Estado lo era igualmente. El Estado demanda como abusivo el ejercicio de la facultad sobre la base de que el concesionario había organizado la distribución a través de una serie de sociedades controladas por este último y dichas sociedades habían vendido a terceros el agua embotellada a unos valores muy superiores al precio de distribución, lo que permitía que el concesionario incrementara sus ganancias considerablemente sin tener que afrontar el proporcional aumento del canon, que permanecía invariablemente bajo al estar atado al precio de venta a las sociedades distribuidoras controladas por el concesionario. La Corte de Casación revocó el fallo de instancia que había considerado inatacable la facultad del concesionario de fijar el precio de venta a los distribuidores, sustentando su

En este contexto, la buena fe se erige en límite de la autonomía, en la medida en que integra los acuerdos de las partes garantizando la legitimidad del acuerdo, así como que la ejecución de este se realice en consonancia con el núcleo de valores que contiene el principio.

Es particularmente en torno a los riesgos de abuso que pueden configurarse en el ejercicio unilateral de facultades previamente conferidas por una de las partes, que el principio de buena fe integra el contrato que otorga dichas facultades introduciendo exigencias que delimitan las modalidades bajo las cuales puede llevarse a cabo dicho ejercicio.

En primer término, a la luz de la buena fe la facultad debe ser ejercida en plena observancia de la lealtad que deben guardarse las partes entre sí, que al integrarse al contrato comporta a su vez que la facultad debe ejercerse en respeto de las exigencias de transparencia que propone el principio de buena fe, que el ejercicio de la facultad debe ser motivado; que el ejercicio de la facultad debe ser debida y oportunamente informado, la facultad debe ejercerse teniendo presente la consideración de los intereses de la contraparte, así como que deben considerarse las condiciones personales de la parte que debe soportar las consecuencias de dicho ejercicio.

De otra parte, la integración de las exigencias de la buena fe, en términos de cooperación y de consideración de los intereses de la contraparte, impone que el ejercicio de la facultad deba permitir que la otra parte adecue su comportamiento a las nuevas circunstancias creadas con el ejercicio unilateral de la facultad; que el ejercicio de la facultad o derecho deba ser prudente, conmensurado, moderado e incluso en algunos casos se han reconocido exigencias de solidaridad. Por demás, el ejercicio de la facultad debe realizarse de tal forma que la parte que sufre tal modificación pueda ejercer su autonomía para rechazar el vínculo bajo las nuevas circunstancias que le son comunicadas.

decisión en un incumplimiento del contrato por violación a la buena fe, pues la frustración de la expectativa del municipio de obtener un incremento del canon no se justificaba en el interés del concesionario en mantener un precio estable del agua embotellada, sino que, por el contrario, la elección del precio bajo a las sociedades distribuidoras, controladas por él, constituía un mecanismo para eludir la adecuación del canon a las fluctuaciones del mercado. Nos referimos a la casación del 20 de abril de 1994, n. 3775, en *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, p. 852 y ss., referida por RESTIVO, C. *Contributo ad una teoria dell'abuso del derecho*, Milán, Giuffrè, 2007, pp. 166-167. Véase NEME VILLARREAL, M. L. *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso. La buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variandi*, cit., p. 45.

Así mismo, la buena integra el contenido contractual con las reglas que promueven la reciprocidad y el equilibrio en la relación contractual, razón por la cual la facultad debe ejercerse en respeto de las exigencias de sinalagmaticidad que propone en términos generales el principio, lo cual conlleva que el ejercicio de la facultad debe preservar en lo posible las condiciones de reciprocidad y equilibrio propuestas por las partes y previstas en el contrato, lo que hace el ejercicio de la facultad proporcional.

Adicionalmente, la integración de las exigencias de honestidad y rectitud propias de la buena exigen que la causa que se erige en justificación del ejercicio de la facultad otorgada deba ser racional, que el ejercicio de la facultad o poder sea funcional respecto de la facultad otorgada, que no obedezca a motivos subyacentes no relacionados con la facultad misma.

Por demás, la incorporación al contrato de las exigencias que propone la buena fe en *términos de coherencia implica* que la facultad debe ejercerse en respeto de la confianza generada en la otra parte.

Finalmente, al integrarse al contrato las exigencias de la buena fe en torno al respeto por el acuerdo celebrado *pacta sunt servanda*, esto conlleva que el ejercicio de la facultad debe considerar el tipo contractual, así como las particulares adecuaciones que las partes hayan querido incorporar al programa contractual.

De manera que la inobservancia de las exigencias que propone la buena fe frente a las facultades de ejercicio unilateral otorgadas en un contrato no solo puede conducir a la imposibilidad de ejercicio de estas, sino a la consecuente sanción por el abuso que estas comporten y la correspondiente indemnización por los daños ocasionados, todo lo cual impacta decididamente el cumplimiento del contrato.

7. CONCLUSIONES

Como hemos señalado, la buena fe posee una función fundamental en la integración del contenido del contrato, como quiera que mediante la integración de este se expresa y otorga poder coercitivo a los valores que subyacen en el principio. El ordenamiento jurídico reconoce en materia privada la libertad de autorregular los intereses, pero igualmente la limita, en el entendido de que esta debe ejercerse legítimamente, preservando las exigencias del principio de buena fe, cuyo poder normativo acuña las reglas que expresan el contenido axiológico del principio y a su vez su función integradora las pone en acto al incorporarlas al contrato con fuerza coercitiva, pues “la tensión entre

derecho y justicia y entre seguridad y equidad se resuelve en la aplicación de los principios”¹¹⁷.

De manera que en cuanto límite de la autonomía privada el principio de buena fe conlleva el examen objetivo del cumplimiento de las obligaciones de las partes; obligaciones cuya exacta dimensión solo puede establecerse una vez surtido el proceso de integración que tiene lugar por virtud del principio y cuyo resultado evidencia que tales obligaciones pueden resultar moderadas, intensificadas, ampliadas, reducidas o incluso suprimidas, considerando simultáneamente la posición de cada una de las partes, en consonancia con los valores del ordenamiento¹¹⁸. De ahí que la integración del contenido del contrato se erija en presupuesto *sine qua non* para proceder a valorar el incumplimiento de las obligaciones y que sin ella no sea posible aventurarse apresuradamente al escenario de las tutelas o remedios de un incumplimiento que a la luz de la buena fe puede no haberse configurado o haber tenido lugar por razones o con intensidad diferente, o aun presentarse aunque *prima facie* no resultara que un tal incumplimiento pudiera darse por ausencia de una obligación, que en cambio la buena fe ha integrado al contrato.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGIO-RUIZ, V. *La compravendita in diritto Romano*, vol. II, Nápoles, Jovene, 1990, pp. 206–207.
- ARANGIO-RUIZ, V. *Historia del derecho romano* (trad. F. Pelsmaecker), Madrid, Reus, 1943.
- BIANCA, M. *Diritto Civile. Il contratto*, t. III, Milán, Giuffrè, 1992.
- CAMACHO EVANGELISTA, F. *La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones*, Granada, Imprenta Francisco Román, 1962.
- CARDILLI, R. “L’importanza del legame tra contratto e obbligazione nella tradizione civilistica”. En: *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, I, Milán, Giuffrè, 2005.

117 HINESTROSA, F. “De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato”. *Revue de Droit Uniforme*, vol. III, 2/3, Roma, Unidroit, 1998, p. 568.

118 RODOTÀ, S. *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 145.

- CARDILLI, R. “L'importanza del legame tra contratto e obbligazione nella tradizione civilistica”. En *Modelli teorici e metodologici di storia del diritto privato*, 2, Nápoles, Jovene, 2006.
- CARDILLI, R. “La ‘buona fede’ come principio di diritto dei contratti: diritto romano e América Latina”. *Roma e America*, 13, 2002.
- CHAMIE GANDUR, J. F. *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- CHINCHILLA IMBETT, C. y NEME VILLARREAL, M. L. “El cumplimiento del contrato de arrendamiento en tiempos de pandemia”. En: Fernández, M. L. y Gual Acosta, J. M. (editores), *Desafíos del derecho en época de pandemia*, Bogotá, Ibáñez, 2020.
- D'ANGELO, A. *Contratto e operazione económica*, Turín, Giappichelli, 1992.
- DÍEZ-PICAZO, L. “Prólogo” a F. Wieacker, *El principio general de buena fe*, José Luis Carro (trad.), Madrid, Civitas, 1982.
- ESBORRAZ, D. “La teoría general de las obligaciones como elemento de unidad y resistencia del subsistema jurídico latinoamericano”. *Revista de derecho Universidad de Concepción*, n.º 237, año LXXXIII, enero-junio, 2015.
- FOGLIA, M. *Il contratto autoregolato: merger clauses*, Turín, Giappichelli, 2015.
- FONTAINE, M. y DE LY, F. *Drafting International Contracts. And analysis of contract clauses*, Editora Brill /Nijhof, 2006.
- FRANCO ZARATE, J. A. “La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil: una aproximación desde la perspectiva de la jurisdicción civil en Colombia”. *Revista Derecho Privado*, n.º 23, 2012, pp. 233-265.
- FRANZONI, M. “La buena fe y la equidad como fuentes de integración del contrato”, en Leysser L. León (coord.), *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano*, Lima, Ara Editores, 2004.
- GALLO, F. “Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare”. *Roma e America*, 7, 1999.
- GROSSO, G. “Recensión a la obra de W. Kunkel *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*”. *SDHI*, 8, 1942.

- GROSSO, G. “Recensión a la obra de L. Lombardi *Dalla ‘fides’ alla bona ‘fides’*”. *BIDR*, 65, 1962.
- HINESTROSA, F. “De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato”. *Revue de Droit Uniforme*, vol. III, 2/3, Roma, Unidroit, 1998, p. 568.
- HINESTROSA, F. *Tratado de las obligaciones. I: Concepto estructura vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- HORVAT, M. “Osservazioni sulla ‘bona fides’ nel Diritto romano obbligatorio”. En: *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, 1, Nápoles, Jovene, 1953.
- LUCHETTI, G. y PETRUCCI, A. *Fondamenti Romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni i contratti dalle radici romane al MCR Common Frame of Reference*, Bologna, 2010.
- NANNA, C. M. *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, Cedam, 2010.
- NEME VILLARREAL, M. L. “Carácter sinalagmático perfecto de los contratos unilaterales: una lectura a partir de la función del contrato”. En: *Obligaciones, contratos, responsabilidad. Memoria del Grupo para la armonización del derecho privado latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- NEME VILLARREAL, M. L. “La tensión aparente entre las reglas *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*: la buena fe y la equidad constituyen parámetros de las exigencias de equilibrio y solidaridad en tiempos de crisis”. En: *Vulnerabilidad, Solidaridad y Pandemia. Algunas reflexiones del Derecho Civil. Ensayos de la Revista de Derecho Privado*, n.º 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.
- NEME VILLARREAL, M. L. “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 11, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- NEME VILLARREAL, M. L. “La buena fe como eje del proceso de integración e interpretación del contrato en el código de Bello: consonancia con la función social del contrato y con la tutela de los derechos fundamentales”. En: F. Navia Arroyo y C. Chinchilla Imbett (editores), *La vigencia del Código de Andrés Bello. Análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- NEME VILLARREAL, M. L. “*Pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*: tensiones entre los principios de buena fe y autonomía contractual”. En: Soriano Cienfuegos, C.

(coord.), *Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus. Desarrollos actuales y perspectivas históricas*, México, Universidad Panamericana y Novum, 2014.

NEME VILLARREAL, M. L. “*Venire contra factum proprium*, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe”. En *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de Rectoría 1963-2003*, t. III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

NEME VILLARREAL, M. L. *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso. La buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variandi*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

NEME VILLARREAL, M. L. “La armonización del derecho a través de las enseñanzas humanistas del derecho romano: la experiencia europea y latinoamericana (Gadal)”. En Antonio Saccoccio y Simona Cacace (coords.), *Europa e America Latina: due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*, Turín, Giappichelli, 2020.

NEME VILLARREAL, M. L. *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

PALACIOS MARTÍNEZ, E. “La problemática de la teoría del tipo y la problemática de la integración contractual”. En Leysser L. León (coord.), *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano*, Lima, Ara, 2004.

RESTIVO, C. *Contributo ad una teoria dell’abuso del derecho*, Milán, Giuffrè, 2007.

ROBLES BACCA, P. *El cumplimiento de las obligaciones en la tradición romanista y su reconsideración como categoría central del derecho civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

RODOTÀ, S. *Le fonti di integrazione del contratto*, Milán, Giuffrè, 1970.

RODRÍGUEZ OLMOS, J. M. “La arquitectura hermenéutica contractual en el Código Civil de Andrés Bello: vigencia y transformaciones”. En: F. Navia Arroyo y C. Chinchilla Imbett (editores), *La vigencia del Código de Andrés Bello. Análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

ROPPO, V. *Il contratto*, Milán, Giuffrè, 2001.

SCHIPANI, S. “Problemas sistemáticos en el derecho romano: la *obligatio*”. En: *Obligaciones, contratos y responsabilidad. Grupo para la armonización del derecho privado latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

SILVA GARCÍA, F. “Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral”. *Revista e-mercatoria*, n.º 6, 2, 2007.

TALAMANCA, M. *Istituzioni di diritto romano*, Milán, Giuffrè, 1990.

ZIMMERMANN, R. Y WHITTAKER, S. *Good faith in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

Carlos Alberto Chinchilla Imbett

Doctor en Derecho Civil de la Universidad de Génova. Profesor del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia.

Mauro Grondona

Doctor en Derecho Privado de la Universidad de Pisa. Profesor Ordinario de la Universidad de Génova, Italia.

La inejecución del contrato constituye aquel evento incierto que acaece luego de la celebración del contrato, evento que deberá ser combatido por las partes con el fin de proteger los intereses inmersos en la relación negocial. De hecho, el sistema jurídico predispone de un conjunto de tutelas, acciones o derechos dirigidos a garantizar la correlación entre el sacrificio de cada parte y el buen éxito de su expectativa y ofrece remedios que buscan la corrección en caso de malfuncionamiento del contrato, todo con el fin de permitir el restablecimiento del sinalagma y la tutela de los intereses de las partes.

El presente libro contiene un conjunto de reflexiones en torno al incumplimiento, cuya construcción se hace de forma armónica y sistemática, de manera que se explique y analice el sistema de nociones que circundan la problemática de la inejecución del contrato, así como los aspectos más relevantes de los remedios que disponen las partes para lograr su tutela frente al incumplimiento, basados en la doctrina civilista más relevante y el análisis crítico de la jurisprudencia que se ha ocupado de dichos temas.

La obra inicia con una introducción en la que se tratan los problemas y las perspectivas en materia remedial. Posteriormente los temas están organizados en cuatro partes. La primera desarrolla los aspectos relativos a la ejecución y la inejecución del contrato; la segunda, los remedios que tienen como finalidad la conservación del contrato; la tercera, los remedios que buscan la terminación del vínculo contractual; y, finalmente, algunos instrumentos que consiguen el restablecimiento del vínculo luego de aplicado el remedio y la protección de la parte afectada por el incumplimiento.

Este libro constituye un insumo importante para la doctrina civil, elaborado por profesores de las universidades de Génova, Pavia y Palermo y por profesores de la Universidad Externado de Colombia, lo cual no solo representa una manera de repensar el sistema remedial, sino una muestra del trabajo fraterno y conjunto de las doctrinas italiana y colombiana, ambas preocupadas por cumplir con la labor de elaborar soluciones razonables, equilibradas y pragmáticamente eficaces en materia contractual, de manera que se cumpla con la finalidad del derecho de ser una ciencia práctica que busca lo justo y lo bueno.

