



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

ISSN: 2346-2442

Universidad Externado de Colombia

Gambino, Francesco

Buena fe y onerosidad sobrevenida en tiempos de pandemia*

Revista de Derecho Privado, núm. 42, 2022, pp. 67-86

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n42.04>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417571103004>

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

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Buena fe y onerosidad sobrevenida en tiempos de pandemia*

» FRANCESCO GAMBINO**

RESUMEN. No cabe duda de que la buena fe desempeña un papel fundamental en el derecho de contratos moderno; sin embargo, su campo de acción y por ende el papel del juez parecen variar según la apertura del sistema de fuentes del ordenamiento en que se pretende aplicar. Así, el ejemplo de las soluciones que se ofrecen frente al fenómeno de la excesiva onerosidad sobrevenida, y en particular en tiempos de pandemia, muestra cómo ellas varían de un ordenamiento a otro según la posibilidad del juez de recurrir a la equidad para fundar su decisión.

PALABRAS CLAVE: buena fe, *pacta sunt servanda*, excesiva onerosidad sobrevenida, equidad, certeza del derecho, pandemia.

Good Faith and Supervening Onerousness in Times of Pandemics

ABSTRACT. There is no doubt that good faith plays a fundamental role in modern contract law, however, its field of action and therefore the role of the judge seem to vary according to the openness of the system of sources of the legal system in which it is intended to be applied. Thus, the example of the solutions offered to the phenomenon of supervening hardship, particularly in times of pandemic, shows how

* Trad. del italiano, Edgar Alberto Cortés Moncayo, docente investigador de la Universidad Externado de Colombia.

Fecha de recepción: 20 de agosto de 2021. Fecha de aceptación: 24 de septiembre de 2021. Para citar el artículo: GAMBINO, F., “Buena fe y onerosidad sobrevenida en tiempos de pandemia”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 42, enero-junio 2022, 67-86, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n42.04>

** Universidad de Macerata, Macerata, Italia; Profesor ordinario de Derecho Privado. Doctor en derecho, Universidad de Torino, Torino, Italia. Abogado del Foro de Roma. Contacto: francesco.gambino@unimc.it. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4873-5917>.

they vary from one legal system to another according to the judge's possibility of resorting to equity to underlie his decision.

KEYWORDS: good faith, *pacta sunt servanda*, supervening hardship, equity, legal certainty, pandemic

SUMARIO. I. Fenómenos de erosión de la juridicidad estatal. II. Sentido y alcances actuales de la cláusula general de buena fe y su índole litigiosa. III. *Fattispecie* y cuestiones jurídicas. VI. Una confrontación con el derecho colombiano. V. Renegociación y medidas de contención por la emergencia epidemiológica. VI. Autonomía privada y buena fe: la interacción entre dos fuerzas. VII. El problema de la «certeza» en la disputa entre espacios simbólicos. Referencias.

I. Fenómenos de erosión de la juridicidad estatal

Desde hace ya más de veinte años ha tomado fuerza en Italia una idea cada vez más presente en nuestra doctrina y en las aulas judiciales: la idea de un derecho «factual». El juez que decide la causa no es más, como antes, la boca de la ley, sino que, por el contrario, puede llegar a mostrarse reacio al texto de la norma, de tal suerte que, al conceder o no razón a la parte, no duda en fundar su decisión en principios constitucionales, en principios generales, en criterios extrajurídicos, en la nueva *lex mercatoria*, en el derecho de la Unión Europea e incluso en ordenamientos extranjeros. Así, principios y cláusulas generales operan como «cosas elásticas»¹ que al penetrar en las decisiones de los jueces socavan la primacía de la ley y hacen del derecho algo inconstante y cambiante. Es la consecuencia de una concepción del derecho que, bajo la marca de una erosión de la juridicidad estatal², vislumbra en el derecho un fenómeno en permanente movimiento que hace que las relaciones de equilibrio entre el legislador y el juez cambien y en donde las cláusulas generales se convierten en el lugar conceptual dentro del cual se hace el nuevo derecho y los principios generales penetran en las normas subvirtiendo su interpretación. En algunos ordenamientos, el diseño es aquel de adecuar el derecho a los hechos sociales, económicos, naturales y de adaptar las formas jurídicas a las particularidades y a los afanes del caso concreto.

Esta tendencia se ha visto acentuada con las medidas de contención y gestión de la emergencia epidemiológica por el covid-19 (que en Italia se tomaron a finales de febrero de 2020); así, en las relaciones entre deudores y acreedores se hizo de inmediato presente, de un lado, un significado más denso del concepto de *buena fe*, y de

1 Ver sobre el complejo y resbaladizo tema de los valores y de los criterios de la decisión judicial, IRTI, N., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2011, 68.

2 Es el destino de un derecho inmerso en una sociedad global que no tiene ya puntos de referencia: FISCHER LESCANO A., «Scontro tra regimi: la vana ricerca di unità nella frammentazione del diritto globale», en TEUBNER, G. y PRANDINI, R. (trad.), *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando Editore, 2005, 159.

otro, una exigencia en virtud de la cual el «respeto de las medidas» de contención del virus constituyen para el juez un criterio de valoración con miras a la exclusión de la responsabilidad del deudor por incumplimiento (inciso 6-bis del art. 3 del d.l. 6 del 23 de febrero de 2020).

La dimensión planetaria de la pandemia hace que el discurso tenga un respiro más amplio y más articulado, que no ha sido extraño a la experiencia de numerosos Estados que se han visto comprometidos con una situación con profundas consecuencias en los planos económico, político-jurídico, social y psicológico. No sabemos de qué manera se estabilizará el estado excepcional que ha generado la pandemia. Solo sabemos que la emergencia epidemiológica, al irrumpir de pronto en la escena de nuestra vida cotidiana, ha trastocado la percepción común que se tenía de la imprevisibilidad de ciertos eventos (para «normalizar», por ejemplo, el fenómeno de los focos de casos positivos de coronavirus, las zonas rojas, los aislamientos, las medidas urgentes de contención, etc.).

La condición humana actual, empobrecida en su capacidad predictiva, parece resonar en las palabras del Rey Bérenger, el soberano de la humanidad de Eugène Ionesco: «Ya no hay nada de normal desde cuando lo anormal se convirtió en norma».

En este nuevo contexto, normas, instituciones, conceptos jurídicos (por ej., la buena fe, la solidaridad, la teoría de la imprevisión³, el principio *pacta sunt servanda*, la cláusula *rebus sic stantibus*, la equidad), anclados fuertemente a la tradición y que son parte del patrimonio cultural en el mundo del derecho, sufren la prueba del tiempo y entran hoy, en ámbito doctrinal, jurisprudencial, legislativo, en un nuevo contexto operativo para llenarse de nuevos significados.

II. Sentido y alcances actuales de la cláusula general de buena fe y su índole litigiosa

Dentro de este cuadro que se ha descrito resulta útil reflexionar sobre el destino de la cláusula general de buena fe en el derecho italiano, con la revisión de algunas indicaciones de la jurisprudencia y de la doctrina. Como se verá más adelante, se trata de directrices sobre la relevancia de la cláusula general de buena fe en la ejecución del contrato (art. 1375 del *codice civile*) y de la regla de la corrección en la ejecución de la relación obligatoria (art. 1175 del *codice civile*). Disciplina análoga, como es sabido, está presente en el artículo 1603 del código civil colombiano, que dice: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenezcan a ella”⁴.

3 Deben leerse las páginas de HINESTROZA, F. “Teoría de la imprevisión”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 39, julio-diciembre 2020, 9-29.

4 Ver, en relación con el alcance del principio de buena fe en el derecho brasileño, el artículo 422 del código civil brasileño.

Será necesario preguntarse, en los párrafos que siguen, si estos datos normativos que se refieren a la dinámica de los comportamientos de las partes en la ejecución del contrato, tienen relación conceptual con el ejercicio de los poderes del juez en la resolución de la controversia. Se examinará en particular, al confrontar el derecho italiano y el derecho colombiano, el tema de la renegociación de los contratos que, por causas externas a las partes, se han vuelto excesivamente onerosos. Este es el problema que está en el centro del debate jurídico sobre los efectos de las medidas que se han tomado de diferente manera y con diferente intensidad, por todos los países involucrados, para la contención y gestión de la emergencia epidemiológica por el covid-19.

En síntesis, resulta útil recordar el sentido y el alcance de la cláusula general de buena fe a partir de las definiciones que ofrece la jurisprudencia italiana más reciente.

Se lee en una sentencia de un juez de primera instancia que el artículo 1375 del *codice civile*, según el cual “el contrato debe ser ejecutado según la buena fe”, se debe entender como referido al principio de buena fe objetiva que, presente en cada fase del contrato, desde su formación e interpretación hasta su ejecución, configura una cláusula general que encuentra su fundamento en el deber de solidaridad al que se refiere el artículo 2.^º de la Constitución y que opera como criterio de reciprocidad independientemente de la existencia de obligaciones contractuales específicas⁵ o de leyes en ese sentido⁶. En otros términos, el deber de buena fe tiene una naturaleza, por decir así «objetiva», y se debe entender no como la ignorancia de dañar un derecho ajeno, sino como un modo de comportarse con lealtad y corrección en la ejecución del contrato⁷; y, además, según esta posición, tiene una función solidaria, en desarrollo del artículo 2.^º de la Constitución⁸.

Actuar de buena fe en la ejecución de un acuerdo significa observar un deber general, al que están obligados todos los contratantes en cualquier contrato, de salvaguardar (si se quiere, proteger)⁹ los intereses del otro, dentro de los límites en que ello no comporte un sacrificio significativo del propio interés. La cláusula general de buena fe parte de la idea según la cual el acuerdo contractual no está en capacidad de expresarlo todo, pues es un programa que siempre tiene lagunas. El camino recorri-

5 Para una confrontación con el derecho colombiano, ver el artículo 1603 c. c. col.

6 Corte de Apelaciones di Roma, sez. II, 16 diciembre 2010, n.5300, aquí en máxima, en *De Jure*.

7 Desde los años 70, en las decisiones de la jurisprudencia se vuelve central “la atención a los comportamientos y al resultado conseguido” atención que una concepción del derecho entendido como estructura había borrado, VETTORI, G., *Contratto e rimedi*, 3.^a ed., Milano, Cedam, 2017, 797.

8 Corte de Casación italiana, 26 de septiembre de 2018, n.23069, que se puede consultar en su integridad en banca dati *De Jure*.

9 Se trata en esta perspectiva, como lo afirma NEME VILLARREAL, M., “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.^º 17, 2009, 49-50: de una «regla de conducta fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado».

do por algunos operadores jurídicos, para contratos económicamente significativos, ha sido aquel de aclarar y de especificar la gran multiplicidad de comportamientos debidos para señalar los significados de los términos usados en el contrato e indicar analíticamente el contenido de las cláusulas contractuales. Con todo, el camino más común es el de dejar al intérprete la tarea de llenar, por decirlo de alguna manera, algunos efectos del contrato aplicando la cláusula general de buena fe. De aquí su índole litigiosa. Durante la vigencia de una relación jurídica y en ausencia de una indicación en el contrato acerca de la relevancia de un comportamiento, se abren amplios espacios de discrecionalidad de las partes. Si los contratantes, a propósito de una conducta controvertida durante la ejecución de un contrato, llegan a un acuerdo, *nulla quaestio*. Si, por el contrario, surge el conflicto, decidirá el juez denunciando, por así decirlo, la existencia jurídica de ese comportamiento y, en línea de principio, condenando al responsable al resarcimiento del daño.

Según la Corte de Casación, figuras sintomáticas de la buena fe contractual son: la obligación de tolerar los incumplimientos o los retrasos de la contraparte cuando por su modesta naturaleza no son susceptibles de alterar el equilibrio del sinalagma; la obligación de abstenerse de ejecutar prestaciones pactadas cuando eso puede perjudicar la utilidad de la contraparte¹⁰. En aplicación de tales principios, se ha considerado contrario a la buena fe, por ejemplo, el comportamiento de un acreedor de una determinada suma de dinero, debida como consecuencia de una sola relación obligatoria, dirigido a fraccionar el crédito en diferentes y varias peticiones judiciales de cumplimiento¹¹. Por el contrario, es conforme a la buena fe la conducta del asegurador que no haya informado al asegurado de la inminente prescripción de sus derechos en cuanto que la interrupción de la prescripción es un acto de ordinaria diligencia del interesado (una carga, en el caso, del asegurado)¹².

III. Fattispecie y cuestiones jurídicas

Los interrogantes sobre los límites a la utilización de la cláusula general de buena fe, objeto de este escrito, pueden tomar forma partiendo de tres cuestiones jurídicas. Se trata de cuestiones que se reconstruyen aquí a partir de los precedentes judiciales y de orientaciones de la doctrina y a las que se dedicará espacio dentro de la confrontación entre ordenamientos jurídicos italiano y colombiano en materia de renegociación, a la luz de las medidas de contención y gestión de la emergencia epidemiológica por el covid-19.

10 Corte de Casación italiana, 26 de septiembre de 2018, n. 23069, cit.

11 Casación de 7 giugno 2019, n.15498, que se puede consultar en su integridad en banca dati *De Jure*: allí, bajo la línea del abuso del derecho pedido en juicio, se pone de presente la censura del comportamiento descrito también bajo la línea de la violación del justo proceso.

12 Corte de Casación italiana, 26 de septiembre de 2018, n. 23069, cit.

A. Buena fe y obligación pecuniaria

El primer caso se refiere a la obligación más común, como es la de pagar una suma de dinero.

¿Puede el acreedor de una suma de dinero a cuyo domicilio y en su ausencia fue consignado en tiempo un cheque de gerencia para el pago objeto de la obligación, alegar el incumplimiento del deudor y pedir incluso al juez el pago de los intereses por el retardo?

El texto de la norma (artículo 1277, 1.^º inciso del *codice civile*¹³) le da la razón al acreedor que basó su alegato en esa norma: “*las deudas pecuniarias se extinguen con moneda de curso legal en el Estado al tiempo del pago y por su valor nominal*”¹⁴ (énfasis propio). Nace, desde el ámbito de la interpretación, el problema de entender si la buena fe contractual, como especificación del principio constitucional de solidaridad social, es idónea para convertir la expresión “moneda de curso legal” (es decir, moneda contante) en una expresión más genérica (por ejemplo, “valor monetario”) que atribuya al deudor la facultad de pagar con medios de pago alternativos a la entrega de dinero contante. La Corte de Casación, secciones unidas, al hacer perno en una interpretación orientada constitucionalmente del artículo 1277 del *codice*, impone al acreedor, obligado a comportarse de buena fe, la necesidad, en determinadas circunstancias, de aceptar la modalidad de cumplimiento alternativa a la entrega de dinero contante¹⁵. Se trata de buscar una interpretación que, según la Corte de Casación, “supere el dato literal y, al identificar su sentido auténtico, lo adecue a la realidad cambiante”¹⁶.

Esta decisión, si bien sensible a los nuevos instrumentos de circulación del dinero, cada vez más sofisticados, pone en evidencia el problema de una nueva forma de razonamiento o, si se quiere, de una nueva técnica de argumentación jurídica. El término de la correspondencia en la selección de los criterios de la valoración jurídica, criterios dirigidos en últimas a dar razón o no a una de las partes, no es ya el del “significado literal de las palabras” usadas por el legislador al que queda vinculado el intérprete por el artículo 12 del *codice* sobre las *Disposizioni sulla legge in generale* (en el presente caso, el sentido unívoco de “moneda de curso legal”), sino los deberes inderogables de solidaridad social a que se refiere el artículo 2.^º constitucional, que sirven para reforzar, en el caso concreto, el peso argumentativo de la buena fe contractual.

13 La norma es aplicable a los montos inferiores al límite previsto por la disciplina sobre «trazabilidad» de los movimientos de dinero.

14 Comparar con el artículo 315 del código civil brasileño.

15 Ver en materia de pago sin dinero contante Casación, S.U., 18 diciembre de 2007, n. 26617, en *Corr. giur.*, 2008, 500 ss., con comentario de Di MAJO, A.

16 Corte de Casación italiana, S.U., 18 diciembre de 2007, n. 26617, cit.

B. Buena fe, derecho potestativo, validez de la fuente

El segundo caso se refiere a la disputa sobre el carácter abusivo del ejercicio de la facultad de terminación *ad nutum* previsto en un contrato de concesión de venta de vehículos¹⁷. ¿Puede el titular del derecho contenido en una cláusula considerada válida (en el caso la casa automovilística Renault), ejercitar la terminación (en el caso, con un preaviso) sin incurrir en la obligación de resarcir el daño sufrido por los concesionarios¹⁸ excluidos de la relación contractual?

También en este caso, según Corte de Casación, la buena fe, la corrección y los “inderogables deberes de solidaridad social” (artículo 2º de la Constitución) sirven de argumento para abrir el control judicial sobre los comportamientos de ejecución de las partes (en el caso, el carácter abusivo por parte del titular del derecho del ejercicio de la terminación *ad nutum*)¹⁹.

En ausencia de una norma sobre la figura del abuso del derecho²⁰, se reconoce el poder del juez para controlar y discutir, en sus fines y modalidades, aquella terminación que había sido convenida de manera libre y sin condiciones. Ni siquiera la fuerza de una cláusula válida que atribuía el derecho a la terminación *ad nutum* logra evitar el control judicial acerca de los modos y la finalidad de su ejercicio.

El punto merece ser aclarado.

El acto de terminación que sea conforme a una cláusula válidamente convenida está a salvo de la acción de buena fe²¹. Se trata de un principio de coherencia lógica. Si en la fuente negocial se alega un conjunto de conductas como productor de un cambio jurídico, en la forma de un derecho potestativo, ese mismo conjunto no puede de significar o que la cláusula no produzca efectos jurídicos, o que se trate de un hecho ilícito. La validez de la cláusula, en línea con la disciplina legislativa, no solo expresa y presupone un juicio de aprobación del ordenamiento jurídico, sino que implica una confianza del titular del derecho en la certeza de que el comportarse en el sentido que indica la cláusula no podrá ser censurado de ninguna manera. El cálculo jurídico se resuelve en presumir y en confiar que de las conductas señaladas en una

-
- 17 Corte de Casación italiana, 18 de septiembre de 2009, n. 20106, en *Giust. civ.*, 1, 2009, 2671.
- 18 Piénsese a la pérdida de las inversiones hechas por los concesionarios y a otros perjuicios económicos.
- 19 Véase a este propósito la sentencia de Casación de 18 de septiembre de 2009, cit.
- 20 El tema se refiere a la configurabilidad de una suerte de función social de los derechos subjetivos, limitados en su ejercicio, producto de una concepción de estado Social como la que se prospecta en el derecho colombiano por parte de un sector de la doctrina, ver, ZÁRATE FRANCO, J., “La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil: una aproximación desde la perspectiva de la jurisdicción civil en Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º23, 2012, 259-260.
- 21 Sobre el problema de la medida de las aplicaciones de la cláusula general de buena fe se hace reenvío a mi trabajo GAMBINO, F., “Il rapporto obbligatorio”, en SACCO, R. (Dir.), *Trattato di diritto civile, Le obbligazioni*, vol. 1, *Il rapporto obbligatorio*, Italia, Utet Guiridica, 2015, 207-239.

fuente válida, en sentido unívoco y analítico, se seguirán determinados efectos y no otros²².

C. Buena fe y renegociación

El tercer caso que se reconstruye luego de leer algunas páginas de la doctrina dedicadas al tema y algunas sentencias de primera instancia²³ se puede resolver en una pregunta.

En el curso de la ejecución de un contrato de duración y en presencia de eventos sobrevenidos que hayan hecho excesivamente onerosa la prestación de una de las partes, ¿puede ella suspender el cumplimiento del contrato a pesar del rechazo de la contraparte (en desconocimiento de la buena fe) de renegociar los términos económicos de este?

Con esta pregunta me refiero a la construcción de la obligación «legal» de renegociación (que se deriva *in se* de la referencia que hace el legislador a la buena fe, con independencia de la disciplina convencional) que ha madurado en la doctrina italiana desde los años noventa, en torno al sinsabor, advertido también por los operadores del mercado, que suscita el artículo 1476 del *codice civile*. Estas teorías²⁴ se han desarrollado en abierta polémica contra la solución adoptada en materia de imprevisión por el legislador, esto es, la solución de la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación. Se trata de teorías que han vuelto a estar en el centro del debate por los efectos económicos derivados de las medidas de gestión y contención de la emergencia epidemiológica por el covid-19, que se

-
- 22 En otras palabras las razones del ejercicio de la terminación de la casa automovilística no se pueden reprochar o, si se quiere, son impenetrables pues se encuentran resguardadas por la noción de derecho potestativo, por el concepto de validez y por el principio de *autonomia privata* en tal sentido, la Corte de Apelaciones de Roma, con la sentencia del 13 de enero 2005, n. 135, anulada luego por la Corte de Casación, ponía de presente que “si la autonomía ha reconocido la posibilidad de dar por terminado el contrato, no es necesario ningún control causal sobre el ejercicio de ese poder”.
- 23 Ver a este propósito Tribunale di Bari, ord. 14-6-2011, en *Contr.*, 2012, 571 ss., con comentario de PATTI F. P; Tribunale di Bari, ord. 31-7-2012, en *Nuova giur. comm.*, 2013, I, 117, con comentario de PATTI F. P. Vease sobre los dos juicios cautelares, MACARIO, F., “Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi”, *Giustizia Civile*, Guiffré Editore, 2014, 856-857.
- 24 Para el origen de este debate, véase MACARIO, F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, Jovene, 1996, 312-331; MACARIO, F., “Le sopravvenienze”, en ROPPO,V. (a cura di), *Rimedi, 2, Trattato del contratto*, vol. V, Milano, Guiffré Editore, 2006, 689 ss; SACCO, R. y DE NOVA, G., .., *Il contratto*, 3.^aed., t. II, Torino, Utet Guiridica, 2004, 722-725; Sobre las teorías de la obligación «legal» de renegociar, disidente BARCELLONA M., “Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze”, *Europa e diritto privato*, n.^o3, 2003, 476-491; GENTILI, A., “La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto”, *Contratto e impresa*, vol. 19, n.^o2, 2003, 701-723. Además GAMBINO, F., *Problemi del rinegoziare*, Milano, Guiffré Editore, 2004 y en la voz enciclopédica *Rinegoziazione (dir. civ.)*, en *Enc. Giur.*, Agg., xv, Roma, 2007.

hicieron necesarias frente al difusión, cada vez mayor, de la pandemia²⁵. Así como sucede en el derecho brasileño (artículo 478 del código civil), el derecho italiano, fiel al principio de la autonomía contractual, impone al juez, en ausencia de una oferta de reducción a equidad formulada por la parte que no se ha visto afectada por la sobreveniente y demandada en juicio, la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación (artículo 1467 del *codice civile*). Según el supuesto de hecho de la norma, no hay espacio para que el juez, a petición de la parte afectada, pueda «modificar» o «revisar» las condiciones económicas del contrato, para adeuarlo al cambio del estado de las cosas.

En este contexto, caracterizado por una disciplina general y exhaustiva, la doctrina recorre el camino de responsabilizar a las partes, obligándolas al diálogo en función de modificar la relación. Se llaman en causa entonces a los inagotables recursos de la buena fe, haciendo de la obligación de renegociar la premisa jurídica de la revisión judicial del contrato²⁶.

El discurso puede extenderse también al caso resuelto por un laudo arbitral según equidad, llamado a decidir una controversia en los términos arriba descritos.

- 25 Ver sobre el problema de la renegociación y sobre otras cuestiones suscitadas por la sobrevenida emergencia sanitaria, SIRENA, P., “L’impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell’epidemia di covid-19”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Vol. 36, 2020, 73-79; DOLMETTA, A. A., “«Rispetto delle misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell’obbligazione” [en línea], *Ilcaso.it*, 2020, disponible en: https://blog.ilcaso.it/news_892/11-04-20/%C2%ABRispetto_delle_misure_di_contenimento%C2%BB_della_pandemia_e_disciplina_dell%E2%80%99obbligazione [consultado el 7 de octubre de 2021]; BENEDETTI, A. M., “Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto” [en línea], *Giustiziacivile.com*, 2020, disponible en: <https://giustiziacivile.com/obbligazioni-e-contratti/approfondimenti/stato-di-emergenza-immunita-del-debitore-e-sospensione-del> [consultado el 7 de octubre de 2021]; BENEDETTI, A. M., “Il rapporto obbligatorio al tempo dell’isolamento: brevi note sul decreto “cura Italia”, *I contratti*, Ipsos, 2020, 213-216.; MAUGERI, M. R., “L’emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l’acquisto della prima casa” [en línea], *Giustiziacivile.com*, 2020, disponible en: <https://giustiziacivile.com/banca-finanza-assicurazioni/approfondimenti/lemergenza-covid-19-e-la-sospensione-dei-mutui-lacquisto> [consultado el 7 de octubre de 2021]; MACARIO, F., “Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di Coronavirus” [en línea], *Giustiziacivile.com*, 2020, disponible en: <https://giustiziacivile.com/obbligazioni-e-contratti/editoriali/un-diritto-dei-contratti-piu-solidale-epoca-di-coronavirus> [consultado el 7 de octubre de 2021]; MACARIO, F., “Sopravvenienze e rimedi al tempo del Coronavirus: interesse individuale e solidarietà”, *I contratti*, Ipsos, 2020, 129; MAFFEIS D., *Problemi dei contratti nell’emergenza epidemiologica da covid-19* [en línea], *Giustiziacivile.com*, 2020, disponible en: <https://giustiziacivile.com/banca-finanza-assicurazioni/editoriali/problemi-dei-contratti-nellemergenza-epidemiologica-da-covid> [consultado el 7 de octubre de 2021]; GUERRINI L., “Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia” [en línea], *Giustiziacivile.com*, 2020, disponible en: <https://giustiziacivile.com/obbligazioni-e-contratti/articoli/coronavirus-legislazione-emergenziale-e-contratto-una-fotografia> [consltado el 7 de octubre de 2021]; BENEDETTI A. y NATOLI R., “Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito”, *dirittobancario.it*, 2020, disponible en: <http://www.dirittobancario.it/editoriali/alberto-maria-benedetti-e-roberto-natoli/coronavirus-emergenza-sanitaria-e-diritto-dei-contratti-spunti-un-dibattito> [consultado el 7 de octubre de 2021].
- 26 Sobre el problema de aplicar al supuesto de hecho del artículo 2932 del *codice civile*, relativo a la ejecución específica de la obligación de celebrar un contrato, que atribuye al juez el poder de pronunciar una sentencia que produzca los efectos del contrato no celebrado, ver VETTORI, G., *Contratto e rimedi*, cit., 948-950.

En una decisión en equidad ¿cómo se entiende por los árbitros la equidad? ¿En la línea del código civil de Brasil que impone al juez, en ausencia de una oferta de reducción a equidad formulada de la parte demandada que no se ha visto afectada, proceder a la resolución del contrato, o, por el contrario, en la línea de otros derechos nacionales como por ejemplo el código civil peruano (artículo 1440) o el código de comercio colombiano (artículo 868) que, como sucede en el derecho alemán (§ 313 BGB) y en los principios de Unidroit, permiten al juez de «revisar» y «modificar» las condiciones económicas de la relación para adecuarlas al cambio del estado de cosas?

IV. Una confrontación con el derecho colombiano

Las preguntas apenas formuladas son comunes a una pluralidad de ordenamientos jurídicos. Me detengo aquí en el derecho colombiano para deducir el modo en el que se estructura la relación entre poderes del juez y autonomía privada en caso de excesiva onerosidad sobrevenida. Se debe partir de las normas y de los principios generales que constituyen los argumentos de partida (o si se quiere los puntos fijos) para el planteamiento y desarrollo coherente del discurso jurídico en un determinado ordenamiento.

En el sistema jurídico colombiano se encuentran principios como justicia, equidad, buena fe, igualdad, solidaridad que, destinados a dar consistencia y fundamento a un Estado social de derecho, se encuentran en las normas y las orientan en su interpretación²⁷. Entre los criterios de interpretación de la norma sobresale el papel preeminente que se le asigna a la equidad. En efecto, se lee en el artículo 230 de la Constitución Política de 1991 que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, son criterios auxiliares de interpretación de la actividad judicial”, mientras que el artículo 32 del código civil, que fija las reglas de interpretación de la ley, dice así: “En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”. Con referencia a nuestro tema descubrimos que el poder del juez de revisar y reajustar las condiciones económicas del contrato a causa de circunstancias extraordinarias sobrevenidas está bajo el signo de la equidad (artículo 868 código de comercio). En algunas indicaciones jurisprudenciales la equidad en el ejercicio del poder de revisión se concibe como un «regreso» a los costos originales de la relación²⁸, como volver a la proporcionalidad inicial de las prestaciones²⁹, como instrumento que mira

27 ZÁRATE FRANCO, J. “La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil”, cit., 256.

28 Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Sentencia del 16 de mayo de 2005.

29 En relación con la imposición de la jurisprudencia, ZÁRATE FRANCO, J. “La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil”, cit., 275.

a impedir enriquecimientos injustos de una parte en perjuicio de la otra³⁰. El remedio judicial de la revisión, así como ocurre con la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida en el derecho italiano (artículo 1467 *codice civile*), se considera *extrema ratio*³¹. El presupuesto de la «excesiva onerosidad», objeto de comprobación judicial se valora en términos tan rigurosos de tal suerte que mantener el cumplimiento constituya una «ruina» económica para el deudor³². A este propósito se pueden hacer algunas consideraciones. Mientras más riguroso es el concepto de «excesiva onerosidad», para los fines de la revisión del contrato, tanto más enérgica resulta la eficacia del vínculo contractual. Eficacia esta que, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, no se verá debilitada en el caso en que sobrevengan, durante la ejecución de la relación, eventos «ordinarios», previstos, previsibles y situaciones de onerosidad no excesiva. Se abre aquí el problema jurídico de la individualización de aquella área de riesgos económicos que se pueden reputar como «implícitos» en la celebración del contrato que, de una parte, son expresión de la fuerza obligatoria del contrato y, de otra, tienen la virtud de hacer responsables a las partes como consecuencia del ejercicio de su poder de autonomía. De riesgos económicos implícitos se trata en el derecho italiano³³ a propósito de la noción de álea normal del contrato (artículo 1467, inciso 2.º *codice civile*). Por ejemplo, se considera «normal» en sentido cuantitativo, el álea por efecto de circunstancias imprevisibles, de la variación del valor de los materiales o de la mano de obra que sean inferiores a la décima parte del precio que en total se haya convenido en un contrato de obra (cfr. artículo 1664, inciso 1º).

El concepto de álea normal del contrato se entrelaza con el tema de la autoresponsabilidad de las partes. Ellas tienen la carga de soportar los riesgos que se puedan predeterminar derivados de la escogencia del instrumento negocial, o de una valoración empírico-estadística acerca de los eventos que pueden previsiblemente verificarse durante el desarrollo de la ejecución de la relación, o de un juicio de conocibilidad³⁴ que se haya formado por las dos partes en el momento de la celebración del contrato³⁵.

30 Tribunal Superior de Bogotá. Sentencia del 19 de julio de 2004.

31 CHAMIE, J., “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º14, 2008, 136.

32 ZÁRATE FRANCO, J. “La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil”, cit., 267.

33 El álea normal del contrato, como se lee en la exposición de motivos del Ministro de Justicia al proyecto de reforma del código (n. 245) expresa «un límite de relevancia de la nueva situación de hecho» en cuanto que «cada una de las partes, al celebrar el contrato, se someten implícitamente al riesgo que ese mismo contrato comporta, a causa de su peculiaridad».

34 Este juicio, que se refiere al tema de la previsibilidad, desde mi punto de vista puede extenderse también a la parte no afectada e involucrar, bajo la línea de los deberes de información, el ámbito de la responsabilidad precontractual. Se hace reenvío, en línea con una concepción subjetiva de la probabilidad en GAMBINO, F., “Alea normale e probabilità dell’evento”, en LIPARI, N. (a cura di.), *Maestri italiani del diritto civile: Rosario Nicolò*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, 211 ss.

35 Ver en relación con el derecho colombiano, sobre el ejercicio del poder del juez de «revisar» el contrato, CHAMIE, J., “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes”, cit., 136.

En este contexto y en la confrontación con el derecho italiano, ¿cuál es el espacio para configurar en el derecho colombiano la obligación, derivada de la buena fe, de renegociar el contrato, en ausencia de una disciplina convencional?

De entrada, es necesario poner de relieve que el concepto de *buena fe*, como fundamento de la renegociación, es más significativo en un sistema en el que al juez le está permitido «revisar» las condiciones económicas del contrato. A la solicitud de revisión dirigida inútilmente a la parte reticente, puede proveer el juez³⁶. Es este un sistema en el que la revisión del juez, al determinar los elementos de la relación, se convierte en un instrumento de administración de los intereses de las partes³⁷. Se podría dar aquí una indicación de principio. En ausencia de presupuestos de aplicación de la disciplina (por ejemplo, circunstancias sobrevenidas ordinarias, previstas o previsibles, prestaciones no excesivamente onerosas, riesgos implícitos del contrato), la acción de la buena fe, útil para determinar la obligación de renegociar, encuentra freno y se disuelve por el principio *pacta sunt servanda*, que confiere fuerza programática al acto de autonomía privada. Por el contrario, en presencia de los presupuestos de operatividad de la disciplina, la obligación de las partes de renegociar, que deriva de la buena fe, puede concebirse como premisa y anticipación de aquel poder de revisión que ya la ley le atribuye al juez. En uno u otro caso, en ausencia o en espera del pronunciamiento del juez, la decisión de renegociar en función de un acuerdo se deja, necesariamente, a las valoraciones, a los juegos dialécticos de las partes en disenso. Esta es, se podría decir, una cara de la índole litigiosa de la buena fe.

En derecho italiano el camino de la obligación de buena fe de renegociar es, si se quiere, más imperativo³⁸ en cuanto la norma de referencia de la materia (artículo 1467 del *codice civile*), de una parte, prevé exclusivamente la resolución del contrato y, de otra, atribuye a la parte demandada en juicio con una acción de resolución la posibilidad de formular una oferta de reducción a equidad. Se trata, pues, para la parte demandada de un incuestionable juicio de conveniencia económica que incluye también el diagnóstico del riesgo de ser vencido en el juicio.

V. Renegociación y medidas de contención por la emergencia epidemiológica

Las medidas de contención y gestión de la emergencia epidemiológica por el covid-19 que se tomaron en Italia desde febrero de 2020 marcaron, desde el punto de

36 Para el juez queda en firme la valoración autónoma de la conducta de las partes en violación a la buena fe durante la renegociación, con la posibilidad de condenar al resarcimiento del daño.

37 Para el derecho italiano se señala el problema de la posibilidad de ejecución de las sentencias constitutivas; problema del todo ignorado por quienes propenden por la utilización de este instrumento en el caso en que las partes no alcance un acuerdo que modifique la relación precedente.

38 ROTOTÁ, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Guiffré Editore, 2004, 6: A propósito de un derecho a renegociar fundado sobre la buena fe, el punto connun cierto escepticismo de «exceso di confianza».

vista jurídico, los puntos iniciales de un programa narrativo más amplio. Como sucede en las grandes novelas realistas, la ley del crédito se transformó inmediatamente en la ley de la narrativa³⁹, acentuando aquella tensión problemática que separa la celebración de acuerdos contractuales de su ejecución espontánea.

Las preguntas, al interrogar sobre la sintaxis elemental del vínculo obligatorio, presionan tanto a deudor como a acreedor, uno y otro abrumados por la situación económica, jurídica, psicológica que se deriva de la crisis sanitaria. Es el caso, difundido en estos meses, de las relaciones contractuales que se han hecho excesivamente onerosas a causa de los eventos extraordinarios e imprevisibles. ¿Se puede retirar la palabra dada? ¿Se puede suspender el cumplimiento? ¿Se «puede» o se «debe» renegociar el contrato? Si los contratantes no llegan a un acuerdo, ¿puede el juez sustituirse a sus razones y remodelar el contrato para adecuarlo a los eventos sobrevenidos? Son los interrogantes que en tiempos de pandemia abrieron de nuevo el debate sobre la renegociación.

Como se dijo, la norma de referencia en el derecho italiano para situaciones de esta clase, es el artículo 1467 del *codice civile* que dice que a falta de un acuerdo entre las partes en un sentido que modifique o extinga la relación, atribuye a la parte gravada por la excesiva onerosidad sobrevenida el derecho de demandar la resolución del contrato. La alternativa es tajante: o la parte afectada provee a cumplir el contrato en condiciones más onerosas respecto a las que eran las prestaciones originales, o se dirige al juez para pedir la disolución del vínculo. En líneas generales falta el derecho a la adecuación del contrato de la relación en curso, por los hechos sobrevenidos (como por el contrario está previsto en la norma de emergencia, artículo 13 m-bis del Decreto Liquidez para los financiamientos previamente concedidos con la cobertura 100% del Fondo Central de Garantía).

Se trata de una escogencia del legislador que se remite al *codice civile* de 1942 que, al valorizar el principio ideológico de la libertad negocial, delimita el papel del juez en la administración de justicia civil y que hace del principio *pacta sunt servanda* y del respeto por la palabra dada, los puntos de la fuerza programática de los actos de autonomía contractual. El problema, que advierten hoy los acreedores y los deudores de moneda, de mercaderías, de servicios, etc., es la ausencia de un instrumento que permita al juez «intervenir» en el contrato para volver a calibrar las condiciones económicas.

Dentro de este marco, la iniciativa de la parte afectada dirigida a renegociar se debilita por dos razones: en primer lugar, porque la otra parte puede atrincherarse detrás del principio de *pacta sunt servanda* y rechazar la propuesta de renegociar; en segundo lugar, porque el juez, al carecer del poder para modificar el contrato, no

39 En este sentido y en el presente contexto dominado por un profundo sentido de incertidumbre y de nuevas dinámicas interpersonales, resultan actuales las páginas de Alexandre Péraud dedicadas a la metáfora del crédito como motor social de una economía liberal, PÉRAUD, A., *Le Crédit dans la poétique balzacienne*, Paris, Classiques Garnier, 2012, 359 ss.

puede responder a las expectativas de la parte afectada y sustituirse al contratante reacio que decline la invitación a renegociar el acuerdo. La parte perjudicada con la excesiva onerosidad, al interponer la demanda, puede solo esperar que el demandado por su propia iniciativa formule una oferta en sentido de modificar las condiciones que se han vuelto más onerosas (cfr. artículo 1467, inciso 3º *codice civil*)⁴⁰.

Es lo que sucedió a todos aquellos que en la segunda mitad de los años ochenta y al inicio de los noventa estipularon contratos de mutuo en ECU y que luego de la salida de Italia del sistema monetario europeo por la crisis de 1992 llevaron a juicio el tema de la resolución del contrato por excesiva onerosidad a fines de solicitar en el proceso la disponibilidad de los institutos de crédito para renegociar.

De aquí la idea de la doctrina, que maduró en esos años, de aprovechar los recursos que ofrece la cláusula general de buena fe, entendida bajo el signo de la solidaridad social como deber de considerar y proteger el interés de la contraparte y así construir para las situaciones de excesiva onerosidad, una obligación general de renegociar las relaciones contractuales que duran en el tiempo (como aquellas que son funcionales a la actividad de empresa y a la organización del mercado). Sin embargo, a falta de un acuerdo entre las partes, esta obligación no se traduce en un poder del juez de «revisar» las condiciones económicas del contrato, solución que por el contrario se prevé en el proyecto de ley de integración del *codice civile* que fuera presentado el 19 de marzo de 2019, y en donde se atribuye al juez (en línea con el derecho alemán, BGB, § 313) el poder de adecuar “las condiciones contractuales de manera que se restablezca la proporción entre las prestaciones originariamente convenidas entre las partes”⁴¹.

En este contexto, con soluciones tan pobres, se han ido delineando dos posiciones: la primera suscitada por la gravedad de la emergencia sanitaria que se inclina a configurar, frente al rechazo de renegociar, el derecho a suspender el cumplimiento⁴², con una perspectiva más amplia que mira a consentir la modificación de las cláusulas contractuales por parte del juez frente a eventos sobrevenidos e imprevisibles⁴³. La otra, más orientada hacia la tradición normativa del principio *pacta sunt servanda*⁴⁴, en donde se señala por parte la de doctrina autorizada, la necesidad de

40 v. *supra* IV.

41 Para una primera aproximación GAMBINO, F., “Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice”, *Jus civile*, 2019, 397.

42 Véase BENEDETTI A. y NATOLI R., “Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito” [en línea], cit.

43 Ver a propósito la discutible ordenanza cautelar del Tribunal de Roma, sez. vi, 27 agosto 2020, dada a conocer difusamente por la crónica periodística.

44 Ver GIAMPAOLINO, F., “Sanità e pacta sunt servanda” [en línea], *Il Sole 24 Ore*, 2020, disponible en: https://www.ilsole24ore.com/art/sanita-e-pacta-sunt-servanda-ad0zfoF?refresh_ce=1 [consultado el 7 de octubre de 2021].

una ley a propósito que instituya la «comisión técnica de arbitradores» que «recons-truyen el contenido de la relación»⁴⁵.

A falta y en espera de la intervención del legislador, hoy solo se puede prefigurar una aplicación más rigurosa de la cláusula general de buena fe, partiendo, desde mi punto de vista, de la parte afectada que debe ser llamada, en este tipo de situaciones, a formular en términos serios y motivados una oferta de modificación de las condiciones contractuales, teniendo presente el derecho de la contraparte al cumplimiento integral y de ser el caso poniendo en evidencia la incidencia económica, directa o refleja, del respeto de las medidas normativas de contención, que es ya un criterio de valoración para el juez con el fin de excluir la responsabilidad del deudor por incumplimiento (Decreto ley 6 del 23 de febrero de, inciso 6-bis., artículo 3).

VI. Autonomía privada y buena fe: la interacción entre dos fuerzas

Dentro de las situaciones descritas, la construcción de una obligación de renegociar derivada de la buena fe, independientemente de una disciplina convencional, se encuentra bajo el signo de aquella tensión a la vez pragmática y especulativa, que recorre el derecho de la contemporaneidad. Es necesario preguntarse, en una perspectiva más amplia, si atender y poner en marcha la acción de la buena fe pueda necesitar de una renovación, en particular, el ejercicio *in sé* del poder negocial en función de un acuerdo de modificación. Eficacia del contrato (artículo 1602 del código civil colombiano; artículo 1372 del *codice civile* italiano) y papel de la buena fe y de la corrección (artículo 1603 del código civil colombiano; artículos 1175 y 1375 del *codice civile* italiano) se pueden concebir como dos fuerzas que se contienden el campo por una visión diferente del derecho contractual. La primera, la fuerza obligatoria del contrato, hace firmes los vínculos en el tiempo y por ende estabiliza programas, cálculos, esperas de las partes; la otra, la fuerza de la buena fe, libera esos mismos vínculos para hacerlos modificables durante la ejecución de la relación.

En un ordenamiento como el colombiano en donde se la da al juez el poder de determinar los elementos de la relación jurídica (artículo 868 código de comercio colombiano), al administrar intereses y gestionar así la disciplina contractual de los riesgos económicos, la fuerza de la buena fe asume un peso particular⁴⁶. El artículo 868 del código de comercio promueve la conservación de los efectos del contrato y termina por influir sobre el concepto normativo de la buena fe, llenando el empeño de colaboración entre las partes de un significado más profundo. Aquí, los contratantes

45 Véase SALDUTTI. N., “Irti: il diritto in questa emergenza, il diritto, gli effetti sui contratti” [en línea], *Corriere della Sera*, 2020, disponible en: https://www.corriere.it/economia/aziende/20_maggio_29/irti-diritto-questa-emergenza-diritto-effetti-contratti-a06acb4c-a16d-11ea-972c-41555f8ee621.shtml [consultado el 7 de octubre de 2021].

46 Ver dentro de este contexto sobre las cargas que gravan la autonomía privada, HINESTROZA, F., “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º26, 2014, 35-36.

tes, al modificar su acuerdo, vuelven sobre sus intereses y anticipan y neutralizan el posible juicio de un tercero.

En un ordenamiento como el italiano, más fiel al principio *pacta sunt servanda*, basado sobre una única alternativa que se ofrece a la parte afectada, *cumplimiento más oneroso-demanda de resolución del contrato*, la fuerza de la buena fe, útil para fundar la obligación de renegociar, encuentra la resistencia del poder de autonomía, destinado a no sufrir erosiones o a ceder durante la ejecución del contrato⁴⁷, ni tampoco cuando el juicio de resolución ha comenzado y las partes han trabado la litis⁴⁸.

VII. El problema de la «certeza» en la disputa entre espacios simbólicos

A la luz de estas posiciones, que expresan relaciones de equilibrio y de conflicto entre el poder legislativo y el poder judicial, se pueden delinear algunas conclusiones. Alguna vez el espacio, que podríamos llamar «intermedio», entre la filosofía del derecho y los saberes especiales, lo ocupaba la teoría general del derecho, que firme a la hora de determinar conceptos generales (relación, derecho, obligación, etc.), advertía a los estudiosos acerca de los límites de su saber y absolvía una función de control sobre los derechos particulares (derecho privado, derecho público, etc.).

Hoy ese espacio está ocupado, las más de las veces, no por especulaciones dirigidas al conocimiento del fenómeno «jurídico», sino por un conocer basado en desentrañar lo que se quiso con el acto, justamente, de voluntad. El campo se ve dominado por las técnicas de argumentación para justificar una solución fundada. Así, siempre será posible discutir acerca de la prevalencia argumentativa, o bien de una ley o bien de un principio constitucional, o bien de una categoría tradicional, o bien, en fin, de la especificidad del caso que se debe decidir. Se trata de vaivenes detrás de los cuales se pueden esconder posiciones culturales individuales, principios ideológicos, concepciones complejas del derecho. El problema de fondo es el de establecer el *lugar de la certeza* en el que se pueda encontrar la posibilidad de cálculo jurídico de nuestros comportamientos, es decir, establecer las reglas del juego para que el individuo sepa lo que debe hacer.

Este espacio simbólico, como se reveló a propósito de las cuestiones que se expusieron atrás, hoy es disputado, ya por las palabras usadas en sentido unívoco por el

47 Las partes, en presencia de los presupuestos de aplicación de la norma, son libres de renegociar manteniéndose en el límite señalado por la disciplina de la responsabilidad precontractual (artículos 1337 y 1338 c.c.i.t. y de la disciplina del daño resarcible en materia precontractual). El valor iterativo que ha asumido el término «renegociación» del prefijo *re-* expresa el movimiento a una fase anterior: las partes vuelven sobre el contenido del contrato, dando inicio a una nueva negociación y formando un nuevo acuerdo.

48 La parte non gravada, como se ha puesto de presente, es libre de formular o no una oferta de reducción en equidad (artículo 1467, 3º c. c. it.). Es necesario agregar que la esencia de la obligación legal de renegociar no significa que las partes, en razón de la única posibilidad de la resolución del contrato y de las circunstancias del caso, no se encuentren, de hecho, constreñidas a encontrar un acuerdo modificatorio.

legislador, ya por la fuerza programática de las palabras con las que los particulares se comprometen y expresan su autonomía respecto del ordenamiento y del precedente judicial⁴⁹, cada vez más sensible, como se vio, a los hechos históricos, al supuesto de hecho en concreto, a los comportamientos de ejecución.

Sobre un punto, sin embargo, resulta indispensable estar de acuerdo: la conciencia de que la escogencia de una u otra estructura constante, repetitiva, uniforme, no es una decisión inocente, sino una decisión que compromete elementos de estructura del sistema jurídico. Esta es una decisión que, hecha en las páginas de una monografía, de un concepto, de una sentencia, no es nunca extraña al sentido de estabilidad de las instituciones y de confianza de los coasociados que encuentran, en un espacio simbólico saldo, claro, previsible, el fundamento de sus hábitos para llevar adelante sus relaciones de cooperación (*rec. contratos*) en sentido moderno.

Referencias

Doctrina

BARCELLONA M., “Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze”, *Europa e diritto privato*, n.º3, 2003.

BENEDETTI A. y NATOLI R., “Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito”, *dirittobancario.it*, 2020, disponible en: <http://www.dirittobancario.it/editoriali/alberto-maria-benedetti-e-roberto-natoli/coronavirus-emergenza-sanitaria-e-diritto-dei-contratti-spunti-un-dibattito> [consultado el 7 de octubre de 2021].

BENEDETTI, A. M., “Il rapporto obbligatorio al tempo dell’isolamento: brevi note sul decreto “cura Italia”, *I contratti*, Ipsoa, 2020.

BENEDETTI, A. M., “Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto” [en línea], *Giustiziacivile.com*, 2020, disponible en: <https://giustiziacivile.com/obbligazioni-e-> [consultado el 7 de octubre de 2021].

CHAMIE, J., “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º14, 2008.

49 Ya en los años 90 Luigi Mengoni intuían para el derecho italiano la urgencia de una doctrina del precedente judicial que fuera compatible con los ordenamientos del *civil law*: MENGONI, L., “I principi generali del diritto e la scienza giuridica”, en *Atti dei convegni Lincei- I principi generali del diritto*, Roma, 1992, 317 ss.; MENGONI, L., CASTRONOVO, C., ALBANESE, A., y NICOLUSSI, A. (a cura di), *Método e teoría giurídica*, Scritti II, Milano, Guiffré Editore 2011, 253.

- DOLMETTA, A. A., “Rispetto delle misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell’obbligazione” [en línea], *Ilcaso.it*, 2020, disponible en: https://blog.ilcaso.it/news_892/11-04-20/%C2%ABRispetto_delle_misure_di_contenimento%C2%BB_della_pandemia_e_disciplina_dell%E2%80%99obbligazione [consultado el 7 de octubre de 2021].
- FISCHER LESCANO A., “Scontro tra regimi: la vana ricerca di unità nella frammentazione del diritto globale”, en Teubner, G. y Prandini, R. (trad.), *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando Editore, 2005.
- GAMBINO, F., “Alea normale e probabilità dell’evento”, en LIPARI, N. (a cura di.), *Maestri italiani del diritto civile: Rosario Nicolò*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.
- GAMBINO, F., ”Il rapporto obbligatorio”, en SACCO, R. (Dir.), *Trattato di diritto civile, Le obbligazioni*, vol. I, *Il rapporto obbligatorio*, Italia, Utet Guiridica, 2015.
- GAMBINO, F., “Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice”, *Jus civile*, 2019.
- GAMBINO, F., *Problemi del rinegoziare*, Milano, Guiffré Editore, 2004.
- GENTILI, A., “La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto”, *Contratto e impresa*, vol. 19, n.º2, 2003.
- GIAMPAOLINO, F., ”Sanità e pacta sunt servanda” [en línea], *Il Sole 24 Ore*, 2020, disponible en: https://www.ilsole24ore.com/art/sanita-e-pacta-sunt-servanda-AD0ZFoF?refresh_ce=1 [consultado el 7 de octubre de 2021].
- GUERRINI L., “Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia” [en línea], *Giustiziacivile.com*, 2020, disponible en: <https://giustiziacivile.com/obbligazioni-e-contratti/articoli/coronavirus-legislazione-emergenziale-e-contratto-una-fotografia> [consultado el 7 de octubre de 2021].
- HINESTROSA, F. “Teoría de la imprevisión”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 39, julio-diciembre 2020.
- HINESTROSA, F., “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º26, 2014.
- IRTI, N., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2011.

MENGONI, L., “I principi generali del diritto e la scienza giuridica”, en *Atti dei convegni Lincei- I principi generali del diritto*, Roma, 1992.

MENGONI, L., CASTRONOVO, C., ALBANESE, A., y NICOLUSSI, A. (a cura di.), *Metodo e teoria giuridica*, Scritti II, Milano, Guiffré Editore, 2011.

MACARIO, F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, Jovene, 1996.

MACARIO, F., “Le sopravvenienze”, en ROPPO,V (a cura di), *Rimedi*, 2, *Trattato del contratto*, vol. V, Milano, Guiffré Editore, 2006.

MACARIO, F., “Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di Coronavirus” [en línea], *Giustiziacivile.com*, 2020, disponible en: <https://giustiziacivile.com/obligazioni-e-contratti/editoriali/un-diritto-dei-contratti-piu-solidale-epoca-di-coronavirus> [consultado el 7 de octubre de 2021].

MACARIO, F., “Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi”, *Giustizia Civile*, Guiffré Editore, 2014.

MACARIO, F., “Sopravvenienze e rimedi al tempo del Coronavirus: interesse individuale e solidarietà”, *I contratti*, Ipsoa, 2020.

MAFFEIS D., *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da covid-19* [en línea], *Giustiziacivile.com*, 2020, disponible en: <https://giustiziacivile.com/banca-finanza-assicurazioni/editoriali/problemi-dei-contratti-nellemergenza-epidemiologica-da-covid> [consultado el 7 de octubre de 2021].

MAUGERI, M. R., “L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa” [en línea], *Giustiziacivile.com*, 2020, disponible en: <https://giustiziacivile.com/banca-finanza-assicurazioni/approfondimenti/lemergenza-covid-19-e-la-sospensione-dei-mutui-lacquisto> [consultado el 7 de octubre de 2021].

NEME VILLARREAL, M., “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º17, 2009.

PÉRAUD, A., *Le Crédit dans la poétique balzacienne*, Paris, Classiques Garnier, 2012.

RODOTÁ, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Guiffré Editore, 2004

SACCO, R. y DE NOVA, G., *Il contratto*, 3.^aed., t. II, Torino, Utet Guiridica, 2004.

SALDUTTI, N., “Irti: il diritto in questa emergenza, il diritto, gli effetti sui contratti” [en línea], *Corriere della Sera*, 2020, disponible en: https://www.corriere.it/economia/aziende/20_maggio_29/irti-diritto-questa-emergenza-diritto-effetti-contratti-a06acb4c-a16d-11ea-972c-41555f8ee621.shtml [consultado el 7 de octubre de 2021].

SIRENA, P., “L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di covid-19”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Vol. 36, 2020.

VETTORI, G., *Contratto e rimedi*, 3.^a ed., Milano, Cedam, 2017,

ZÁRATE FRANCO, J., ”La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil: una aproximación desde la perspectiva de la jurisdicción civil en Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.^o 23, 2012.

Jurisprudencia

Corte de Casación italiana, S.U., 18 de diciembre de 2007, n. 26617.

Corte de Casación italiana, 26 de septiembre de 2018, n. 23069.

Corte de Casación italiana, 18 de septiembre de 2009, n. 20106.

Corte de Casación italiana, 7 de junio de 2019, n.15498.

Corte de Apelaciones di Roma, sez. II, 16 de diciembre 2010, n.5300.

Tribunale de Bari, ord. 14-6-2011.

Tribunale di Bari, ord. 31-7-2012.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, sentencia de 16 de mayo de 2005.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, sentencia de 19 de julio de 2004.