

DE LOS EFECTOS DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD EN EL SISTEMA CONTRACTUAL PANAMEÑO: ALCANCES Y LÍMITES.

Por: Lic. Carlos M. Franco G.^{1*}
carlos.franco@procuraduria.gob.pa

SUMMARY

In this article, the author analyzes the different effects of the hardships in the Panamanian contractual system, as a consequence of that our legislator followed different doctrines as to regulate or frame those contractual features in the Civil Code and within the public contractor's sphere.

With regard to the civil contracting, our legislator followed the Italian doctrine called "excessive onerosity" or hardships, following then a restrictive view (prevailing mostly the will of the parties at the contract formation); on the other hand, for the regulation of the principle of the contract's economic equilibrium in the public contracting regime regulation is based in the French doctrine called "unforeseen events theory", which focuses on the wide idea of preserving the contract (prevailing the principle of the contract conservation), which is accordance with the principle of public interest that govern the whole public contracting affairs.

RESUMEN

En este artículo el autor analiza los diferentes efectos que acarrea la excesiva onerosidad en el sistema contractual panameño dado que, para su regulación, tanto en el Código Civil como en la esfera de la contratación pública, opta el legislador por seguir doctrinas distintas.

Con respecto a la contratación civil, nuestro legislador sigue la doctrina italiana conocida como "Excesiva Onerosidad", de enfoque restringido (prevalece la voluntad de las partes en la contratación); en cambio, para la regulación del principio del equilibrio económico del contrato en la contratación pública, se basa este en la doctrina francesa llamada "Teoría de la Imprevisión", de enfoque amplio (prevalece el principio de conservación del contrato), el cual es acorde con el principio del interés público que rige en materia de contratación pública.

Key words: *excessive onerosity, termination of contract, modification of contract.*

Palabras claves: *excesiva onerosidad, terminación del contrato, modificación del contrato.*

Introducción.....	2
Excesiva Onerosidad Causada por Hechos Imprevisibles.....	3

Carlos M. Franco ha ocupado los cargos de Asistente y Asistente Coordinador de Magistrado de la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá; Fiscal Coordinador de la Fiscalía de Circuito de Litigación Especializada en Asuntos Civiles y de Familia, y Fiscal de Circuito de la Sección Especializada en Asuntos Civiles, Agrarios y de Familia. Como Fiscal le ha correspondido participar en defensa de los intereses de El Estado panameño en múltiples procesos de arbitraje, en su mayoría basados en reclamaciones de reequilibrio económico en contratos de obras públicas.

Consecuencias de la Excesiva Onerosidad en el Derecho Comparado.....	5
Efectos Legales de la Excesiva Onerosidad Bajo el Sistema Contractual	
Panameño.....	13
Conclusiones.....	20
Bibliografía.....	19

INTRODUCCIÓN

Modernamente se asiste, tanto en países de tradición anglosajona (*common law*) como romanista (*civil law*), a una progresiva positivización de la doctrina de la cláusula *rebus sic statibus*, con base en el desarrollo que recibe en Francia, de la teoría de la imprevisión; en Italia, de la doctrina de la excesiva onerosidad y en Alemania de la teoría de la base del negocio.

Se trata de un giro determinado por una necesidad de adecuar el sistema contractual a las realidades contemporáneas, caracterizadas por inestabilidades económicas y sociales, que suelen alterar las condiciones económicas pactadas, lo que ocasiona conflictos jurídicos a los que la aplicación rígida del principio *pacta sun servanda* no ofrece soluciones razonables ni justas (*summum ius summa iniuria*).

Por lo que a la regulación de la doctrina se refiere, si bien se aprecia en el derecho comparado cierta similitud con respecto a los presupuestos que deben concurrir para su aplicación, no acontece igual, en cambio, con sus efectos legales.

Un análisis comparado de las distintas legislaciones civiles nacionales y textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos (*soft law instruments*), que consagran la excesiva onerosidad, pone de manifiesto la falta de uniformidad en cuanto a los remedios o consecuencias legales de la excesiva onerosidad. Si bien, sus principales efectos son la resolución contractual y la modificación del contrato (por las propias partes o un tercero), también existen otras soluciones complejas, las que implican el cumplimiento escalonado o alternativo de tales efectos, que pueden exigir o no la intervención judicial.

En el sistema contractual panameño, la excesiva onerosidad o principio de equilibrio económico contractual se consagra tanto en la esfera de la contratación privada como de la contratación pública, en las que opta el legislador por regular sus consecuencias jurídicas de manera diferente, pese a tratarse de un mismo fenómeno jurídico, lo que puede atribuirse a que para su regulación en cada caso sigue el legislador doctrinas diferentes.

Así, pues, mientras que para su regulación en materia contractual civil se siguió la doctrina italiana de la excesiva onerosidad, la cual tiene un enfoque restringido, dado que prevalece el respeto a la voluntad de las partes; en cambio, para la contratación pública se decanta el legislador por la teoría francesa de la imprevisión, de enfoque amplio, en la que prima el principio de conservación del contrato.

En el presente ensayo se analizan de manera comparada las soluciones que se ofrecen en los regímenes civil y administrativo panameño al problema que plantea la alteración grave de las condiciones pactadas por hechos no previsibles al momento de contratar, sus alcances y límites, así como los aspectos procesales relacionados con el ejercicio de las acciones legales correspondientes.

I. EXCESIVA ONEROSIDAD CAUSADA POR HECHOS IMPREVISIBLES

La obligatoriedad del contrato (principio *pacta sun servanda*), justificada bajo la teoría clásica del contrato, en la libertad de las partes para establecer los pactos y condiciones que estimen convenientes, siempre que respeten la Ley, la moral y el orden público (principio de la autonomía de la libertad), tiende modernamente a la flexibilización para adaptarla a las realidades contemporáneas, caracterizadas por inestabilidades económicas y sociales, que suelen afectar las condiciones pactadas². Exigir el cumplimiento riguroso del contrato cuando se han producido un desequilibrio financiero contractual grave, causado por hechos imprevisibles, no resulta razonable y puede conducir a decisiones injustas (*summum ius summa iniuria*).

Este giro, operado inicialmente en Europa, extendiéndose luego a nuestra región latinoamericana, se fundamenta en los conceptos de la doctrina clásica de la cláusula *rebus sic stantibus*, y de los aportes contemporáneos que recibe de la teoría francesa de la imprevisión, así como de la doctrina italiana de la excesiva onerosidad y la teoría alemana de la base del negocio, las que han contribuido a dotar a la modificación del contrato de fundamento técnico, el cual ubican en los principios de buena fe en el cumplimiento de los contratos y de conmutatividad en el comercio de los bienes y servicios, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia comparada.

Sobre la regulación de la excesiva onerosidad causada por imprevisión contractual³, lo primero que corresponde destacar es su carácter excepcional, reconocido tanto en el Derecho comparado como en Instrumentos Internacionales de *soft law* sobre Derecho contractual (entre estos, Los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales, Los Principios de Derecho Europeo de Contratos y Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos)⁴. El principio de obligatoriedad del contrato constituye la regla general, reservándose la aplicación de la excesiva onerosidad a los contratos de ejecución continuada o diferida, cuando concurren circunstancias muy concretas que alteran las condiciones pactadas, lo que deberá acreditar la parte que alega el desequilibrio económico contractual, como se verá.

² “While in the past the events to be considered in this context were mainly “acts of god” (fire, flood, earthquake, etc.), in recent years the growing complexity of trade in a globalized world has substantially increased the number of situation where a party can invoke force majeure and hardship, and consequently put into discussion the basic principle of *pacta sun servanda*”. (BARTOLOTTI, Fabio and UFOT, Dorothy. *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts*. International Chamber of Commerce, 2018, pág. 8)

³ Excesiva onerosidad, imprevisión contractual, equilibrio económico del contrato, *hardship* son las diversas expresiones con las que comúnmente se conoce en la doctrina moderna al fenómeno jurídico causado por las alteraciones de las condiciones pactadas que sobrevienen a la celebración de los contratos causando grave desequilibrio económico contractual.

⁴ A estos instrumentos de Derecho internacional de contratos, aparecidos en las tres últimas décadas se les denomina *law soft*, ya que carecen de obligatoriedad, y no resultan, por consiguiente, exigibles en la contratación. Ello no obsta, empero, para que las partes, con base en el principio de libertad contractual, puedan pactar su aplicación.

1. *Carácter Excepcional de la Acción*

Como viene indicado, la excesiva onerosidad causada por imprevisión contractual no constituye una excepción al principio *pacta sun servanda* que pueda alegarse en todo tipo de contratos, sino que su aplicación queda circunscrita en el Derecho comparado y el panameño a los contratos de ejecución continuada o diferida⁵, dado que generalmente es en este tipo de contratos, y no en los de ejecución instantánea⁶, que la alteración contractual que se exige para que se configure la imprevisión contractual, llega a ser gravosa o excesiva.

Vale acotar que, de acuerdo con la doctrina civilista el contrato es de ejecución diferida o continuada, cuando “su ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes”⁷.

En nuestro ordenamiento contractual, solo la Ley 22 de 2006 sobre Contratación Pública se ocupa de precisar lo que debe entenderse por contrato de ejecución continuada, diferida o de duración prolongada. Al respecto, indica que revisten tal carácter los negocios jurídicos cuya ejecución exceda más de un periodo fiscal⁸.

En cuanto a la legislación contractual civil panameña, se desprende de su artículo 1161a, que constituye presupuesto *sine quanon* para que prospere la terminación del contrato, que la excesiva onerosidad se produzca en contratos de ejecución continuada. Por consiguiente, se trata de un requisito legal cuya sola inobservancia basta para que los tribunales desestimen la respectiva acción legal.

2. *Presupuestos Fácticos de la Acción*

Además de acreditar que el contrato afectado con excesiva onerosidad es de ejecución continuada, diferida o prolongada, quien reclama en juicio el reequilibrio económico contractual debe probar (i) que se trata de una alteración causada por la modificación de las circunstancias bajo las que se contrató, ocasionada por eventos extraordinarios; (ii) no atribuibles a la parte afectada o en desventaja; (iii) que tales hechos no pudieron preverse al momento de la celebración del contrato y (iv) que no constituye un riesgo asumido por la parte que ha sufrido el desequilibrio económico contractual.

Tales requisitos son los que comúnmente se recogen en instrumentos internacionales de *soft law*, como en los Derecho de Contrato nacionales o domésticos que consagran la excesiva onerosidad o imprevisión contractual.

Entre los instrumentos de *soft law* que incorporan la figura que nos ocupa, están los Principios *Unidroit* (2020) sobre los Contratos Comerciales Internacionales, en cuyo artículo 6.2.2 se establece que “hay «excesiva onerosidad» (*hardship*)

⁵ Dicha excepción se encuentra recogida en los códigos civiles de Argentina (artículo 1091), Colombia (artículo 868), Paraguay (artículo 672) y Perú (artículo 1440), en los que de manera específica se consagra la reclamación con base en la excesiva onerosidad, producida en los contratos de ejecución diferida o permanente.

⁶ Precisamente, en los contratos de ejecución instantánea, por no tener continuidad en el tiempo o por agotarse su ejecución en un solo acto que cumple su finalidad, la afectación al equilibrio de las prestaciones causada por hechos imprevisibles no se entiende relevante o gravosa, razón por la que se estima que debe asumirse como parte del riesgo normal del contrato.

⁷ MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, pág. 429-430.

⁸ Artículo 94 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 153 de 2020.

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

En nuestra región, legislaciones como el Código Civil y Comercial de Argentina, el cual consagra la imprevisión contractual en su artículo 1091, para que prospere dicha reclamación exige que se demuestre, que durante la ejecución del contrato (i) la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, (ii) causada por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, y que (iii) la alteración sobrevenida obedece a causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la parte afectada.

Por su lado, se sigue del artículo 868 del Código de Comercio colombiano, que para que se entienda configurado el desequilibrio financiero contractual, es menester que tenga su origen en (i) circunstancias, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, surgidas con posterioridad a la celebración del contrato y (ii) que alteren o agraven la prestación del futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa.

Bajo el Derecho contractual civil panameño se exige, con arreglo artículo 1161a, para el reconocimiento de la excesiva onerosidad que concurren los presupuestos consistentes en la (i) existencia de una excesiva onerosidad en la prestación de una de las partes, (ii) causada por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles y (iii) que no entre esta en el alea normal del contrato.

Ahora bien, sobre la forma o manera de cumplirse los presupuestos fácticos de la excesiva onerosidad, por tratarse de un análisis que excede el propósito del presente ensayo, se remite al lector interesado a la jurisprudencia y doctrina comparada, las que se han encargado de desarrollarlos, contrario a lo que acontece, debe indicarse, con la jurisprudencia civil emanada de la Corte Suprema de Justicia de Panamá⁹, en la que se encuentran escasos pronunciamientos sobre la materia.

II. CONSECUENCIAS DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

En el Derecho y doctrina comparada los principales efectos o consecuencias que se le atribuyen a la excesiva onerosidad son la liberación del cumplimiento de la prestación y la modificación del contrato (a cargo de las propias partes o por un tercero, sea juez o árbitro). De estos se derivan, a su vez, otras soluciones que pueden implicar o no: (i) el cumplimiento o agotamiento escalonado de tales efectos, (ii) con intervención o no de los tribunales, (iii) la suspensión o no de la ejecución del contrato y (iii) el derecho a reclamar o no el resarcimiento de perjuicios, en el supuesto de terminación del contrato.

⁹ En sede arbitral, por el contrario, resulta común la presentación de procesos de restablecimiento del equilibrio económico contractual. Como Fiscal de Asuntos Civiles desde el año 2016 me ha correspondido asistir, en representación de El Estado panameño, a diversos procesos de arbitrajes, la mayoría de las cuales han tenido como pretensión el reconocimiento de sobrecostes causados por imprevisión contractual.

Como se advierte, pues, no hay en el Derecho comparado una regulación uniforme de los efectos de la excesiva onerosidad sino que, más bien, existe una diversidad de regímenes, unos más amplios que otros, por lo que, como apunta Marcel Fonintaine, “...*Each legal system had taken position in favor either of the narrow approach of excessively onerous performance or of the broader notion of disappearance of the foundations of the contract (sometimes, both, as in Italy)*.”¹⁰ Ahora que, esa decantación por una u otra forma de regulación de los efectos legales, como también ha sido puesto de manifiesto por la doctrina comparada, específicamente la española, va a depender del juicio de ponderación que haga el legislador nacional entre los principios de conservación del contrato (buena fe y justicia contractual) y el de obligatoriedad del negocio jurídico (seguridad del tráfico jurídico):

“¿Cuál debe ser el influjo que una alteración sobrevenida de las circunstancias ha de ejercer sobre la vida del contrato? Es este un problema del cual las legislaciones y los códigos civiles, promulgados todos ellos en el siglo XIX, época de gran estabilidad económica y social, no llegaron a ocuparse, contentándose con sentar el principio de obligatoriedad del contrato, el cual, rigurosamente entendido, puede llevar a consecuencias gravemente injustas. Para remediar estas injusticias voces muy autorizadas claman por la concesión de un amplio poder judicial para la revisión del contrato, lo cual, a su vez, sumiría el tráfico jurídico en la más absoluta inseguridad. El problema que nos ocupa es, pues, el de la lucha entre las injusticias a que puede conducir la norma rígida de la obligatoriedad del contrato y la inseguridad de un poder revisorio del mismo”¹¹.

1. Principales efectos de la excesiva onerosidad

1.1. Liberación del cumplimiento de la prestación

Aun cuando se admita desde esta posición, que cuando las condiciones pactadas resultan alteradas por hechos imprevisibles, que hacen excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación, la parte en desventaja no queda obligada a su cumplimiento, no se le reconoce, sin embargo, a dicha parte derecho de demandar la modificación del contrato.

Representa el enfoque más reducido de la excesiva onerosidad, bajo el que se justifica la limitación de sus efectos a la mera liberación del cumplimiento de la prestación contractual¹², dado que el derecho a la modificación del contrato acarrea desconfianza e inseguridad en el tráfico jurídico, interés digno de mayor

¹⁰ BORTOLOTTI, Fabio y UFOT, Dorothy. Op cit., pág. 26.

¹¹ DIEZ PICAZO, Luis. *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, pág. 249-250. En el mismo sentido, también Eduardo TRIGO SIERRA Y M^a Encarnación PÉREZ-PUJAZÓN, quienes manifiestan sobre la regulación de los efectos legales de la onerosidad excesiva, que en los modernos textos del Derecho Europeo, “en general las soluciones que se ofrecen son la adaptación del contrato o su terminación... la adaptación del contrato plantea el problema de la imposición de unas nuevas condiciones que, en puridad, no fueron las consentidas, mientras que la terminación del contrato se revela como una solución más radical contraria al principio de conservación del negocio jurídico. Quizá esta es la razón por la que, en líneas generales, los textos examinados se decantan por la primera solución.” (“El Nuevo Tratamiento Jurisprudencial de la Doctrina de la Cláusula *Rebus Sic Stantibus*”, pág. 90. Consultar en <https://vlex.es/vid/nuevo-tratamiento-jurisprudencial-doctrina-587408406>).

¹² Este tipo de régimen es el que recogen instrumentos de *soft law* como *The OHADAC Principles on International Commercial Contracts (article 6.3.1. Hardship)*, bajo los que se reconoce a la parte afectada con la excesiva onerosidad solo derecho a la terminación unilateral del contrato.

ponderación en los ordenamientos legales que se decantan por dicho modelo de regulación.

1.2. Modificación del contrato

En contraposición con la resolución contractual, se considera la modificación del contrato como una solución más apropiada o satisfactoria al problema que plantea la excesiva onerosidad causada por la ocurrencia de hechos imprevisibles, para adecuarlo a las nuevas circunstancias sobrevenidas, la cual encuentra su fundamento en los principios de buena fe¹³ y conservación del contrato.

Con dicho régimen, por demás, se procura la conservación del contrato, permitiendo a la parte acudir directamente a un tercero (juez o árbitro) a solicitar su reequilibrio financiero. La legitimación para demandar la modificación del contrato recae, en este caso, en la parte en desventaja, sin que se excluya la posibilidad de que la contraparte la proponga.

El tribunal, por su lado, goza de facultad para alterar las condiciones originalmente pactadas por las partes y adecuarlas a las circunstancias sobrevenidas durante su ejecución¹⁴.

Este tipo de remedio aparece recogido en el Código Civil de Guatemala, en su artículo 1330, el cual preceptúa que *“cuando las condiciones bajo las cuales fuere contraída la obligación cambien de manera notable, a consecuencia de hechos extraordinarios, imposibles de prever y de evitar, haciendo su cumplimiento demasiado oneroso para el deudor, el convenio podrá ser revisado mediante declaración judicial.”*

Llama la atención que la norma legal citada no establece o, al menos, no de manera expresa, la posibilidad de resolver el contrato cuando su modificación no resulte razonable, lo que quizás obedezca a que, conforme a la jurisprudencia civil guatemalteca, para que se configure la excesiva onerosidad, es menester que el contrato se pueda cumplir¹⁵.

En cuanto al alcance de la modificación del contrato, supone este el reequilibrio económico del contrato y, por ende, el reconocimiento de los costos en que se haya incrementado el cumplimiento de la prestación contractual para la parte afectada con la imprevisión.

Ha de acotarse, en este orden, que los sobrecostos cuyo reconocimiento cabe exigir en concepto de excesiva onerosidad, tratándose incrementos de costos y gastos en la ejecución de la prestación, son aquellos que se produzcan en concepto, ya sea de planilla, incremento de precios, arrendamientos (de

¹³ En la esfera de la Contratación Pública, conviene apuntar, que la adaptación del contrato viene determinada, además, por el principio del interés público que rige este tipo de contrataciones. Cuando la Administración contrata con particulares persigue la realización de los fines o intereses generales. Por consiguiente, en el supuesto de contratos de ejecución continuada o diferida, de producirse durante su ejecución alteraciones al equilibrio económico de las prestaciones, siempre que lo permita la Ley, el contrato debe adecuarse a las realidades sobrevenidas, con el fin de conservarlo, ya que existe un interés público en que las obras se concluyan para que cumplan con la finalidad que se persigue con su construcción, a saber, la satisfacción del bien común.

¹⁴ Marcel Fountain, sobre la modificación del contrato por un tercero, expresa su reserva, dado que se trata de una solución no satisfactoria. En este sentido, recalca que: *“Less satisfactory, in our view and considering the reservations expressed by many practitioners, is the frequent solution leaving it to the judge to intervene in case of refusal or failure of renegotiation”*. (BORTOLOTTI, Fabio y UFOT, Dorothy. *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts*, Op cit., pág. 33)

¹⁵ Sentencia de casación, proferida el 12 de marzo de 1980, por la Corte Suprema de Justicia de Guatemala. Consultar en <https://gt.vlex.com/vid/-457285894>

inmuebles, equipos, maquinarias, etc.), financiamiento, etc., de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia civil comparada. No resulta ocioso observar que la carga de la prueba del incremento del precio del contrato recae, en estos casos, sobre la parte que lo alega¹⁶.

2. Soluciones escalonadas

Doctrinalmente se conoce como soluciones escalonadas, a aquellos regímenes que representan una suerte de soluciones intermedias al problema que plantea la excesiva onerosidad, ya que confieren a la parte afectada el derecho de solicitar la modificación del contrato y/o su terminación.

En lo particular, considero que se trata, más bien, de regulaciones complejas, las que pueden exigir el ejercicio escalonado o alternativo del derecho de pedir la modificación del contrato y/o su terminación (por las propias partes o un tercero, que puede ser un juez o árbitro).

En general, estos mecanismos escalonados o complejos tienen como prioridad procurar la conservación del contrato, de manera que su terminación proceda en última instancia, es decir, solo cuando la adaptación del contrato resulte infructuosa.

Según los efectos que incorporan, los mecanismos escalonados que se recogen en el Derecho comparado e instrumentos internacionales de *soft law* pueden clasificarse en cuatro categorías, a saber, (i) resolución directa y/o modificación solo si la contraparte la propone; (ii) renegociación entre las partes y/o la terminación del contrato; (iii) renegociación, modificación por tercero y/o resolución del contrato, y (iv) adecuación del contrato y/o su resolución.

2.1. Resolución directa y modificación del contrato solo si la contraparte la propone.

Bajo este modelo de regulación a la parte afectada con la excesiva onerosidad solo se le reconoce derecho de solicitar la liberación del cumplimiento de su prestación, siempre que se trate de contratos bilaterales. Para solicitar la terminación del contrato, no se exige el agotamiento previo de renegociación del contrato con la contraparte, es decir, que puede solicitarse directamente al juez.

La modificación del contrato, por otro lado, se admite solo si la parte demandada la propone para evitar su resolución, es decir, que la parte afectada no puede pedirla ni tampoco tiene el tribunal competencia para alterar el contrato de oficio.

¹⁶ El medio de convicción por excelencia para acreditar los sobrecostos causados por imprevisión contractual es el dictamen pericial, tanto contable como técnico. De ahí que convenga advertir, en relación con la eficacia de la prueba pericial, que el Código de Comercio panameño obliga a los comerciantes a llevar registros contables, a los que les reconoce valor probatorio decisivo para acreditar sus obligaciones. Por ende, resulta fundamental cuando la parte sea comerciante, que cuente con sus registros contables en regla, ya que el artículo 90 preceptúa que estos, “hacen fe contra él sin que se admita prueba que tienda a destruir lo que resultare de sus asientos”.

Asimismo, dispone el artículo 90 comentado que: “si entre los libros llevados por dos comerciantes no hubiere conformidad, y los de uno estuvieren arreglados a derecho y los otros no, los asientos de los libros en regla harán fe contra los de los defectuosos, a no demostrar lo contrario por otras pruebas admisibles en derecho.

También indica el precepto en comento, que si uno de los comerciantes no presentare sus libros o manifestare no tenerlos, harán fe contra él los del adversario, siempre que estén llevados en debida forma, a menos que demuestre que la carencia de dichos libros procede de fuerza mayor y salvo siempre la prueba contra los asientos exhibidos por otros medios legales.

Si los libros de los comerciantes estuvieren igualmente arreglados y fueran contradictorios, el Juez resolverá por las demás probanzas.”

En el Derecho comparado encontramos este tipo de remedios en el Código Civil de Italia y los que se basan en este, caso de los ordenamientos civiles de Paraguay y Bolivia, bajo los que se le confiere al contratante afectado por la excesiva onerosidad acción para demandar directamente ante el tribunal la resolución del contrato. Por su parte, el demandado al contestar la demanda puede proponer la modificación del contrato.

En este sentido, el Código Civil paraguayo, estipula en su artículo 672 (de similar redacción que el artículo 1467 del Código Civil italiano), que en supuestos de excesiva onerosidad por imprevisibilidad “el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento”. Y agrega que “El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa.”

De igual manera, el Código Civil boliviano expresa en su artículo 581 que la parte cuya prestación se haya tornado excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles podrá demandar la resolución del contrato y que el demandado puede terminar el litigio si antes de la sentencia ofrece modificar el contrato en condiciones que, a juicio del juez, sean equitativas.”

No establecen expresamente los citados ordenamientos contractuales, empero, si la modificación del contrato corresponde al tribunal o a las partes, ni especifica los aspectos sobre los que debe recaer la modificación. Tampoco ofrecen dichos ordenamientos los parámetros que deben tenerse en cuenta para la modificación del contrato.

Sin embargo, se estima que a fin de evaluar si la modificación del contrato resulta razonable, el tribunal debe tener en cuenta las pruebas que aporten las partes al proceso para acreditar los costos o el valor en que se haya incrementado el cumplimiento de sus prestaciones y su relación causal con los hechos imprevisibles a los que se atribuye la excesiva onerosidad.

En el supuesto que la parte demandada no proponga la modificación del contrato, corresponde al tribunal pronunciarse sobre la terminación del contrato. Generalmente, los ordenamientos civiles en este caso no reconocen a la parte actora derecho a reclamar indemnización por los perjuicios que la terminación del contrato le ocasiona.

El Código Civil boliviano es de los pocos que consagra el derecho al resarcimiento de perjuicios causados por la terminación del contrato por excesiva onerosidad, específicamente en su artículo 581, ordinal I, en el que de manera específica se atribuye a la terminación del contrato por excesiva onerosidad los efectos establecidos para la resolución por incumplimiento voluntario.

2.2. Renegociación por las partes y/o terminación del contrato

De acuerdo con este enfoque, la parte afectada con la excesiva onerosidad tiene derecho a solicitar la renegociación del contrato y solo en el supuesto que no resulte esta razonable o viable, puede pedir que se le libere del cumplimiento de su prestación. El agotamiento previo, sin éxito, de la renegociación del contrato constituye, por ende, una condición esencial para que proceda la resolución del contrato bajo este régimen, a diferencia del mecanismo o solución anterior.

La alteración del contrato es aceptada bajo este régimen, por ser cónsona con el principio de autonomía de la voluntad, pero reservada a las partes; en cambio, se rechaza la alteración del contrato por un tercero (juez o arbitro), dado que supone

la imposición de nuevas condiciones que no han sido convenidas por las partes, es decir, un desconocimiento a la voluntad expresada libremente por las partes, que no se adecúa, por tanto, a los criterios de libertad contractual y de protección de la seguridad del tráfico jurídico que reciben una mayor ponderación bajo dicho enfoque.

Este modelo de regulación de los efectos de la excesiva onerosidad aparece consagrado en el ordenamiento contractual de Estonia¹⁷, en el cual no se exige la intervención judicial para la modificación del contrato ni su terminación. Se establece que la parte afectada con la excesiva onerosidad debe solicitar a su contraparte la renegociación del contrato y de no ser esta posible o razonable con respecto a dicha parte, puede dar por terminado el contrato sin necesidad de intervención judicial.

Se critica dicho régimen, empero, por no propiciar la renegociación constructiva del contrato, ya que no estipula un plazo para la renegociación. La parte no afectada con la alteración de las condiciones pactadas, puede carecer de interés en la modificación del contrato, si la parte afectada no cuenta con acción para solicitar al tribunal la modificación del contrato. En este sentido, en la doctrina francesa se indica lo siguiente:

“Cabe observar, con respecto a la modificación del contrato para garantizar su equilibrio económico, que la doctrina civil francesa cuestiona que la Ley la condicione a su aceptación por la parte beneficiada con su desequilibrio, ya que en la práctica ello ha supuesto dificultades, pues difícilmente dicha parte está de acuerdo en solicitarle al juez la adaptación del contrato, por ser desfavorable a sus intereses. “A propósito de este poder de adaptación acudido al juez, se puede deplorar que no sea marcado por un estándar. Este estándar podría ser objetivo como, por ejemplo, la equidad o la razonabilidad, como, también, subjetivo como las esperanzas legítimas de las partes”.

También dispone la norma examinada, a propósito de la modificación contractual, que si ambas partes convienen en negociar la misma, durante el proceso de negociación la parte que ha formulado la solicitud tiene que continuar la ejecución de sus obligaciones. “El texto no señala nada más a propósito del desarrollo de esas negociaciones. Pienso que se aplica el principio general de ejecución de buena fe. Si una de las partes negocia sin la voluntad de suscribir un nuevo contrato, podría ser considerada como de mala fe y ser condenada a pagar daños a la otra parte. En caso de rechazo o de fracaso de la nueva negociación, las partes pueden pedir de común acuerdo al juez que adapte el contrato. Esta me parece la innovación más importante porque permite al juez restablecer el equilibrio contractual.”¹⁸. (Subrayado nuestro)

2.3. Renegociación por las partes, modificación por tercero y/o resolución contractual.

Se trata del enfoque más completo de la imprevisión contractual, por el cual se decantaron los ordenamientos civiles de Argentina, Francia y Rusia, además de instrumentos de *soft law*, como Los Principios Latinoamericanos de Los

¹⁷ Véase artículo 97, ordinal 2 de la Ley contractual vigente en Estonia desde el año 2002.

¹⁸ CABRILLAC, R... (2016) *El Nuevo Derecho Francés de Contratos* THÈMIS Revista de Derecho 70, pág. 65. Consúltese en <file:///D:/Dialnet-ElNuevoDerechoFrancesDeLosContratos-6269855.pdf>

Derecho de Los Contratos y *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*.

Este modelo de regulación se compone de tres fases, a saber, (i) renegociación entre las partes; (ii) modificación por el tribunal y (iii) terminación del contrato por el tribunal. Tales fases deben surtirse de manera escalonada.

La renegociación en este modelo, se caracteriza por lo siguiente: (i) tiene por finalidad la adecuación del contrato o su terminación; (ii) corresponde solicitarla a la parte afectada¹⁹; (iii) no requiere presentación de demanda ante tribunal, aunque en ciertos ordenamientos legales civiles es opcional²⁰; (iv) no se dispone un plazo determinado para su cumplimiento²¹ y (v) puede incluir o no la obligación de las partes de seguir cumpliendo con el contrato²².

Si la renegociación falla, ya sea por rechazo de la contraparte o porque no alcancen las partes un acuerdo satisfactorio en un plazo razonable, el tribunal queda facultado para modificar el contrato a instancia de parte [en este sentido, los códigos civiles de Argentina (artículo 1091), Rusia (artículo 451), Francia (artículo 1195), así como Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (artículo 84) y Los Principios UNIDROIT, 2016 (artículo 2.2.3, ordinal 4)].

Al tribunal, en consecuencia, le corresponderá en tal labor reequilibrar el contrato con base en las pruebas aportadas por las partes que acrediten la cuantía en que se haya incrementado el cumplimiento de la prestación y su relación causal con los hechos imprevisibles o extraordinarios²³.

Sin embargo, de concluir el tribunal que la modificación del contrato no representa una solución viable o satisfactoria para ambas partes, debe decretar la resolución del contrato a solicitud de parte²⁴.

2.4. *Modificación por tercero o terminación del contrato*

Este es el tipo de solución a la imprevisión contractual que recogen los códigos civiles de Colombia, Perú y Alemania, los cuales, en términos generales, establecen a favor de la parte afectada con la excesiva onerosidad el derecho de reclamar la modificación del contrato ante juez.

¹⁹ Bajo el Código Civil y Comercial de Argentina, artículo 1091, la acción para reclamar por excesiva onerosidad se extiende también a los terceros afectados, siendo esta una de las pocas legislaciones en reconocer dicha legitimación.

²⁰ En este sentido, el Código Civil y Comercial de Argentina, artículo 1091.

²¹ En *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de Los Contratos* se habla de un plazo razonable (artículo 87, ordinal 3), por lo que quedaría a discreción del juez o árbitro precisar este, de surgir controversias al respecto.

²² La obligación de continuar cumpliendo el contrato para la parte afectada aparece recogida en el Código Civil francés (artículo 1195), el proyecto de reforma del Código Civil de Bélgica (artículo 77), Principios UNIDROIT (artículo 6.2.3, ordinal 2) y “Los Principios Latinoamericanos de Derecho de Los Contratos” (artículo 84).

²³ “According to legal provisions on hardship, the meaning of contract adaptation by arbitrators is close to an adjustment of contract conditions to a reasonable level that allows parties to perform the contract. Such adjustment is made according to what parties would have agreed upon at the conclusion of the contract.” (BORTOLOTTI, Fabio y UFOT, Dorothy. *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts*. Op cit, pág. 63)

²⁴ Así lo establecen los códigos civiles de Argentina y Francia, al igual que “Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos”, entre otros ordenamientos.

La terminación del contrato procede, en consecuencia, subsidiariamente, esto es, cuando la modificación del contrato no fuera posible o razonable para una parte (artículo 313 del Código Civil alemán), ya sea por “razón de la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado” (artículo 1440 del Código Civil de Perú).

Por otro lado, en las legislaciones de Perú y Colombia la terminación del contrato exige declaración judicial, sea a solicitud de parte o de oficio, a diferencia del Código Civil alemán, bajo el que la resolución del contrato afectado por excesiva onerosidad no parece requerir de declaración judicial para su validez.

El tenor del artículo 1440 Código Civil peruano es el siguiente:

Artículo 1440. En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

Así mismo, el artículo 868 del Código Civil de Colombia preceptúa que:

“**Artículo 868.** Cuando circunstancias, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.”

El Código Civil alemán, en cambio establece en su artículo 313 lo siguiente:

Artículo 313. Interrupción de la base del negocio.

1. Si las circunstancias que se han convertido en la base del contrato han cambiado significativamente después de la celebración del contrato y las partes no hubieran celebrado el contrato o hubieran celebrado el contrato con un contenido diferente si hubieran previsto este cambio, el contrato puede modificarse en la medida en que forme parte de él, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso individual, en particular la distribución del riesgo contractual o legal, no se puede esperar la adhesión al contrato inalterado.

2. Es equivalente a un cambio de las circunstancias si las ideas esenciales que se han convertido en la base del contrato resultan ser erróneas.

3. Si un ajuste del contrato no es posible o no es razonable para una parte, la parte en desventaja puede rescindir el contrato. En lugar del derecho de rescisión, el derecho de rescisión se aplica a las obligaciones a largo plazo.

III. EFECTOS LEGALES DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD BAJO EL SISTEMA CONTRACTUAL PANAMEÑO.

En Panamá, el legislador se decanta por positivizar la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, inicialmente en la contratación civil y luego la extiende a la contratación pública²⁵, pero con base en corrientes doctrinales diferentes en cada caso, lo que conlleva que para cada ordenamiento contractual se establezcan soluciones distintas, pese a tratarse de un mismo fenómeno jurídico, como se verá.

1. Código Civil

Para regular la excesiva onerosidad copia el legislador civil panameño el Código Civil italiano vigente desde 1942, por lo que, al igual que su modelo italiano, recoge soluciones diferentes, según el contrato afectado por la excesiva onerosidad sea de carácter unilateral o bilateral.

Los efectos que produce la excesiva onerosidad en los contratos bilaterales se recogen en el artículo 1161a del Código Civil panameño (correspondiente al texto del artículo 1467 del Código Civil italiano²⁶); mientras que las consecuencias de la excesiva onerosidad en contratos unilaterales se regulan en el artículo 1161b del Código Civil (el cual copia nuestro legislador del artículo 1468 del Código Civil italiano).

1.1. Efectos legales de la excesiva onerosidad en los contratos bilaterales:

El artículo 1161a del Código Civil, en relación con la excesiva onerosidad en los contratos bilaterales, recoge un modelo de solución de tipo escalonada, el cual incluye dos soluciones, a saber, a) terminación del contrato y b) modificación del contrato.

El tenor del artículo 1161a es el siguiente:

Artículo 1161-a. En los contratos bilaterales de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes llegare a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación *podrá pedir la terminación del contrato.*

²⁵ Mediante la Ley N°18 de 31 de julio de 1992 (por la cual se adiciona el Capítulo VI al Título II del Libro IV al Código Civil), se establece la excesiva onerosidad en la contratación privada; en tanto que en la contratación pública se incorpora bajo la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, subrogada posteriormente por la Ley 22 de 2006, la que, a su vez, ha sufrido las reformas de la Ley 35 de 2006, Ley 2 de 2007, Ley 21 de 2008, Ley 41 de 2008, Ley 69 de 2009, Ley 80 de 2009, Ley 12 de 2010, Ley 30 de 2010, Ley 66 de 2010 y Ley 48 de 2011, recogidas bajo el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

²⁶ El artículo 1467 del Código Civil Italiano es del tenor siguiente:

Artículo 1467. -Contrato bilateral.

En los contratos de ejecución continuada o periódica o ejecución diferida, si la prestación de una de las partes deviene en excesivamente gravosa por la ocurrencia de hechos extraordinarios e imprevisibles, la parte que adeuda esta prestación podrá solicitar la rescisión del contrato, con los efectos establecido por el art. 1458 (acto 168).

La resolución no cabe preguntarse si el coste superviniente entra en el ámbito normal del contrato.

La parte contra la cual se demanda la resolución del contrato podrá evitarla ofreciendo la modificación equitativa de las condiciones del contrato.

No podrá pedirse la terminación, si la onerosidad sobrevenida entrara en el área normal del contrato.

La parte contra la cual se hubiere demandado la terminación podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.

Como se aprecia, nuestro Código Civil establece que en caso de excesiva onerosidad en contratos bilaterales procede la resolución del contrato o su modificación, esta última, solo si la contraparte la propone.

Se trata, por consiguiente, de un enfoque restringido o conservador, en el que el respeto a la intención de las partes prevalece sobre la conservación del contrato.

Es claro, por ende, que la intención del legislador en relación con los contratos civiles bilaterales afectados por hechos imprevisibles, es que no sean estos modificados, salvo que la parte no afectada con dicha alteración, la proponga. Por ende, la parte en desventaja no puede solicitar al tribunal la modificación del contrato, ni mucho menos puede este modificarlo de oficio, aspecto este que ha de tener muy en cuenta el juzgador al interpretar el precepto legal sustantivo en cuestión.

1.1.1. Terminación del contrato

Se trata de un derecho establecido a favor de la parte afectada con la excesiva onerosidad y requiere de pronunciamiento judicial, tal como se desprende de la redacción del artículo 1161a del Código Civil.

La excesiva onerosidad, empero, no solo cabe alegarla mediante acción directa, sino que puede también oponerse como excepción, en el supuesto concreto en que contra la parte en desventaja se presente demanda de resolución del contrato por incumplimiento.

La decisión que declara terminado el contrato por excesiva onerosidad, de otro lado, se limita a liberar o dispensar a la parte en desventaja del cumplimiento de su prestación. El citado artículo 1161a no prevé, pues, al menos no expresamente, una acción a favor de la parte afectada para exigir la reparación de los perjuicios sufridos por la terminación del contrato, por lo que aún en el supuesto en que el demandado de mala fe no ofrezca una modificación del contrato justa o equitativa, carecería de acción bajo el artículo 1161a del Código Civil para reclamar el resarcimiento de los perjuicios correspondientes.

En el plano procesal, quien solicita la terminación del contrato asume la carga de probar los presupuestos fácticos de la acción, a saber, que (i) el contrato que se pretende resolver es bilateral, de ejecución continuada, (ii) la existencia de la excesiva onerosidad; (ii) causada por un hecho imprevisible al momento de celebrar el contrato (relación causal entre la excesiva onerosidad y el hecho imprevisible); que escapa a su voluntad y que (iv) no constituye un riesgo que le corresponda asumir.

De comprobarse tales presupuestos fácticos de la acción, corresponde al juez declarar la terminación del contrato.

1.1.2. Modificación del contrato

Procede solo a instancia de la parte demandada y, siempre que resulte equitativa²⁷, la modificación prevalece sobre la terminación del contrato.

Si bien, la norma sustantiva no especifica el plazo que tiene el demandado para proponer la modificación del contrato, se estima que conforme a las normas procesales²⁸ puede presentarse esta con la contestación de la demanda o, incluso, antes que el juez profiera su decisión. En tal caso, el tribunal debe darle traslado al demandante de la modificación contractual presentada, quien puede oponerse o allanarse a la misma.

Surtido el traslado de la modificación propuesta a la parte actora, corresponderá al tribunal emitir su decisión, sea estimando o desestimando la modificación contractual respectiva.

En cuanto a la aprobación de la modificación del contrato propuesta por el demandado, procede esta en dos supuesto, a saber, (i) cuando a juicio del tribunal resulte esta equitativa o razonable, aunque medie el rechazo de la parte actora, o (ii) cuando, pese a no resultar equitativa para el tribunal, medie la aceptación de la parte actora, dado que prevalece en esta última hipótesis el principio de autonomía de la voluntad de las partes, que recoge el Código Civil en su artículo 1106, siempre que no sea esta contraria a la ley, a la moral ni al orden público.

Por el contrario, corresponde desestimar la propuesta de modificación del contrato del demandado cuando a juicio del tribunal no resulte esta razonable. En este caso, el tribunal deberá, además, proceder a declarar terminado el contrato, dado que el artículo 1161a del Código Civil no le confiere facultad para modificarlo de oficio. Su competencia, como se ha indicado, se limita a aprobar o rechazar la modificación propuesta por el demandado, basado en criterios de equidad.

También, sobre la exigencia de equidad de la modificación del contrato, cabe observar que, el precepto legal analizado no especifica, en principio, los criterios que se deben tener en cuenta para establecer dicho presupuesto legal. Sobre este extremo, en la doctrina se indica que no se trata de restablecer el equilibrio contractual original, propiamente tal, sino de reducir la excesiva onerosidad a límites razonables que permita a la parte afectada el cumplimiento de su prestación contractual, dentro del riesgo normal del contrato²⁹.

Para determinar, por ende, si la modificación del contrato propuesta por el demandado es razonable o equitativa, debe el tribunal tener en cuenta las pruebas que aporten las partes al proceso para acreditar, ya sea los costos o el valor en que se haya incrementado el cumplimiento de las respectivas prestaciones y su relación causal con los hechos imprevisibles a los que se atribuye la excesiva onerosidad o el valor en que se haya disminuido la prestación que una parte recibe.

Por consiguiente, aquellos sobrecostos que no guarden relación directa con los eventos imprevisibles alegados no cabe tenerlos en cuenta para juzgar la equidad de la modificación contractual propuesta, así como tampoco corresponde la aprobación de la modificación en que se excluya sobrecostos causados por tales hechos. En tal caso, el tribunal debe desestimar la modificación propuesta, por no

27 Esta alternativa que propone la Ley para evitar la resolución del contrato, en la práctica resulta una solución a la imprevisión contractual inoperante, dado que se condiciona la modificación del contrato a la voluntad del demandado, y no se establece responsabilidad de indemnizar a la parte actora por los perjuicios que la resolución del contrato basada en excesiva onerosidad le ocasiona, particularmente, en el supuesto que el demandado actúe de mala fe.

²⁸ Con arreglo al artículo 688 del Código Judicial panameño, que establece el plazo de presentación de excepciones en el proceso civil.

²⁹ En este sentido véase BORTOLOTTI, Fabio y UFOT, Dorothy.. Op cit, pág.64

ser equitativa y decretar, en su lugar, la terminación del contrato solicitada por la parte afectada.

1.2. Efectos legales de la excesiva onerosidad en los contratos civiles unilaterales:

A diferencia de los contratos bilaterales, en los contratos civiles unilaterales, cuando la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, el artículo 1161b del Código Civil (el cual copia nuestro legislador del artículo 1468 del Código Civil italiano), le reconoce al afectado derecho a pedir una reducción de su prestación o una modificación del contrato, en los términos que regulan su cumplimiento, suficiente para reducirla a la equidad.

De la redacción del artículo 1161b, se desprende la competencia de los tribunales para modificar el contrato, facultándolos, en tal propósito, para procurar reducir a la equidad el cumplimiento del contrato, es decir, que no se exige restablecer las condiciones bajo las que se suscribió el contrato, sino que, como se indicó, basta con reducir a límites razonables la excesiva onerosidad.

2. Contratación Pública

A diferencia del ordenamiento civil, la regulación de los efectos de la excesiva onerosidad en la contratación pública en Panamá³⁰, se basa en la teoría francesa de la imprevisión, que establece como solución al rompimiento del equilibrio económico contractual por hechos imprevisibles, la modificación del contrato y, consecuentemente, el derecho al reconocimiento de aquellos costos y gastos en que se incrementa el cumplimiento de la prestación para la parte afectada, incluidos, los financieros.

El derecho al reequilibrio financiero de los contratos aparece consagrado en el artículo 34 de la Ley 22 de 2006³¹, el cual nos permitimos transcribir:

Artículo 34. Equilibrio económico del contrato. En los contratos públicos se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas debidamente sustentadas y probadas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos que sean necesarios para restablecer el equilibrio económico, incluyendo montos, condiciones, forma de pago de gastos adicionales y reconocimiento de costos financieros, si a ello hubiera lugar, en la forma prevista en la modificación del contrato, cuyo pago adicional, si lo hubiera, se realizará de la manera que se establezca en el contrato modificado y de acuerdo con las

³⁰ Debe observarse que la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, mediante la cual se incorpora a la contratación pública el principio del equilibrio económico del contrato, específicamente, en su artículo 19, no establecía, propiamente, un derecho a favor del contratista de reclamar el reequilibrio económico del contrato, sino que, más bien, reconocía a las partes la libertad de pactar el equilibrio económico contractual. Por consiguiente, más que legal, el fundamento de la acción era contractual, de ahí que bajo dicha Ley solo cabía demandar la modificación contractual cuando apareciera incluido en el respectivo contrato el derecho de reclamar los sobrecostos en que hubiese incurrido el contratista como consecuencia de alteraciones de las condiciones vigentes al momento de celebrarse la contratación por causas extraordinarias o imprevisibles. Fuera de ese supuesto, no cabía legalmente exigir frente a la Administración el reequilibrio de las prestaciones contractuales.

³¹ Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

disposiciones sobre erogaciones previstas en el Presupuesto General del Estado.

El equilibrio económico al que se refiere este artículo no comprenderá, en ningún caso, la modificación de las cláusulas del contrato celebrado con el Estado para conseguir la equiparación de las condiciones y los términos de la contratación. En consecuencia, queda eliminada toda forma de equiparación para garantizar la competitividad y el desarrollo de obras y actividades, así como la prestación de servicios a través de normas uniformes, claras y transparentes en concordancia con este principio.

Bajo la disposición legal transcrita, como se observa, se establece como solución al problema que plantea el rompimiento del equilibrio financiero contractual, la modificación del contrato por las propias partes³² o por los tribunales, solo cuando falle la renegociación.

2.1. Renegociación del contrato por las partes

Como se indica, sobre el alcance de los efectos de la excesiva onerosidad o principio del equilibrio económico del contrato bajo la Ley de contratación pública, incluye este, en principio, la modificación del contrato por las propias partes, es decir, que de acuerdo con dicho enfoque prevalece el interés por la conservación del contrato, basado en el interés público que revisten las obras desarrolladas por la administración, el cual reclama la conclusión de estas, para que cumplan con su propósito, a saber, la satisfacción de las necesidades colectivas.

Cabe observar, por otro lado, que la Ley 22 de 2006 en su artículo 98, ordinal 4, no establece un término para la renegociación del contrato, sin embargo, obliga al contratista a continuar ejecutando el contrato durante el periodo de renegociación. El periodo de renegociación se inicia con la notificación del contratista a la entidad contratante del incremento de los costos de ejecución del contrato. Si la entidad contratante estima atendible la reclamación del contratista, debe proceder a modificar el contrato, mediante la correspondiente adenda al contrato (artículo 98, ordinal 5 de la Ley 22 de 2006), la que puede incluir la totalidad o parte de los sobrecostos reclamados por el contratista.

2.2. Modificación por tercero (tribunales ordinarios o arbitral)

En el supuesto que falle la renegociación del contrato público la parte afectada con la excesiva onerosidad puede solicitar ante los tribunales el reconocimiento de los sobrecostos denegados por la entidad contratante o, en el supuesto de una aprobación parcial de estos, aquellos no incluidos en la adenda correspondiente.

La circunstancia de que falle la renegociación o que no se reconozcan la totalidad de sobrecostos reclamados por el contratista no lo faculta, cabe observar, para suspender el cumplimiento de sus prestaciones o resolverlo, bajo la Ley 22 de 2006, la cual, además que lo obliga a continuar ejecutando el contrato, no le reconoce el derecho a resolver el contrato por excesiva onerosidad.

³² La modificación del contrato por las propias partes, no obstante, está sujeta a la observancia de las reglas previstas en el artículo 98, el cual es del tenor siguiente:

Se entiende, por ende, que de no resultarle satisfactoria la modificación del contrato, en todo caso, tendría el contratista derecho de reclamar ante los tribunales ordinarios o arbitrales, según corresponda, los restantes sobrecostos que el cumplimiento de sus prestaciones contractuales le acarrearía³³. Bajo esta última hipótesis, empero, el contratista deberá hacer reserva de su derecho de reclamar los sobrecostos no reconocidos por la administración, a fin de que no se extinga el mismo³⁴.

Por consiguiente, cuando el contratista presenta cuentas por adelantos de obra, en el caso que se establezca, de no incluir reclamo de sobrecostos del periodo correspondiente de la cuenta, una vez efectuado el pago de dicha cuenta se extingue el derecho de reclamar los mismos, con arreglo al artículo 1043 del Código Civil.

2.2.1. Tribunales competentes para conocer de las reclamaciones de los contratistas contra la administración, basadas en reequilibrio contractual

En sede judicial, corresponde dicho conocimiento a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en el artículo 206, numeral 2, de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 97, numeral 1, del Código Judicial, que la faculta para conocer de la acción de nulidad contra resoluciones de los funcionarios, en este caso, las que nieguen a los contratistas la reclamación de costos ocasionados por los hechos imprevisibles³⁵.

En la jurisdicción arbitral, en cambio, los tribunales conocen de las reclamaciones por rompimiento del equilibrio económico contractual con arreglo a la cláusula arbitral pactada por las partes, mediante la cual se les otorga competencia para conocer de las diferencias surgidas entre las partes por razón de la ejecución del contrato.

Sobre el término de activación de la vía ordinaria o arbitral para ejercer la reclamación, con base en el artículo 175 de la Ley 22 de 2006, se rige este por las disposiciones del Código Civil que regulan la prescripción extintiva de las

³³ **Artículo 98. Reglas para modificaciones y adiciones al contrato con base en el interés público.** Para hacer modificaciones y adiciones al contrato con base en el interés público, se atenderán las reglas siguientes:

1. No podrán modificarse la clase y el objeto del contrato.
2. Los nuevos costos requerirán las autorizaciones y aprobaciones de los entes que conocieron el contrato principal de acuerdo con la cuantía.
3. Las modificaciones que se realicen al contrato u orden de compra formarán parte de este, considerándose contrato u orden de compra principal y sus modificaciones como una sola relación contractual, para todos efectos legales.
4. El contratista tiene la obligación de continuar la obra.
5. Cuando el contratista solicite una adenda de aumento de costos, esta será analizada por la entidad contratante, a fin de determinar su viabilidad técnica y/o económica. Se podrá revisar el precio unitario de un renglón o el valor total del contrato, si las modificaciones alteran en un 25% o más las cantidades del renglón o el valor total o inicial del contrato, respectivamente. La sumatoria de todas las modificaciones que se realicen a una contratación pública durante su vigencia no podrán sobrepasar el 25% del monto total originalmente convenido. En casos excepcionales, cuando las modificaciones superen el 25%, la entidad contratante deberá justificar técnica y económicamente este aumento de costos, para lo cual requerirá de la aprobación del Consejo Económico Nacional.

³⁴ El artículo 1043 del Código Civil preceptúa que el pago constituye uno de los modos de extinción de la obligación, es decir, que una vez realizado el pago o hecha la prestación en que consiste la obligación, queda el deudor liberado de su correspondiente obligación.

³⁵ En este sentido, véanse las sentencias de 11 de marzo de 2019 y de 12 de mayo de 2019, proferidas por la Sala Tercera de lo Contencioso administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

acciones. Dicho término se computa a partir de que se rechaza el reclamo correspondiente.

2.3. No cabe resolución del contrato por desequilibrio contractual por imprevisión contractual

Como se ha indicado, de la redacción del citado artículo 29 no se desprende el derecho de los contratantes a solicitar la terminación del contrato en el supuesto de la ruptura del equilibrio económico del contrato. Las causas de resolución del contrato administrativo, vale acotar, se establecen de manera taxativa en el artículo 136 en la Ley 22 de 2006, a favor de la Administración, dentro de las cuales no figura el desequilibrio financiero del contrato causado por hechos imprevisibles.

El tenor del artículo 136 de la Ley 22 de 2006 es el siguiente:

Artículo 136. Causales de la resolución administrativa del contrato. Como causales de resolución administrativa del contrato, además de las que se tengan por convenientes pactar en el contrato, deberán figurar las siguientes: 1. El incumplimiento de las cláusulas pactadas.

2. La muerte del contratista, en los casos en que deba producir la extinción del contrato conforme a las reglas del Código Civil, si no se ha previsto que puede continuar con los sucesores del contratista, cuando sea una persona natural. 3. La declaratoria judicial de liquidación del contratista.

4. La incapacidad física permanente del contratista, certificada por médico idóneo, que le imposibilite la realización de la obra, si fuera persona natural.

5. La disolución del contratista, cuando se trate de persona jurídica, o de alguna de las sociedades que integran un consorcio o asociación accidental, salvo que los demás miembros del consorcio o asociación puedan cumplir el contrato.

Las causales de resolución administrativa del contrato se entienden incorporadas a este por ministerio de esta Ley, aun cuando no se hubieran incluido expresamente en el contrato.

De lo anterior se sigue, en consecuencia, que la Ley 22 de 2006 no faculta a las partes ni al tribunal para resolver el contrato con base en la excesiva onerosidad. La Ley específica los supuestos que dan lugar a la terminación del contrato administrativo (terminación unilateral y resolución administrativa), dentro de las cuales no se establece la excesiva onerosidad³⁶.

Ha de indicarse, además, sobre este extremo que, si bien la Ley 22 de 2006 permite bajo su artículo 90 la aplicación supletoria del Código Civil y del Código de Comercio a los contratos públicos, no obstante, establece como condición para ello, que tales disposiciones sean compatibles con la finalidad de la contratación pública. De ahí que se conceptúe, que tratándose de las normas sobre resolución del contrato civil no cabe su aplicación supletoria a los contratos públicos, en materia de equilibrio contractual, por resultar estas incompatibles con la finalidad de la contratación pública, consistente en la satisfacción del interés público, el cual

³⁶ La Ley 22 de 2006 establece a favor de la administración la facultad de terminación unilateral del contrato, por motivos de interés público (artículo 92), así como la de resolverlo administrativamente, cuando concurren algunas de los motivos o circunstancias especificadas en la Ley (artículos 136, 138 y 139). Sin embargo, dentro de tales causales no se recoge la excesiva onerosidad, razón por la que no cabe resolver el contrato con fundamento en la ruptura del equilibrio económico del contrato.

reclama la culminación de las obras contratadas por la administración para que cumplan con su cometido de mejorar el bienestar general.

CONCLUSIONES

En el derecho comparado, como se ha dejado expuesto, los efectos legales de la excesiva onerosidad no se regulan de manera uniforme, sino que, más bien, coexisten una variedad de soluciones legales, algunas de carácter restringido, bajo las cuales se permite únicamente a la parte afectada solicitar la terminación del contrato (principio *pacta sun servanda*), y otras de enfoque más amplio, que establecen de manera escalonada o alternativa la modificación de contrato (por las partes o tercero) y de no resultar viable esta, procede su terminación (prevalece la conservación del contrato).

Esta falta de uniformidad en la regulación de los efectos legales de la imprevisión contractual también se aprecia en el ordenamiento contractual panameño, el cual establece para la contratación civil soluciones diferentes a las de la contratación pública, lo que obedece a que para cada ordenamiento contractual el legislador se basa en corrientes doctrinales distintas.

Así, pues, para la regulación de la excesiva onerosidad en la contratación civil, el legislador sigue la doctrina italiana de la excesiva onerosidad, que recoge el Código Civil italiano vigente desde 1942, en la que prevalece el respeto a la voluntad de las partes expresada en el contrato, especialmente, tratándose de contratos bilaterales, carácter que revisten la mayoría de los contratos. De ahí que a la parte afectada con la excesiva onerosidad en este tipo de contratos solo se le reconoce derecho a solicitar la resolución del contrato. La modificación contractual, por ende, procede únicamente a instancia de la parte no afectada con la excesiva onerosidad y siempre que resulte esta equitativa. En cambio, en los contratos civiles unilaterales sí se reconoce a la parte afectada con la excesiva onerosidad derecho a solicitar la modificación del contrato.

Para la regulación de la contratación pública, en cambio, se inspira el legislador en la doctrina francesa de la imprevisión, de enfoque amplio, bajo la cual prevalece el principio de conservación del contrato.

De ahí que disponga la Ley 22 de 2006 como solución al problema de la ruptura del equilibrio económico contractual, el agotamiento previo de la renegociación y, en el supuesto que falle esta, pueden las partes solicitar la intervención de tercero (juez o árbitro) para su modificación.

La Ley, vale acotar, no establece un plazo para la renegociación, pero obliga al contratista a continuar con la ejecución del contrato durante la renegociación del contrato.

Se estima, igualmente, que el rechazo o reconocimiento parcial de los sobrecostos reclamados por la parte contratista no lo facultan para suspender la ejecución del contrato o darlo por terminado, ya que la Ley 22 de 2006 no consagra como causal de terminación del contrato la ruptura del equilibrio económico del contrato.

La resolución administrativa, la cual reserva la Ley a la administración, procede declararla solo bajo los supuestos que de manera taxativa enumera el artículo 136

de la Ley 22 de 2006, dentro de los cuales no se incluye la ruptura del equilibrio económico del contrato.

Tampoco cabría su reconocimiento, por vía de la aplicación supletoria del Código Civil, que permite el artículo 90 de la Ley 22 de 2006, ya que no resultan las disposiciones sobre resolución contractual del Código Civil compatibles con la finalidad de la contratación pública, consistente en la satisfacción del interés público, el cual reclama la culminación de las obras contratadas por la administración para que cumplan con su cometido de mejorar el bienestar general.

De lo anterior se sigue, que en materia de contratación pública, cuando el equilibrio financiero del contrato resulte alterado por hechos imprevisibles, en perjuicio del contratista, debe continuar este cumpliendo sus obligaciones contractuales y las reclamaciones que tenga por sobrecostos, debe presentarlas, en primera instancia, a la entidad contratante y, en el supuesto de rechazo o de reconocimiento parcial de los mismos, tiene el contratista derecho de solicitar a los tribunales la modificación del contrato para que se le reconozcan, mediante decisión judicial o arbitral.