

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL A LA LUZ DE LOS ESTUDIOS RECIENTES Y FORTALECIMIENTO A LA CONTRATACIÓN ESTATAL

GUSTAVO ADOLFO RAMÍREZ ESTUPIÑAN¹

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad contractual del Estado es un tópico dinámico que merece un análisis académico, atendiendo a los estudios recientes y el fortalecimiento de la contratación estatal.

Las presentes líneas corresponden al informe final del curso de actualización en derecho público de la Universidad Santo Tomás seccional Tunja y describen los elementos, parámetros y condiciones que deben tener en cuenta las partes contratantes para identificar responsabilidad derivada de la actividad contractual del Estado, conocida como contratación estatal, comenzando por algunas precisiones generales de los elementos de la responsabilidad y específicamente de la responsabilidad contractual del Estado con el fin de analizar, en segunda medida, algunos pormenores en torno al hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión, por su impacto en la contratación estatal.

OBJETIVOS

Objetivo General: Sintetizar los referentes normativos de la responsabilidad contractual del Estado a la luz de los estudios recientes y el fortalecimiento a la contratación estatal.

Objetivos Específicos: 1. Describir los elementos de imputación de responsabilidad aplicable a la actividad contractual del Estado, en el ordenamiento jurídico colombiano. 2. Analizar la responsabilidad contractual a la luz de los estudios recientes y el fortalecimiento a la contratación estatal. 3. Identificar los efectos del hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión en la actividad contractual del Estado a la luz de los estudios recientes y el fortalecimiento a la contratación estatal.

SUMARIO: I. Elementos de imputación de responsabilidad contractual. I.I Generalidades de la responsabilidad contractual. I.II. Responsabilidad en la actividad contractual del Estado. II.

¹ Especialista en Derecho Administrativo y Abogado, Universidad Santo Tomás seccional Bucaramanga. Personero Municipio de La Paz, Santander.

Estudios recientes de responsabilidad contractual del Estado. II.I Hecho del príncipe. II.II Teoría de la Imprevisión.

I. ELEMENTOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

El presente título describe los elementos de imputación de responsabilidad aplicable a la actividad contractual del Estado, partiendo de las generalidades de la responsabilidad contractual, en el ordenamiento jurídico colombiano, considerando los elementos generales y particulares en función de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia como la base necesaria para la comprensión de la responsabilidad contractual del Estado.

II.I GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La teoría general de la responsabilidad se construye a partir de la necesidad de analizar la existencia de responsabilidad jurídica derivada de una conducta determinada y su respectiva indemnización, lo que implica reconocer un contexto general de responsabilidad, una clasificación a modo de ubicación temática y unos elementos propios para su estructuración y la eventual reparación de los perjuicios, proceso del cual NO escapa la responsabilidad del Estado.

Es necesario reconocer que los postulados generales de responsabilidad son comunes al sector público y privado, por lo que es importante la consideración de lo que se ha denominado responsabilidad civil con las precisiones y particularidades propias de la responsabilidad del Estado, por ello describir las generalidades de la responsabilidad, exige reconocer una

clasificación inicial en pública y privada, la primera como aquella en la que se genera una afectación al interés general y puede clasificarse en penal, disciplinaria, fiscal, internacional y del Estado; y la segunda con una afectación al interés privado, en la que encontramos la civil y la comercial. (Reyes, 2021)

En el marco de la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil, se encuentra una clasificación adicional en contractual, cuando la fuente del daño es el contrato, y extracontractual, cuando el daño tiene un origen diferente al contractual, clasificación que es

necesario identificar a la hora de analizar una conducta determinada, la cual, para efectos de las presentes líneas, se concentra en la derivada de la actividad contractual del Estado, por lo que estaríamos ubicando la descripción que se propone en las generalidades de la responsabilidad contractual con el fin de identificar las particularidades de la responsabilidad contractual del Estado.

La responsabilidad contractual, sin atender si se predica del Estado o en materia civil, es aquella que surge por el incumplimiento de las estipulaciones de un contrato, toda vez que, a pesar del principio general de cumplimiento contractual,

es posible que quien deba cierta y determinada prestación no la cumpla, o la cumpla extemporáneamente, o la cumpla pero de manera imperfecta o defectuosa. En cada caso, el obligado incurre en una violación que hace que el contrato no surta los efectos que le corresponden por ley o por el acuerdo de voluntades. (Becerra, 2014, p. 20)

Así, en la responsabilidad contractual es importante tener clara la diferencia entre el origen y la imputación, evitando confusiones entre la validez y la eficacia del negocio jurídico, toda vez que la conducta sobre la cual se analiza la responsabilidad encuentra su origen en la celebración del acuerdo de voluntades; mientras que la imputación de responsabilidad encuentra su fundamento en el incumplimiento de alguna o todas las estipulaciones contractuales, por lo que “el punto de partida para que una persona esté obligada a indemnizar a otra, en virtud de un contrato válido, es el incumplimiento de las obligaciones que nacen del mismo, la actuación dolosa o culposa de una de las partes” (Becerra, 2014, p. 20).

La precisión que antecede se justifica por la necesidad de identificar los elementos de imputación de responsabilidad contractual y, con ello, la eventual indemnización derivada, toda vez que con el fin de obtener una reparación por los daños causados en el marco de la responsabilidad contractual, la parte cumplida debe solicitar la declaratoria de responsabilidad, demostrando la “existencia del contrato, el incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, y el perjuicio derivado a la parte cumplida” (Becerra, 2014, p. 20), por lo que el análisis de la responsabilidad contractual se soporta en elementos como el “daño contractual, el nexo causal y la relación causa-efecto entre” (Becerra, 2014, p. 20) ambas, precisando que el

incumplimiento contractual debe ser producto de la conducta negligente y descuidada de la parte que lo haga caer en culpa.

El daño contractual corresponde a la lesión o detrimento que sufre la parte cumplida en el marco de la ejecución contractual; el nexo causal está determinado por el contexto objeto de análisis y la relación causa-efecto implica que el daño se derive de la conducta negligente de la parte que incumple el negocio válidamente celebrado y en ejecución, sin perjuicio de las variantes de la responsabilidad contractual en las etapas precontractual y poscontractual.

En el contexto de la responsabilidad contractual y los elementos que deben alegarse, esto es “daño contractual, nexo causal y relación causa-efecto entre ambos” (Becerra, 2014, p. 20), es necesario advertir que la culpa contractual se presenta cuando el contratante

desatiende o no aplica su esfuerzo a conservar la debida diligencia que le impone la existencia del contrato. Nuestro ordenamiento civil toma como medida de diligencia y cuidado que debe asumir el contratante, la que emplearía en su caso un buen padre de familia, caracterizado por ser juicioso y cuidadoso. (Becerra, 2014, p. 21)

Lo anterior implica “que la culpa contractual está demostrada” (Becerra, 2014, p. 20) cuando “el deudor, por un hecho suyo, no ejecuta o cumple” (Becerra, 2014, p. 20) la obligación pactada en un contrato, salvo que se logre demostrar que “no hubo incumplimiento o que el incumplimiento se debió a una causa extraña, que al” (Becerra, 2014, p. 20) materializarse “impide el cumplimiento de la prestación debida” (Becerra, 2014, p. 20), eventos que corresponden a eximentes de responsabilidad como el caso fortuito o la fuerza mayor.

Las generalidades descritas, en torno a la responsabilidad contractual, son aplicables a la actividad contractual del Estado, razón por la cual se procede a describir las particularidades a tener en cuenta en dicho contexto.

I.II RESPONSABILIDAD EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO

El ordenamiento jurídico colombiano, desplegado en lo previsto por la ley, la jurisprudencia y, específicamente el artículo 90 de la Constitución Política, consagran los fundamentos de la responsabilidad del Estado, cuya configuración obedece a la verificación de elementos específicos, el primero de ellos es “probar la existencia del daño y la imputación jurídica del mismo a la entidad pública contratante” (Consejo de Estado, 2010), fundamento aplicable también a la denominada responsabilidad contractual.

En torno a los fundamentos normativos de la responsabilidad del Estado, el Consejo de Estado ha indicado que el artículo 90 de la Constitución Política, “regula tanto la responsabilidad extracontractual del Estado, como también su responsabilidad pre y contractual” (Consejo de Estado, 2010), al explicar que

son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo al Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas. La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal. (Consejo de Estado, 2010)

Si bien es cierto el fundamento de la responsabilidad del Estado es el enunciado, es necesario aclarar que en el marco de la responsabilidad contractual aplicable a la actividad contractual del Estado, la obligación de las entidades públicas de “indemnizar a sus contratistas, por los daños antijurídicos que les sean causados con ocasión de los contratos celebrados” (Consejo de Estado, 2010), surge con la declaratoria de responsabilidad contractual, la cual se predica “sólo a condición de que cualquiera de las partes deje de ejecutar por su culpa el contrato y haya causado un perjuicio al acreedor” (Consejo de Estado, 2010).

En este contexto se identifica la necesidad de demostrar los elementos generales: daño e imputación, de tal manera que, como precisiones de la responsabilidad contractual del Estado, para que la misma se estructure,

por infracción a la ley del contrato, debe demostrarse:

- (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía;
 - (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente,
 - (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento.
- (Consejo de Estado, 2010)

En la precisión que antecede se encuentran, de nuevo, los elementos generales de responsabilidad contractual que se describieron en acápite anterior: daño contractual, nexo causal y relación causa-efecto entre ambas.

Así se desprende de la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien advierte que la

responsabilidad contractual del Estado se configura cuando concurren los siguientes elementos:

1) La existencia de un daño consistente en la lesión del derecho de crédito del contratista. Al respecto cabe recordar que el contrato es fuente de obligaciones y a la vez de derechos correlativos para cada una de las partes, denominados estos derechos de crédito que consisten en la facultad de exigir al otro sujeto contratante el cumplimiento de las prestaciones a su cargo.

2) La imputación del daño a la entidad contratante. La imputación que permite atribuir el daño a un sujeto de derecho comporta un juicio jurídico que involucra una valoración de la causa material del mismo y del título de imputación aplicable al caso concreto. (Consejo de Estado, 2010)

En consecuencia, la responsabilidad contractual del Estado, soportada en el daño y su imputación, como premisas para eventual indemnización de perjuicios.

Para la configuración del daño es necesaria la existencia de una

lesión del derecho de crédito del contratista, derecho determinable mediante el análisis de las prestaciones contractuales pactadas, en el entendido de que solo es un daño indemnizable el que no se derive de la concreción de un riesgo asumido por él².
(Hernández, 2008, p. 172)

Mientras que la imputación, corresponde a la atribución jurídica del daño al Estado, y que se concreta al “demostrar que el daño del contratista tuvo por causa la obligación incumplida por la entidad (responsabilidad subjetiva) o una actuación legítima de esta determinante del rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas (responsabilidad objetiva)” (Hernández, 2008, p. 172).

De esta manera se han descrito los elementos generales de la responsabilidad contractual y la forma en que, los mismos, se precisan para la responsabilidad contractual del Estado, permitiendo avanzar en las presentes líneas con las consideraciones sobre la materia, a la luz de los estudios recientes, en procura del fortalecimiento de la contratación estatal.

II. ESTUDIOS RECIENTES DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO

El presente acápite, aborda las tendencias y actualizaciones en torno a la responsabilidad contractual del Estado, concentrando el estudio en dos tópicos de discusión, por los efectos sobre la obligación del Estado, así:

- La indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual del Estado en el hecho del príncipe.
- El restablecimiento del equilibrio contractual, con ocasión de la teoría de la imprevisión.

Todos los tópicos enunciados, son analizados, a la luz de estudios recientes en el ordenamiento jurídico colombiano.

² En este sentido se pronunció la Sección Tercera del Consejo de estado en la Sentencia 14043 del 23 de febrero de 2004 (Hernández, 2008, p. 172).

II.1 HECHO DEL PRÍNCIPE

En el marco de la actividad contractual, es posible que el ejercicio del poder público implique, para la Entidad, la toma de decisiones que, eventualmente, afectarán las relaciones contractuales vigentes, configurándose el hecho del príncipe cuando dicha afectación tiene origen en un acto general y abstracto que altera gravemente la ecuación económica del contrato³ (Hernández, 2008, p. 184).

Estas decisiones que adopta la Entidad impactan sobre la ejecución del contrato, impacto que puede afectar el equilibrio económico y derivar en responsabilidad del Estado frente al contratista afectado, por lo que al respecto del hecho del príncipe se encuentran dos posiciones: una radical y una lata.

La primera exige que el acto general o abstracto haya sido generado por la entidad contratante; mientras que la segunda flexibiliza este requisito extendiendo el poder de actuación a Entidades diferentes a la contratante, así se ha precisado al advertir que la posición mayoritaria en el Consejo de Estado es reconocer la configuración del hecho del príncipe “únicamente cuando el acto de carácter general y abstracto proviene de la entidad contratante; sin embargo, en algunas oportunidades, ha reconocido su procedencia en eventos en los cuales el acto proviene de una autoridad pública diferente de la entidad contratante” (Arrubla, 2020).

Esta discusión sobre el origen de la actuación que configura hecho del príncipe se entiende por las implicaciones sobre la responsabilidad contractual del Estado, de allí que prime la posición radical, pues constituiría ejercicio de poder por parte de la Entidad contratante quien, consiente de la existencia de un contrato, toma una decisión administrativa que afecta la ecuación contractual y que justifica la imputación de responsabilidad; mientras que con la posición lata se estaría imputando responsabilidad al Estado sobre efectos que no pudieron evitarse; pero que se ha reconocido, en ocasiones, por la lesión al contratista y su expectativa dentro de la relación contractual.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, cuando la alteración grave de la ecuación económica del contrato, producto de la configuración del hecho del príncipe, ocasiona “un daño personal, cierto

³ Sentencia 14577 del 29 de mayo de 2003 esa Corporación adoptó la teoría estricta, que condiciona la configuración de este evento a que el acto general y abstracto provenga de la entidad que contrata, en contraposición a la teoría lata que acepta su procedencia, aunque el acto fue proferido por otro ente público (Hernández, 2008, p. 184).

y directo al contratista, de tal magnitud que produzca consecuencias distintas a las que padece el resto de las personas cobijadas por el supuesto fáctico general de la norma” (Hernández, 2008, p. 185), se produce un daño especial que posibilita la imputación de responsabilidad contractual al Estado y la consecuente indemnización de perjuicios.

En este sentido se deriva responsabilidad contractual del Estado por la decisión administrativa que toma la Entidad contratante, decisión que afecta la ecuación económica del contrato y genera daño contractual al contratista, configurándose el “daño contractual, el nexo causal y la relación causa-efecto” (Becerra, 2014, p. 20) como elementos determinantes de responsabilidad, bajo el daño especial como imputación.

Para comprender la naturaleza de la decisión administrativa que configura el hecho del príncipe, es importante recordar que la misma, fue concebida por la norma de contratación estatal como detonante de responsabilidad contractual del Estado por la ruptura que genera de la ecuación económica y para ello debe consistir en

una verdadera alteración o trastorno en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en ese sentido fue decisiva para el cocontratante, ya que “el aleas normal”, determinante de perjuicios “comunes” u “ordinarios”, aun tratándose de resoluciones o disposiciones generales, queda a cargo exclusivo del cocontratante, quien debe absorber sus consecuencias: tal ocurriría con una resolución de la autoridad pública que únicamente torne algo más oneroso o difícil el cumplimiento de las obligaciones del contrato. (s.n., s.f.)

En este contexto, en el hecho del príncipe se configuran los elementos determinantes de la responsabilidad del Estado, mencionados con antelación, así:

- El daño, que se concreta en la alteración grave y anormal de la ecuación económica del contrato.
- La imputación jurídica a la Entidad, toda vez que el daño especial lo causó un acto general y abstracto emitido por la propia contratante.

Una vez se han comprendido las características de hecho del príncipe como escenario de responsabilidad contractual, para los propósitos del presente informe, estudios recientes en torno a este tópico, analizan el impacto de la normativa Covid 19 sobre los contratos estatales teniendo en cuenta que,

en el ámbito de los contratos administrativos, juega un rol preponderante el equilibrio de prestaciones, la “equivalencia honesta” o “ecuación económico-financiera” del contrato, que asegura una proporción entre las cargas y beneficios de las partes, y que se incorpora como parte del derecho de propiedad del contratista, con tutela constitucional. (Muratorio, 2020, p. 213)

Por lo que, la expedición de diversas normas en el marco de la emergencia generada por la pandemia del Covid 19 que impacten sobre la ejecución del contrato generan responsabilidad contractual para la Entidad, toda vez que,

al ocasionarle un daño directo o indirecto al contratista y de esta manera causar la ruptura del principio, la parte afectada puede acudir ante el juez de lo contencioso administrativo para solicitar restablecimiento de la ecuación contractual y la reparación de su perjuicio, dado a que la entidad contratante se encuentra en la obligación repararlo. (Toro, 2020, p. 9)

La responsabilidad del Estado, por configuración del hecho del príncipe, en el marco de la pandemia del Covid 19, requiere de la demostración de los elementos ya mencionados: daño e imputación, con el fin de acudir a la instancia judicial respectiva para demandar y reclamar la responsabilidad e indemnización a la que haya lugar, pues cada caso debe ser analizado a la luz de los elementos generales y específicos de la responsabilidad contractual del Estado.

II.II TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

La teoría de la imprevisión, aplicable en derecho privado y derecho público, hace referencia a la existencia de “actos o hechos extraordinarios y ajenos a las partes, imprevisibles y posteriores

a la celebración del contrato, que alteran su equilibrio económico en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución, pero haciéndolo más oneroso” (Hernández, 2008, p. 174).

Es la materialización de esos actos o hechos los que imponen al contratista cargas contractuales adicionales que repercuten en el rompimiento de la ecuación contractual; sin embargo, dichos actos o hechos deben afectar de manera grave la ejecución del contrato y obligar al contratista a tomar medidas, asumiendo sobre costos, que garanticen el cumplimiento de lo contratado, en procura del interés público perseguido y garantizando la continuidad de las prestaciones pactadas.

Atendiendo a sus características, la teoría de la imprevisión se concibe como una alternativa para las partes que ven afectada la ejecución del contrato por hechos externos e imprevisibles, permitiendo una adecuación de las condiciones en procura de garantizar la adecuada ejecución de las prestaciones contractuales, en función de los principios aplicables al negocio jurídico como el *pacta sunt servanda* y la buena fe, entre otros, como pasamos a revisar.

Estudios recientes en torno a la teoría de la imprevisión nos ubican en dos escenarios, uno académico y otro de aplicación. El primero en procura de una percepción de la teoría como alternativa de revisión-resolución judicial del contrato y el segundo como oportunidad de aplicación con ocasión de la pandemia derivada por el Covid 19.

La teoría de la imprevisión, como alternativa de revisión-resolución judicial, propuesta desde el escenario académico, debe analizarse tanto en el sector público como en el sector privado.

En los contratos de derecho privado, la teoría de la imprevisión, representa una excepción a la tendencia generalizada de intervención judicial, pues invita a acudir a la revisión-resolución judicial ante el advenimiento de actos o hechos imprevistos que afectan la ecuación contractual, con fundamento en el principio de la buena fe y obligando a considerar las condiciones contractuales, su naturaleza y elementos, toda vez que, “si el negocio es legítimo y correcto, ni aquellas unilateralmente ni el juez pueden alterar su contenido y sus efectos” (Hinestrosa, 2020, p. 10), por lo que NO todo negocio es susceptible de revisión-resolución judicial por imprevistos por razones del respeto al negocio, el predominio de la equidad y el principio de *pacta sunt servanda*.

Lo anterior, permite advertir que la revisión-resolución judicial por imprevistos es posible, para contratos de derecho privado, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- Se trate de contratos de tracto sucesivo y obligaciones de cumplimiento futuro.
- Se presente un “desequilibrio entre prestaciones, en un principio paritarias, es decir que al momento de ejecutarlas se da una desproporción entre cargas que deben ser o, mejor, mantenerse equivalentes por esencia” (Hinestrosa, 2020, p. 16).
- Los actos o hechos que sobrevienen en la ejecución NO hayan sido previstos por las partes en la etapa contractual, es decir que escapan al marco de la planeación natural a todo contrato de ejecución sucesiva.

Como se ha advertido, en derecho privado se presenta una resistencia a que aplique la revisión-resolución judicial del contrato, por lo que, en el marco negocial, las partes han comenzado a incorporar cláusulas de revisión y de renegociación que permiten tomar medidas necesarias ante la eventual configuración de la teoría de la imprevisión, en contratos de tracto sucesivo a futuro que viabilizan el “reajuste automático y tarifado del equilibrio contractual, que opera en cuanto se presenten determinadas circunstancias, por ejemplo, cuando determinado índice de precios o tasa de cambio alcance o rebase determinado nivel” (Hinestrosa, 2020, p. 27) [procurando a las partes]

acordar que se abrirán negociaciones con miras a un reajuste en esas mismas circunstancias o delante de hechos análogos lo que establece es una obligación de negociar, de discutir que exige, más que buena voluntad o mente abierta, una actitud de buena fe y lealtad. (Hinestrosa, 2020, p. 27)

En este sentido, en derecho privado la aplicación de la teoría de la imprevisión, con miras a una revisión-resolución judicial del contrato, se encuentra sujeta al cumplimiento de un escenario con requisitos específicos que deben tenerse claramente identificados, de acuerdo con lo mencionado.

Por su parte, la teoría de la imprevisión para el contrato estatal, supone que la revisión-resolución judicial, se encuentra sometida a factores específicos como

el predominio del interés colectivo o general, la constante subordinación de los particulares al bienestar común, que imponen a la administración velar por la continuidad

de las actividades de que se sirven las gentes, como también por su constante mejoría y acondicionamiento a los avances técnicos. (Hinestrosa, 2020, p. 23)

Aunado a lo anterior, el deber de planeación y la existencia de potestades excepcionales como la modificación unilateral y la declaratoria de caducidad, permiten a la Entidad

adelantarse a los hechos, modificar condiciones y tarifas, tanto para auxiliar al contratista en trance de ruina y exigirle respeto a lo pactado en condiciones generales variadas, como para demandarle introducción de nuevos métodos y prácticas más útiles, sin trato alguno proveniente de la idea de respeto al dicho contractual. (Hinestrosa, 2020, p. 23)

Por lo anterior,

el Consejo de Estado ha aplicado la teoría de la imprevisión con los siguientes lineamientos:

- 1) Que el hecho perturbatorio sea exógeno;
- 2) Que no haya podido ser razonablemente previsto por las partes al momento de contratar;
- 3) Que produzca una afectación de la ecuación económica del contrato extraordinaria y excepcional.

La imprevisión da lugar a reequilibrar el contrato hasta un punto de no pérdida. Por lo tanto, se excluye la utilidad del contratista (Arrubla, 2020).

En este contexto, son varias las alternativas que permiten a las partes revisar y adecuar el contrato ante la configuración de la teoría de la imprevisión, atendiendo a la naturaleza misma de las prestaciones contractuales y la finalidad que se persigue con las mismas, otorgando posibilidades a las partes, un poco más flexibles, que aquellas contenidas en el derecho privado.

El segundo postulado que hemos advertido en este acápite, como oportunidad de aplicación de la teoría de la imprevisión, se presentó a partir de 2020 con ocasión de la emergencia sanitaria

derivada por la pandemia del Covid 19, en cuyo contexto la actividad contractual de toda índole vio afectado su cumplimiento, afectando también los contratos estatales suscritos, configurando “una circunstancia extraordinaria que permitiera cumplir el requisito que exige la aplicación de la teoría de la imprevisión” (Arrubla, 2020), siempre que se cumplan las siguientes premisas:

- Se trate de “contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida, en los cuales no se presente una imposibilidad absoluta para el cumplimiento de la obligación” (Arrubla, 2020). Esta premisa se soporta en lo descrito sobre la teoría de la imprevisión, su fundamento y aplicación, pues la misma procura garantizar la adecuada ejecución contractual. Ante una imposibilidad absoluta de cumplimiento del contrato, aplicar la teoría de la imprevisión resulta inviable por imposibilidad fáctica.
- La “atribución de riesgos contractuales excluye la aplicación de la teoría de la imprevisión” (Arrubla, 2020), como condición específica en contratación estatal, toda vez que, si en virtud del principio de planeación, se consideró el riesgo y el mismo se ha materializado, hace imposible la configuración de la existencia de un hecho exógeno que no haya podido ser razonablemente previsto por las partes al momento de contratar y en consecuencia escapa a la esfera de aplicación de la teoría de la imprevisión.
- “La teoría de la imprevisión es aplicable únicamente a contratos que se encuentren en curso, no es una solución para reclamar perjuicios” (Arrubla, 2020), teniendo en cuenta que su finalidad es garantizar la ejecución contractual, máxime por el interés público que se persigue con el contrato estatal.

Como una alternativa para la adecuada ejecución del contrato estatal, por posibles afectaciones en el marco de la pandemia del Covid 19, las partes pueden acudir a la revisión del contrato con el fin de adoptar las medidas que posibiliten su cumplimiento y en su defecto la resolución del mismo, encontrando como limitante práctica la duración del proceso judicial de revisión y las necesidades inmediatas para la continuidad del negocio, por lo que es importante que las partes tengan presente las posibilidades que la modificación unilateral, por ejemplo, ofrece como potestad excepcional y con la misma finalidad: garantizar la adecuada ejecución del contrato.

REFERENCIAS

- Arrubla Paucar, J. (2020). *La pandemia y la responsabilidad contractual*. [Diapositiva de PowerPoint]. https://www.defensajuridica.gov.co/servicios-al-ciudadano/seminarios_web/Documents/conferencia_virtual_Dr_jaime_arrubla.pdfCon
- Constitución Política de Colombia. (1991). 20 de Julio de 1991. G.C. No. 116
- Becerra Toro, R. (2014). *Nociones Generales Sobre Responsabilidad Civil Contractual Y Extracontractual (Aquiliana)*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. [Archivo PDF]
- http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/13048/Libro_Nociones_Responsab_Civil%281%29.pdf?sequence=2&isAllowed=n
- Consejo De Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. (2010). Sentencia 20001-23-31-000-1998-04061-01(18499). Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez
- Hernández Silva, A.P. (2008). La responsabilidad contractual del Estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?. *Revista de Derecho Privado*, 14 (jun), 171–192.
- <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/554/524>
- Hinestrosa, F. (2020). Teoría de la Imprevisión. *Revista de Derecho Privado*, 39, 9 – 29,
- <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n39/0123-4366-rdp-39-9.pdf>
- Muratorio, J. (2020). La normativa COVID-19 como hecho del príncipe. *Revista Derecho Administrativo*, Julio – Agosto, 130. <https://www.estudio-ofarrell.com/wp-content/uploads/2020/08/La-normativa-COVID-19-como-hecho-del-pr%C3%ADncipe-J.-Muratorio.pdf>
- Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993. D.O. No. 41.094.
- Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. 16 de Julio de 2007. D.O. No. 46.691.
- Reyes Sánchez, A. y Parada Serrano, D. (2021). *Responsabilidad en la protección de datos personales por afectaciones a la seguridad de la información*. [Sin publicar]. Estudios de Responsabilidad Civil Tomo III. Editorial Universidad EAFIT, Medellín.

s.n. (s.f.). *Exposición de motivos Ley 80 de 1993*. [Archivo PDF].

<https://normograma.invima.gov.co/normograma/docs/pdf/mtl008093.pdf>

Toro Ramírez, M. (2020). *Efectos Del Hecho Del Príncipe, La Teoría De La Imprevisión Y El Ius Variandi En El Equilibrio Financiero Del Contrato Estatal*. [Tesis Facultad de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada]

<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/36943/ToroRamirezMarianaVaneza2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y>