

# LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS: ALGUNOS ASPECTOS COMPARATIVOS

Pre-contractual and contractual liability of the State in Colombian and French law: some comparative aspects

Carlos Andrés Zambrano Sanjuán<sup>1</sup>

**Resumen:** La contratación estatal ha sido entendida como una de las principales formas o herramientas con las que el Estado cumple los fines que constitucionalmente le han sido asignados y satisface las necesidades de la sociedad, de allí su importancia y la necesidad apremiante de que, quienes de una u otra manera tienen contacto con esta área del derecho, tengan una precisión conceptual y un rigorismo técnico en cuanto a los diferentes escenarios configurativos de la responsabilidad en todo el íter negocial, tanto en su fase previa (precontractual) como en la suscripción y ejecución del contrato (contractual); así como en su estructuración, características, fundamentos y efectos en cuanto al ámbito resarcitorio que conlleva cada escenario señalado. A estos efectos, y de manera muy puntual, es que se ha querido abordar la cuestión en el presente trabajo, debidamente delimitado a los aspectos que se han considerado son los más críticos o importantes, labor en la que se ha estimado valioso realizar un estudio comparado con el derecho francés, de donde hemos adoptado la casi totalidad de eventos y figuras que se presentan en el derecho contractual, y como tal, de donde se encuentra un fundamento bien importante dado el origen común que guardan ambos ordenamientos jurídicos.

**Palabras Clave:** Responsabilidad precontractual del Estado, responsabilidad contractual del Estado, equilibrio financiero del contrato, nulidad del contrato estatal.

---

1 Abogado, Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible, Procurador Judicial - Procuraduría General de la Nación, Bogotá DC.

**Abstract:** State contracting has been understood as one of the main forms or tools with which the State fulfills the purposes that have been constitutionally assigned to it and satisfies the needs of society, hence its importance and the pressing need for those who in one way or another have contact with this area of law, to have conceptual precision and technical rigour in terms of the different configuring scenarios of responsibility throughout the whole business, both in its previous phase (pre-contractual) and in the signing and execution of the contract (contractual); as well as in its structuring, characteristics, foundations and effects in terms of the scope of compensation that each scenario entails. To these effects, and in a very punctual way, it is that we have wanted to approach the question in the present work, properly delimited to the aspects that have been considered the most critical or important, work in which it has been considered valuable to carry out a study compared with the French law, from where we have adopted the almost totality of events and figures that are presented in the contractual law, and as such, from where a very important foundation is found given the common origin that keep both legal systems.

**Keywords:** Pre-contractual liability of the State, contractual liability of the State, financial equilibrium of the contract, nullity of the state contract.

## INTRODUCCIÓN

Resulta incuestionable la importancia que, desde la teoría, tiene la contratación estatal dentro de nuestro ordenamiento jurídico como medio para cumplir los fines encomendados al Estado y satisfacer las necesidades de la colectividad (Rodríguez, 2008, pp. 415, 36, 473, 560-565, 573-576; Vidal, 2008, pp. 359-364, 381, 404-405; Younes, 2004, pp. 161-162, 189-192), pero cuya realidad resulta lamentablemente opuesta a esos propósitos esenciales y expectativas de los asociados, unas veces por desconocimiento de la materia, otras por un entendimiento y aplicación incorrectos de los postulados y reglas que la rigen, y en otras, no pocas, por intereses oscuros que sólo buscan generar un lucro ilícito para sí y para quienes hacen parte de ese círculo de defraudación de los recursos públicos, en claro y directo desmedro de esos intereses y fines superiores que, como ya hemos dicho, encierran la contratación pública y las políticas públicas en general (Jiménez, 2013).

Pues bien, en aras de realizar un aporte a la correcta comprensión de tan importante cuestión, hemos querido materializar un trabajo que permita al lector desentrañar el origen y fundamento de algunos aspectos que se consideran esenciales dentro de todo el universo que resulta ser el campo de la contratación estatal, y a tal efecto, hemos considerado pertinente y valioso realizar un estudio de derecho comparado con el ordenamiento francés y la manera en que allá funcionan tales aspectos puntuales.

Dicha selección obedece, esencialmente, a que es del derecho francés que nuestro ordenamiento jurídico, desde tempranos momentos de existencia, ha tenido como fuente y referencia en los campos civil (de donde indudablemente tiene un punto de partida el derecho contractual, en general, y el de la contratación administrativa o pública, en especial), en el régimen de la contratación, el derecho de las obligaciones (que subyace como basamento esencial de la teoría de los contratos) y en el de la responsabilidad en general (Benavides, 2004, p. 133; Hinestrosa, 2002, p. 48; Ospina, 2008, p.3; Piñarte, 2018, pp. 16, 31).

De otra parte, se ha seleccionado el derecho francés también por otro aspecto, y es el que se pasa a explicar brevemente:

Como es bien sabido por quien tenga conocimientos básicos en responsabilidad y el derecho de daños, la responsabilidad que surge o emana de todas las etapas de la contratación pública resulta ser un campo sumamente amplio, que abarca un gran número de eventos, tesis y situaciones que conllevan a diferentes soluciones o formas de reparar los daños que se ocasionan en el íter negocial, bien sea a modo compensatorio o de indemnización plena, según sea el caso, y además, el propio marco teórico y normativo también difiere de si estamos frente a la etapa previa al nacimiento del contrato -en cuyo caso estamos frente a la denominada responsabilidad precontractual- o, si por el contrario, el contrato ya existe, ya se ha perfeccionado -la responsabilidad contractual propiamente dicha-.

Así las cosas, y comoquiera que no es el propósito del presente documento abarcar de manera exhaustiva todo el ámbito de responsabilidad del Estado tanto en la etapa pre-

contractual como en la contractual -entre otras cosas, porque ello resulta imposible por escapar a los fines y objeto de este escrito-, se ha querido delimitar este estudio a cuatro aspectos muy concretos y que se estiman son sumamente relevantes, dos de la etapa precontractual y dos de la contractual, cuyos fundamentos u orígenes fueron tomados o traídos precisamente de la normatividad y doctrina francesas, o que encuentran en éstas un fuerte referente que justifica un análisis de derecho comparado como el que acá se propone.

Estos cuatro temas seleccionados son: para la etapa precontractual, la nulidad (absoluta) del contrato estatal y la responsabilidad del Estado frente a la frustración del negocio jurídico de alguno de los proponentes, es decir, la responsabilidad que surge para la administración por no haber seleccionado como contratista al mejor oferente; y en cuanto a la etapa contractual, se analizará el incumplimiento del contrato y el desequilibrio de la ecuación financiera del contrato -también denominada de antaño en Francia como la responsabilidad contractual sin culpa- ; todo ello enmarcado igualmente dentro del estricto ámbito de la responsabilidad, es decir, y de manera principal, los efectos de estas figuras y la forma de reparación del daño que por su ocurrencia o configuración puedan dar lugar.

De otra parte, y ya para finalizar la introducción pertinente al caso, hemos de dejar sentadas dos bases, necesarias de ser reiteradas y aclaradas: tanto en el derecho colombiano como en el francés resulta indudable la influencia de las nociones civilistas en el ámbito del derecho contractual administrativo, eso sí, siendo en Francia una influencia o sujeción muchísimo más fuerte que en nuestro país, a tal punto, que en la última modificación del Code Civil, que entró en vigencia a partir de octubre de 2016, se efectuó una labor integradora en la noción y tratamiento de todos los contratos, que ha llevado a que la propia doctrina empiece a reconocer y hablar de una auténtica fuerza encaminada a la consolidación de un “derecho común de los contratos” (Piñarte, 2018, pp. 10, 27-32), en donde, por supuesto, están incluidos todos los administrativos.

Consonante con lo anterior, y como segundo aspecto, dada esa fuerza integradora tan fuerte en el derecho francés, y por ausencia de un auténtico y completo estatuto contractual, como sí ocurre en Colombia, prácticamente todas las figuras, fenómenos, efectos y demás aspectos sustanciales y accidentales de los contratos, tienen su regulación e interpretación por vía de aplicación de las reglas civiles.

Así pues, teniendo en cuenta el anterior prolegómeno, necesario para marcar un punto de inicio conceptual al lector, entremos en el desarrollo mismo del trabajo que nos ocupa.

### **I. *La etapa precontractual***

Como lo anotamos hace un momento, se han seleccionado dos temas claves que se presentan o que tienen su origen dentro de la etapa precontractual: el de la configuración de las nulidades absolutas y la responsabilidad de la administración por no seleccionar al mejor proponente.

No obstante, y antes de dar inicio formal al temario propuesto, resulta necesario efectuar una pequeña acotación respecto del primero de los temas, este es, el de las nulidades: evidentemente se trata de un fenómeno que normalmente -por no decir que siempre- se ve reflejado o se manifiesta cuando ya existe el contrato, cuando se ha perfeccionado, situación que haría pensar inicialmente en que se trata de un aspecto cuyos efectos deberían ser estudiados dentro del campo de la responsabilidad contractual; sin embargo, hay que tener siempre presente que lo anterior sólo lo es en apariencia, pues en el fondo, y en estricta precisión jurídica, las nulidades son situaciones que se estructuran y configuran en la etapa precontractual y hasta el momento mismo en que el contrato se perfecciona (Consejo de Estado, Sección Tercera, 28010, 2007), es decir, claramente es un aspecto que ha de estudiarse en el campo de la responsabilidad precontractual, aun cuando su declaratoria y efectos se manifiesten frente al contrato viciado ya existente o incluso en ejecución.

Ahora sí, demos inicio sin más dilaciones a la temática propuesta.

- Las nulidades absolutas

En Colombia, y reiterando lo dicho hace un momento, tenemos un Estatuto de la Contratación Pública, contenido en la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007 y reglamentada por una larga lista de decretos expedidos por el gobierno nacional. Dentro de este estatuto, específicamente en su artículo 44, se han consagrado las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, en donde se han señalado como tales la celebración del contrato con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, o contra expresa prohibición constitucional o legal, o con abuso o desviación de poder, o cuando se declaren nulos los actos administrativos que le sirvan de fundamento, o se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

Adicionalmente, complementando ese listado *numerus clausus*, una causal abierta contenida en la fórmula "...en los casos previstos en el derecho común...", con lo cual hemos de remitirnos, forzosamente, a lo establecido en las reglas civiles y comerciales pertinentes, estas son, el artículo 1741 del Código Civil (por objeto o causa ilícitas, por omisión de algún requisito o formalidad esencial y por haberse celebrado con persona absolutamente incapaz) y el artículo 899 del Código de Comercio (por objeto o causa ilícitas, por haberse celebrado con persona absolutamente incapaz -ambas recogidas del Código Civil- y por contrariar normas imperativas, caso este último siempre y cuando la ley no disponga de otra cosa).

Ahora bien, y a diferencia de nuestro ordenamiento jurídico, en Francia, por la ausencia de un estatuto o codificación contractual pública, y producto de ello la remisión obligada a las reglas civiles, las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales se encuentran contenidas únicamente en el Code Civil, esto es, por ausencia o contravenir alguno de los requisitos contenidos en su artículo 1108, y que son: consentimiento de la parte que se obliga, capacidad del contratante, un objeto cierto y una causa lícita.

En este punto resulta necesario efectuar una importante precisión, que aunque parezca trivial, reviste notable relevancia por sus efectos: en Francia no se habla unívocamente de la nulidad del contrato como tal, sino de las causales de invalidez del contrato, por una diferencia conceptual esencial con nuestro Código Civil: recordemos que en Francia, a diferencia nuestra, no se aplica la teoría del título y el modo, lo que resulta fundamental para determinar en muchos casos el perfeccionamiento del contrato y el riesgo de la cosa debida (Benavides, 2004, pp. 146-149).

Y de otra parte, por la tesis que cada estatuto sustantivo prohijó frente a la naturaleza misma del régimen de nulidades: mientras el Code Civil francés tomó la postura de la invalidez del contrato viciado, generando la discusión aún no superada del todo de si la nulidad produce efectos de pleno derecho, con lo cual no requeriría, siempre y en todo caso, de pronunciamiento judicial como en Colombia, sino que las partes mismas podrían desligarse autónomamente del vínculo negocial y de las obligaciones por éste adquiridas; a su turno, el Código Civil colombiano, de la mano de don Andrés Bello, prefirió adoptar una tesis menos problemática y más pragmática, que es la de la ineficacia de los actos jurídicos existentes pero viciados en su formación (Ospina y Ospina, 2005, pp.434-439), con lo cual la discusión anotada no tiene cabida.

Vistas de ese modo las cosas, frente a las causales de estructuración de los vicios de nulidad absoluta, ambos ordenamientos, si bien coinciden en unos puntos concretos -aquellos que emanan de las respectivas codificaciones sustantivas civiles, específicamente, sobre objeto y causa lícitos y la capacidad para contratar-, difieren sustancialmente respecto de la especificidad del derecho administrativo y del interés público que reviste el contrato estatal, que en Colombia, a diferencia del derecho francés, sí es tenido en cuenta y sí ha consagrado ese régimen especial de los contratos públicos, haciendo más extensiva las causales o eventos en que puede dar lugar la nulidad absoluta de éstos, cuando está de por medio la afectación de ese interés superior y la vulneración de los principios de transparencia, objetividad, buena fe, imparcialidad, igualdad y moralidad, contenidos en nuestro ordenamiento jurídico y que guían y determinan los procesos contractuales públicos.

En cuanto a los efectos de la nulidad decretada, también encontramos una diferencia importante entre ambos ordenamientos: si bien es cierto tanto en Colombia como en Francia el efecto de la nulidad de los contratos -sean éstos de la naturaleza que fueren: civiles, comerciales o administrativos- es siempre proceder a las restituciones mutuas, en cuanto se entiende que debe operar una ficción legal como si nunca hubiera existido el contrato, y en consecuencia, se erige el derecho-deber de las partes de quedar en la misma situación en que se encontraban al tiempo de la celebración del acto, con la consecuente extinción de las obligaciones por éste surgidas a las partes, por lo que opera los efectos ex tunc de dicha declaratoria de nulidad, en el derecho colombiano, y en virtud de lo establecido en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, es posible obtener por parte del contratista el pago de las prestaciones ejecutadas, incluso, si la nulidad decretada proviene de causa u objeto ilícitos, caso este último que no es posible en el derecho francés.

- La responsabilidad del Estado y la indemnización de perjuicios en la etapa precontractual.

Ahora bien, frente al campo de la responsabilidad precontractual civil, ambos ordenamientos jurídicos, por su origen común, tienen como fuente de la misma la llamada culpa in contrahendo. Sin embargo, respecto de la responsabilidad precontractual del Estado, se presenta una situación diferente, que separa totalmente ambos ordenamientos.

En Francia, como se ha referido con antelación, el tema de la contratación del Estado se rige fuertemente y de manera casi prioritaria con base en las reglas y principios del derecho civil, razón por la cual la aludida culpa in contrahendo se constituye en el principal fundamento de la responsabilidad precontractual, basado en el principio formulado por Ihering según el cual “quien genera daños en virtud de las negociaciones preliminares... [debe ser] obligado a repararlos” (Oviedo, 2008, p. 102).

En virtud de lo anterior, claramente el ámbito de reparación del daño está enmarcado por lo que la doctrina identifica como interés negativo, este es, los gastos o erogaciones que para la parte afectada implicó el haber estado inmerso en unas tratativas frustradas, y que, claramente, se trata de un daño emergente: es el costo de la negociación, en contraposición al interés positivo, que es típico de la responsabilidad por incumplimiento contractual y que permite resarcir no sólo el daño emergente, sino la utilidad o ganancia esperada con ocasión del contrato incumplido o desfallido.

Importante destacar que dentro de la reparación del daño en el campo de la responsabilidad precontractual en Francia también es aceptado ampliamente por la doctrina la posibilidad de indemnizar por la pérdida de la oportunidad a quien, por estar dentro de unas tratativas que al final se frustran por violación a la confianza y buena fe por la contraparte negociadora, deja de incursionar o participar en otro u otros proyectos contractuales que le hubieran reportado igualmente una ganancia, claro está, evento éste que debe reunir las condiciones suficientes como para tenerlo como perjuicio cierto y determinable, y no como uno incierto o indeterminado, que no puede dar lugar a reparación alguna (Henaó, 1998, pp. 159-160, 165-166; Le Tourneau, 2004; Mendieta, 2011, pp. 58-65; Oviedo, 2008, pp. 109-112).

Por su parte, en Colombia opera esta responsabilidad precontractual del Estado de manera diferente, y es desde la óptica de la anulabilidad del acto de adjudicación del contrato -como uno típico separable de éste-, y en los términos y requisitos establecidos jurisprudencialmente para ello.

Significa lo anterior, y de conformidad con el Consejo de Estado (Sección Tercera, 26332, 2014), que quien pretenda obtener una reparación del daño que le produjo el no haber sido seleccionado como contratista por parte de la administración, debe acreditar suficiente y satisfactoriamente dos cosas: uno, que el acto de adjudicación del contrato, que es el demandable en los términos del artículo 141 inciso 2 de la Ley 1437 de 2011, adolece de alguna causal de nulidad de las establecidas en el artículo 137 *Ibidem*; y dos, bien importante, debe probar que su propuesta era la mejor, por encima de todas las demás presentadas.



Ha dicho el Consejo de Estado:

[P]ara acceder al reconocimiento de perjuicios derivados de la nulidad del acto de adjudicación, por escogencia indebida de la mejor oferta, no basta cuestionar y demostrar la ilegalidad del acto administrativo, ni exponer los vicios de que adoleció el proceso de selección –aunque es presupuesto indispensable–; también es necesario que el demandante acredite que su propuesta cumplía las exigencias del proceso de selección y que además ocupaba el primer lugar en la evaluación. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 26332, 2014).

La prosperidad de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación y de la consecuente condena a la indemnización de perjuicios derivada de la privación del derecho a ser adjudicatario, está condicionada a que el demandante demuestre: i) que el acto de adjudicación es contrario al ordenamiento que rige la selección del contratista porque no contiene la escogencia de la mejor propuesta y ii) que se demuestre que, mediante el sometimiento estricto a las normas que rigen la escogencia del contratista, se deduce que el actor hizo la mejor propuesta. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 15963, 2008).

Acreditado lo anterior, el participante o proponente dentro del proceso de selección de contratista tiene derecho, como marco indemnizatorio, a que se le repare, además del interés negativo (daño emergente: los gastos en que incurrió en el proceso contractual), el interés positivo, pero en los términos que jurisprudencialmente se ha establecido, esto es, al pago de la utilidad esperada con la ejecución del contrato que fue indebidamente adjudicado a otro oferente, pero calculada, dicha utilidad frustrada, sobre el valor o porcentaje que el propio oferente incluyó en su propuesta, y que está establecido en el respectivo AIU que propuso para el contrato:

La Sala, con fundamento en lo expuesto en precedentes providencias, considera que el perjuicio material que padece el sujeto privado injustamente del derecho a ser adjudicatario, está definido a partir de la utilidad proyectada en su propuesta. En consecuencia, habrá de liquidarse la indemnización correspondiente con fundamento en el porcentaje de la utilidad esperada por el actor, calculada con fundamento en el AIU propuesto para el contrato, que corresponde a i) los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista (A); ii) los imprevistos, que es el porcentaje “destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato” (I) y iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato (U). (Consejo de Estado, Sección Tercera, 15963, 2008).

## II. *La etapa contractual.*

Como segunda parte del presente trabajo tenemos lo atinente a la responsabilidad contractual del Estado que, como lo señalamos al inicio, hemos delimitado a dos aspectos sustanciales, que son los que básica y esencialmente resumen todo lo relevante a este tipo de responsabilidad y que concitan el mayor interés de parte de la doctrina nacional



y foránea: el incumplimiento o desfallecimiento contractual, y el desequilibrio de la ecuación financiera del contrato o “responsabilidad sin culpa”.

Veamos pues, cada una de estas situaciones:

- La responsabilidad del Estado por el incumplimiento contractual

Respecto de la responsabilidad del Estado surgida por el incumplimiento contractual, existe coincidencia entre los ordenamientos jurídicos colombiano y francés frente a la forma de indemnizar al contratista los daños ocasionados con dicho incumplimiento: una indemnización plena en ambos casos.

Sin embargo, el fundamento de esa responsabilidad difiere totalmente en uno y otro caso, pues mientras en Francia resulta ser la noción de culpa contractual (Le Tourneau, 2004, pp. 27-38, 99-120, 121-131), que tiene su origen en el derecho civil, en Colombia el fundamento de esta responsabilidad, como sucede con toda la responsabilidad del Estado en general, se encuentra establecido en el artículo 90 de la Constitución Política (Corte Constitucional, C-333 de 1996).

Teniendo en cuenta lo anterior, a pesar de que en Francia el fundamento de esta responsabilidad se encuentra en las reglas civilistas y en el concepto de la culpa, como régimen subjetivo que resulta inherente a toda la tradición que viene desde el derecho romano (Cortés, 2009, pp. 95-99 y 195-202; Le Tourneau, 2004), y que en nuestro ordenamiento jurídico dicho fundamento se encuentre expresamente recogido en la propia Constitución Política (en el citado artículo 90), en ambos casos los efectos resultan ser los mismos, estos son, el contratista, tanto en Francia como en Colombia, tiene derecho a obtener una indemnización plena de sus perjuicios.

Así las cosas, la diferencia entre ambos ordenamientos se termina evidenciando de cara al proceso judicial en sí mismo: mientras en Francia al contratista le basta con demostrar la “culpa” de la administración que dio lugar al incumplimiento presentado, para que se proceda a la respectiva indemnización de perjuicios de manera plena (incluyendo daño emergente, lucro cesante e, incluso, porque nada lo excluye, los daños inmateriales que se puedan probar en el proceso); en Colombia, para idéntico fin, requiere acreditar los dos elementos de la responsabilidad que se encuentran establecidos en la Carta Superior: la ocurrencia de un daño con categoría de antijurídico, y su imputabilidad a la administración.

Respecto de la configuración de estos elementos de la responsabilidad contractual en el derecho colombiano, la doctrina, con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado (Sección Tercera, 14043, 2004), ha señalado:

El primer elemento determinante de la responsabilidad, el daño, se concreta en el ámbito contractual con la lesión del derecho de crédito del contratista, derecho determinable mediante el análisis de las prestaciones contractuales pactadas, en el entendido de que

solo [sic] es un daño indemnizable el que no se derive de la concreción de un riesgo asumido por él.

En efecto, de conformidad con el principio tradicional de riesgo y ventura, propio de los contratos, el contratista debe soportar su aleas [sic] normal, es decir, las mayores ganancias sobre las previstas y también las posibles pérdidas, todo lo cual guarda consonancia con las premisas del *pacta sunt servanda*, de la *lex contractus*, y del precio nominalista cierto.

El segundo elemento, imputación, consiste en la atribución jurídica del daño al Estado, mediante la aplicación de un título o fundamento de imputación. Al efecto resulta necesario demostrar que el daño del contratista tuvo por causa la obligación incumplida por la entidad [...]. (Hernández, 2008, p.172).

De conformidad con lo señalado, resulta entonces de vital importancia, tanto en el derecho colombiano como en el francés, tener presente la distribución de los riesgos contractuales y el cumplimiento de las cargas precontractuales -entre ellas la estructuración diligente del principio de planeación-, situaciones todas ellas que aunque se configuran en la etapa precontractual, su manifestación se concreta es en la ejecución del contrato, precisamente como factor que conlleva a su desfallecimiento, pero que, en el evento de que el contratista haya sido quien hubiera asumido a su cargo el riesgo que posteriormente se concreta, o dado lugar a su configuración por su falta de diligencia al momento de sentar las bases del contrato, libera entonces de responsabilidad a la entidad contratante.

Para finalizar este tema, resulta importante efectuar una precisión respecto de un asunto en que la normatividad colombiana, a diferencia de la francesa, parece caer en grave confusión: por una desafortunada técnica legislativa, o quizá por una errada conceptualización del ámbito de la responsabilidad contractual del Estado con culpa y sin culpa, el artículo 5° numeral 1° inciso 2° in fine de la Ley 80 de 1993, establece, como uno de los eventos en que procede a favor del contratista el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, el incumplimiento de la entidad estatal contratante. Lamentable error que puede llevar a situaciones injustas para los contratistas.

Como pasaremos a analizar en detalle en el siguiente -y último- tema a abordar de este trabajo, el desequilibrio de la ecuación financiera del contrato no es una responsabilidad por incumplimiento contractual, por el contrario, se trata de aquellos eventos en los que se presenta un perjuicio para alguna de las partes, pero sin que opere un hecho de alguna de ellas encaminado a obtener esa lesión del crédito de su cocontratante, es decir, son casos que la doctrina, de vieja data, ha considerado como típicos de responsabilidad contractual sin culpa.

En consecuencia, y tal y como lo acabamos de explicar, el incumplimiento del contrato por parte de la entidad estatal tiene como fundamento, aquí, en Francia y en todo el derecho que proviene de la tradición romano-germánica, el concepto de culpa contrac-

tual, de la intención de alguno de los cocontratantes de sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones surgidas en virtud del vínculo negocial, y por ende, se reitera, la forma en que opera la indemnización de perjuicios para la parte afectada es plena, esta es, permite la reparación de todos los perjuicios que el aludido incumplimiento le haya podido ocasionar, tanto materiales (daño emergente y lucro cesante) como inmateriales.

Como bien lo precisa Hernández (2008, p. 186):

El incumplimiento es determinante de la responsabilidad contractual del deudor, independientemente de la forma como se produzca el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, de manera que, una vez que se demuestre aquel [sic] y se prueben los perjuicios materiales e inmateriales derivados del mismo, resulta procedente declarar la responsabilidad contractual de la entidad incumplida y disponer la reparación integral de todos los perjuicios padecidos por el contratista.

Confundir ambos escenarios, totalmente diferentes, como mal lo hace el texto de la norma citada, conlleva a extraer del campo de la responsabilidad contractual con culpa el incumplimiento del contrato por parte de la entidad contratante para integrarlo dentro del ámbito de la responsabilidad sin culpa, algo realmente absurdo, y peor aún, por vía de semejante imprecisión, terminar conculcando los derechos legítimos del contratista afectado con tal incumplimiento, pues perdería su derecho cierto e indiscutible de obtener una indemnización plena de perjuicios, propia de la responsabilidad con falta o culpa, y pasaría al escenario precario de obtener, ya no una indemnización, sino una mera compensación, y a simple punto de no pérdida, como es natural en la mayoría de los eventos de la responsabilidad contractual sin culpa.

Como se observa, realmente ilógico, injusto, inequitativo y contrario a las reglas del derecho de daños y de la responsabilidad propias de esa tradición continental-europea, como lo son los ordenamientos jurídicos francés y colombiano.

- El desequilibrio de la ecuación financiera del contrato (responsabilidad sin culpa).

Ya para culminar esta segunda parte, y con ello la labor pretendida con este escrito, hemos de analizar la figura del desequilibrio financiero -o de la ecuación financiera- del contrato estatal, o como lo llama la doctrina, la responsabilidad contractual sin falta o sin culpa (Benavides, 2004, p. 133).

El equilibrio financiero del contrato, que tiene como fundamento el principio de equidad “frente a la transacción económica que se concreta en el contrato conmutativo” (Benavides, 2004, p. 144), puede ser definido como:

[L]a proporcionalidad o correspondencia existente entre las obligaciones y facultades de cada una de las partes del contrato conmutativo, que surge a la fecha de su celebración y que está concebido para orientar las relaciones de las partes, durante toda la vigencia de un contrato de tracto sucesivo o sometido a plazo o condición. (Hernández, 2008, pp. 172-173).

A su turno, la doctrina francesa lo ha entendido, desde sus orígenes, de modo prácticamente idéntico. De Soto (1950) citado por Benavides (2004, p. 136), lo explica de la siguiente manera:

Se presume que las obligaciones de las partes han sido calculadas de tal suerte que reflejan un equilibrio desde el punto de vista financiero, y el juez del contrato deberá esforzarse por mantener este equilibrio cualquiera sea su costo. Las prestaciones de los contratantes están correlacionadas entre sí, de tal suerte que si las de uno aumentan o disminuyen es necesario, de conformidad con la equidad, la finalidad del contrato (y con la común intención de las mismas partes), que las del otro vayan en el mismo sentido.

Ahora bien, respecto del soporte normativo y el fundamento conceptual en que se cimenta el postulado del “equilibrio financiero del contrato”, tenemos lo siguiente:

Como lo señalamos hace un instante, tanto en Colombia como en Francia se trata de una figura que encuentra sustento en los principios de equidad y buena fe. No obstante, en el derecho francés también lo fundamentan, como principio del derecho contractual público propio de ese sistema, en la solidaridad especial que la administración tiene para con su contratista -lo que no opera en nuestro ordenamiento jurídico-, y en la regla de interpretación de los contratos de la común intención de las partes, que tampoco tiene cabida en nuestro país (Benavides, 2004, pp. 135-139, 144).

Al respecto resulta pertinente traer en cita al profesor Benavides (2004, p. 157), quien explica con claridad estas diferencias conceptuales:

[E]l Consejo de Estado francés desarrolló un sistema de responsabilidad dividido en las distintas teorías de responsabilidad (hecho del príncipe, imprevisión, sujeciones imprevistas) que brindan un tratamiento específico según las circunstancias y la concreción del equilibrio equitativo inherente a cada contrato. Equilibrio entre el interés general y el interés lícito de obtención de provecho por parte del contratista; equilibrio entre el principio de imputación del hecho generador de perjuicio, esencial en todo sistema de responsabilidad, y la solidaridad para con el contratista, colaborador de la administración.

Por el contrario, el artículo 27 de la Ley 80 enuncia como principio fundamental de la responsabilidad la conservación de la ecuación inicial, entendida como el conjunto de derechos y deberes de las partes, definido en el momento de la celebración del contrato. Por consiguiente, las partes y el juez deberían estar obligados a restablecer esta equivalencia cuando los eventos nuevos vienen a romperla. No hay, en consecuencia, una ayuda especial de la entidad contratante para con su contratista, como en el derecho francés, sino un derecho, que tienen no una sino las dos partes (contratista y entidad contratante), a la conservación de la ecuación definida por las condiciones iniciales.

Por otro lado, en cuanto a su previsión normativa, mientras en Colombia se encuentra consagrado expresamente en el estatuto contractual (Ley 80 de 1993), específicamente en sus artículos 5 numeral 1º, 27 y 28; en Francia no existe tal positivización, además

de los soportes conceptuales en que se apoya y que acabamos de señalar, obran en su ordenamiento jurídico reglas civiles generales que le permiten darle fundamento normativo a esta figura, como por ejemplo, el Code Civil en sus artículos 1101 a 1107, pero particularmente sus artículos 1134 (ejecución de buena fe de los contratos) y 1135 (la equidad como criterio para determinar las obligaciones surgidas de los contratos); es decir, se trata de una figura que ha sido desarrollada amplia y preponderantemente por parte de la doctrina y la jurisprudencia francesas.

Teniendo en consideración lo anterior, tenemos, a modo de conclusión preliminar, dos situaciones que resultan totalmente diferentes -casi que contrapuestas- en la forma en que se materializa en el derecho colombiano y el francés el principio del equilibrio financiero del contrato:

Por la clara redacción del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato ha sido consagrado en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho-deber para ambas partes, contratista y entidad contratante, lo cual no sucede en el derecho francés, dado que por su lógica y fundamento en el principio de solidaridad para con el contratista, no resulta posible o admisible la alteración de ese equilibrio en contra de la administración, sino única y exclusivamente para el contratista, dado que éste es su colaborador; o como señala Benavides (2004, p. 144) “la entidad contratante nunca puede, en el derecho francés, beneficiarse del principio de la ecuación financiera del contrato”.

Y adicionalmente, concordante con lo anterior, el principio de intangibilidad del precio del contrato también difiere radicalmente en uno y otro ordenamiento jurídico: mientras en Colombia opera a favor de ambas partes, en Francia sólo lo hace a favor del contratista (Benavides, 2004, p. 144).

Entrando en el fondo de la materia, tenemos que dentro de la responsabilidad contractual sin culpa existen tres teorías clásicas, de origen francés, a saber: las sujeciones imprevistas (o sujeciones materiales imprevistas), la imprevisión y el hecho del príncipe. Adicional a ello, en Colombia, por virtud de la consagración y ejercicio de las denominadas “cláusulas exorbitantes al derecho común”, también se presenta una clase muy especial de este tipo de responsabilidad, y es el que la doctrina llama *ius variandi*, tema que abordaremos someramente al final del capítulo.

Grosso modo, podemos definir estas teorías de la siguiente manera concisa:

Las sujeciones imprevistas son aquellas dificultades materiales, físicas, de terreno, de carácter absolutamente anormal, totalmente imprevistas e imprevisibles para las partes al momento de celebrar el contrato, y que hacen considerablemente más onerosa su ejecución.

La imprevisión, por su parte, consiste en aquella situación que se presenta cuando por actos o hechos ajenos a las partes, totalmente imprevisibles para ellas al momento de

la celebración del contrato y que se configuran con posterioridad a éste, alteran el equilibrio económico de manera grave y anormal, a tal punto que, sin que imposibilite su ejecución, lo hacen mucho más oneroso.

Finalmente, el hecho del príncipe, en su acepción aceptada y recogida actualmente tanto en el derecho francés como en el colombiano, que es la *stricto sensu*, tenemos que es aquella afectación o alteración grave que sufre la ejecución del contrato (su ecuación financiera) por cuenta de los actos generales y abstractos que expide la propia entidad contratante en ejercicio legítimo de sus funciones públicas.

A partir de esas definiciones generales, podemos entonces, como lo hace el profesor Benavides (2004, p. 134), identificar el criterio de distinción de dichas teorías, por medio del álea que se presenta o configura en cada una de ellas: al álea físico, corresponde las sujeciones imprevistas; al álea económico, la imprevisión; y al álea administrativo, el hecho del príncipe.

Ahora bien, veamos las particularidades de cada una de estas figuras y, bien importante, su aplicación en Colombia y en Francia:

- Las sujeciones (materiales) imprevistas

Como lo vimos hace un momento, se trata de aquella dificultad de orden material, resultante de las condiciones físicas del terreno o de un fenómeno natural, ambiental, climático o geográfico, que por ende, se constituye en un álea material, como por ejemplo, suelos anormalmente inestables, condiciones del subsuelo, rocas más duras de lo esperado, obras o infraestructura enterradas cuya existencia se desconocía por completo, etc. (Benavides, 2004, p. 430). Debe ser además ajeno a las partes, imprevisible e imprevisto para ellas al momento de la celebración del contrato, y de una entidad grave y anormal, de tal suerte, que exceda o “sobrepase de manera extraordinaria el álea normal del contrato” (Benavides, p. 432) y que sus consecuencias frente a la economía del contrato también sean extraordinariamente graves.

En Francia esta figura es reconocida y aplicada por los jueces de manera autónoma a las demás, contrario a lo que sucede en nuestro país, donde este tipo de situaciones (sujeciones materiales imprevistas) son estudiadas y resueltas a la luz de la teoría de la imprevisión, como una especie de ésta (Hernández, 2008, p. 174).

Asimismo, otra diferencia importante entre ambos ordenamientos jurídicos radica en su forma de indemnización, toda vez que mientras en Francia procede para estos casos una indemnización integral o plena del contratista, incluyendo por supuesto todos los daños materiales (en sus vertientes de daño emergente y lucro cesante) e incluso los inmateriales que se puedan llegar a acreditar; en Colombia, por ser una especie o variante de la teoría de la imprevisión, el contratista únicamente tiene derecho al pago de los mayores costos y sólo hasta el punto de no pérdida, por lo que se excluye cualquier posibilidad de reparación o indemnización de la utilidad esperada.



Esta diferencia entre ambos ordenamientos radica en el hecho de que en Francia, como hemos visto, al contratista se le tiene como un colaborador al cual le asiste por ende una ayuda especial por parte de la administración (solidaridad para con el contratista) ante eventos imprevistos y ajenos a las partes que ocasionen un rompimiento del equilibrio económico del contrato; y además, por cuanto en Francia la administración asume todos los riesgos que implican la elaboración de los estudios previos, incluso los imprevistos, entre ellos, los atinentes a las condiciones físicas del terreno y del subsuelo.

- La imprevisión

Retomando la definición general que se hizo líneas atrás, tenemos que la imprevisión es aquella situación “que padece el contratista afectado por un acto o un hecho extraño e imprevisible, que entorpece gravemente la ejecución del contrato” (Hernández, 2008, p. 174), pero sin llegar a imposibilitar de manera absoluta su ejecución, toda vez que si se llega a presentar una imposibilidad de esas, estaríamos entonces frente a la configuración de una fuerza mayor, que tanto en el derecho francés como en el colombiano excluye la responsabilidad de las partes por el incumplimiento contractual que acarrea.

Se trata, veámos también, de un álea económico, cuyas características esenciales son su imprevisibilidad al momento de contratar, la externalidad (es un hecho ajeno a las partes) lo que excluye de tajo, desde luego, cualquier comportamiento culposo de las partes, debe tener la facultad de afectar sustancialmente las prestaciones contractuales estipuladas desde un principio, y debe constituir una situación verdaderamente extracontractual como consecuencia de la presencia del hecho imprevisto, que obliga al contratista a asumir unos efectos que escapan al marco contractual y que ponen en serio riesgo no sólo la ejecución misma del contrato, sino su propia estabilidad económica.

Tanto en Colombia como en Francia, el propósito de esta teoría es “evitar que el contrato se paralice y se posponga la satisfacción del interés público... evita[r] que el contratista detenga la ejecución del contrato, en perjuicio de los intereses comunes que orientan la contratación estatal” (Hernández, 2008, p. 174); incluso, en Francia, si acaso el contratista llega a paralizar o suspender la ejecución del contrato “pierde el derecho a ser indemnizado sobre la base de la teoría” (Benavides, 2004, p. 443).

En punto a la indemnización que procede por la aplicación de la teoría de la imprevisión, existe identidad en el derecho colombiano y el francés, en cuanto que en ninguno de los dos esta figura estructura la responsabilidad del Estado, dada la ausencia de imputación del hecho a la administración por ser, precisamente, totalmente externo a las partes, y en consecuencia, el contratista, sea en Colombia o sea en Francia, no tiene derecho a una indemnización plena o integral de los perjuicios que le pueda ocasionar el hecho imprevisto, sino única y exclusivamente a que se le compensen o reintegre el valor de los mayores costos en que hubiere incurrido para poder cumplir con el contrato en esas nuevas y adversas condiciones, es decir, la administración está obligada solamente a llevar a su contratista a un punto de no pérdida (Benavides, 2004, p. 443; Hernández, 2008, pp. 176-180).



- El hecho del príncipe.

Ahora bien, como tercera teoría tenemos el hecho del príncipe, que como anotábamos supra, se ha enmarcado dentro de su noción estricta, por ser la que opera tanto en el derecho colombiano como en el francés, y que, recordemos, consiste en la alteración grave del equilibrio financiero del contrato “a consecuencia de la incidencia refleja de un acto general y abstracto que profiere la propia entidad contratante, en ejercicio de sus funciones públicas” (Hernández, 2008, p. 184).

Corresponde a esta teoría, decíamos, un álea administrativa, y se configura bajo las siguientes características: se trata de un hecho imprevisible para las partes al momento de celebrar el contrato, pero a diferencia de las anteriores, no es ajeno a ellas, pues un elemento sustancial del hecho del príncipe es que el acto que genera el desequilibrio económico del contrato debe ser imputable exclusivamente a la entidad contratante. Además, el perjuicio que ocasiona al contratista debe ser grave, cierto y directo, por lo que se excluye la eventualidad o incertidumbre del mismo; y finalmente, el acto que expide la entidad contratante debe ser abstracto o general.

Sobre los anteriores elementos identificadores, resulta importante hacer las siguientes precisiones, para encontrar los puntos de convergencia y de distanciamiento entre ambos ordenamientos jurídicos. Básicamente en ambos países se ha tomado la noción de manera muy similar, empezando por la conceptualización misma, dado que en los dos se adoptó en su sentido estricto, compartiendo las mismas características, salvo por lo siguiente:

Respecto de la entidad que debe expedir el acto que impacta el equilibrio económico del contrato, hay consenso en ambos ordenamientos respecto de su margen estricto, esto es, que debe ser la misma entidad contratante, pues de lo contrario -que fuere cualquier entidad pública, como lo sostiene la teoría lata-, se estaría ya no ante el hecho del príncipe, sino ante un caso de imprevisión.

No obstante, mientras en Colombia se ha entendido de manera estricta este requisito, en el entendido de que, en efecto, debe ser “la misma” entidad contratante y no otra (Consejo de Estado, Sección Tercera, 14577, 2003), el Conseil d’État en Francia admite un concepto amplio de “entidad contratante”, de la mano de la institución adjetiva de la personalidad jurídica, con lo cual se tiene como hecho del príncipe el evento en que, por ejemplo, un ministerio profiere un acto que afecta el contrato celebrado por otro ministerio diferente o por un departamento administrativo, en razón a que se entiende que, en todo caso, proviene dicho acto de la misma persona jurídica contratante general, que es la Nación en el ejemplo propuesto (Benavides, 2004, p. 437).

Y como segundo aspecto diferenciador entre el derecho colombiano y el francés, en punto a esta teoría, está precisamente la categoría del acto que debe proferir la entidad contratante, pues si bien es cierto en nuestro ordenamiento jurídico se exige que dicho acto debe ser de carácter general y abstracto, toda vez que en caso contrario

estaríamos frente al ejercicio de los poderes exorbitantes de la administración y, por ende, ante un evento de *ius variandi* y no del hecho del príncipe (Hernández, 2008, p. 185); en Francia existe una discusión tanto doctrinal como jurisprudencial, tornando la cuestión compleja (Benavides, 2004, p. 437), pues hay quienes consideran, como en Colombia, que sólo el acto general puede dar lugar a la configuración de la teoría, pero también hay una tendencia fuerte de considerar el hecho del príncipe únicamente ante la presencia de un acto particular, excluyendo la posibilidad de que el general lo pueda constituir, entre otras razones, porque consideran que en dicho evento se estaría es más bien frente a un caso de responsabilidad extracontractual por rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas, salvo que -sostienen- ese acto general “afect[e] un aspecto considerado esencial por el contratista cuando hizo su oferta o cuando suscribió el contrato” (Benavides, pp. 437-438).

Por último, y en cuanto a la indemnización que procede por esta teoría, ambos ordenamientos jurídicos coinciden en dichos efectos: le otorgan al contratista el derecho a obtener una indemnización plena e integral de perjuicios, sobre la base de que, en este evento, no se trata de un hecho totalmente externo a las partes, particularmente a la entidad contratante quien es precisamente la que profiere el acto que ocasiona el desequilibrio económico del contrato, pero más importante aún, en razón a que se encuentran estructurados los elementos de la responsabilidad de la administración: el daño, que es la lesión del derecho de crédito del contratista (Hernández, 2008, p. 185); y su imputación jurídica a la entidad contratante, por ser quien profirió el acto que causa el daño al contratista.

No obstante, y ya para cerrar este aspecto, ha menester realizar una observación muy importante y es referente a que el hecho del príncipe, si bien hemos dicho reúne los elementos de la responsabilidad del Estado (daño e imputabilidad a la entidad contratante), y que por ello procede la indemnización plena de perjuicios al contratista, no quiere ello decir, ni se ha insinuado por tanto, que estemos frente a un caso de responsabilidad extracontractual, para nada, toda vez que, por la naturaleza del derecho lesionado (Henoa, 2005), que no es otro que el derecho de crédito del contratista, se ubica entonces en el campo de la responsabilidad contractual, eso sí, sin culpa, que es diferente (Hernández, 2008, p. 185).

- Aspecto final: el *ius variandi*

Para finalizar el objeto del presente artículo, hemos de abordar muy brevemente el tema del *ius variandi*, como evento en el cual se pueda generar un rompimiento del equilibrio económico del contrato. Como lo señalamos líneas atrás, se trata de una figura que encuentra sustento en nuestro estatuto contractual, en sus artículos 14 a 18, como ejercicio de las denominadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común.

En efecto, el propio artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece que “[e]n los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan

derecho las personas objeto de tales medidas”, con lo cual no queda duda alguna que el ejercicio, por parte de la entidad contratante, de ese poder excepcional, genera al contratista el derecho a ser compensado o indemnizado, según sea el caso.

Ahora bien, el punto está precisamente en determinar en qué eventos procede la compensación y en cuáles opera la indemnización. Así, el aspecto que determinará ese marco resarcitorio será si el ejercicio de esos poderes, de esas facultades exorbitantes, lo fue de manera legal o ilegal. En el primer caso (ejercicio regular y legítimo de ese poder) se genera a favor del contratista el derecho a recibir una compensación, no indemnización plena, que cubra

[E]l valor de las prestaciones que efectivamente ejecutó, la mayor cantidad de obra o la obra adicional, toda vez que no hay daño antijurídico imputable a la entidad, que permita deducir la existencia de la responsabilidad del Estado.

En efecto, el contratista, al suscribir el contrato, asume la obligación de acatar la modificación unilateral del contrato que se llegara a presentar, siempre que se ajuste al límite del 20 por ciento de su valor, previsto en el artículo 16 del referido estatuto, lo que traduce en una carga que debe soportar, a cambio de que se le pague lo realmente ejecutado.

Se tiene entonces que, si la modificación del contrato determina la ejecución de mayores o menores cantidades de obra o de obras adicionales, la entidad está en el deber de pagar al contratista su valor total, calculado con fundamento en los costos directos y el correspondiente porcentaje de AIU [...]. (Hernández, 2008, p. 182).

Por lo anterior, y de conformidad con el citado artículo 16 de la Ley 80, mientras la entidad contratante se ajuste, en el ejercicio de su poder exorbitante, al tope referido (veinte por ciento), al contratista no le asistirá entonces derecho a obtener una indemnización producto de esas mayores cantidades de obra, obras adicionales o tiempo adicional que la modificación unilateral implique.

Pero si la entidad supera dicho tope, tampoco varía sustancialmente la posición del contratista, toda vez que éste tiene dos opciones: o ejercer su derecho de no continuar con la ejecución del contrato, evento en el cual la entidad deberá pagarle lo que haya efectivamente ejecutado hasta ese momento, más “la proporción del porcentaje de utilidades de la que se le priva por la terminación anticipada y el reembolso de los costos razonables en que haya incurrido hasta entonces, con miras a la ejecución de todo el contrato” (Hernández, 2008, pp. 182-183); o si acepta continuar con su ejecución, seguirá en la misma situación, es decir, no podrá reclamar ninguna indemnización por ese mayor costo, sino solamente tendrá derecho a que se le pague lo realmente ejecutado, en razón a que ha dado su consentimiento para continuar la ejecución contractual bajo esas nuevas circunstancias más gravosas.

No obstante, la situación varía si la entidad contratante ejerce de manera irregular o ilegal esas potestades exorbitantes, ya que en este caso sí se configura claramente los

elementos de la responsabilidad del Estado, con la estructuración de una evidente culpa o falta por ese ejercicio ilegal, y en consecuencia, procede la indemnización plena o integral al contratista (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias 11197 y 15326 de 1999 y 2005, respectivamente).

## CONCLUSIONES

De lo desarrollado a lo largo de este trabajo, podemos extraer algunas conclusiones específicas en punto a la responsabilidad precontractual y contractual del Estado, tanto en el derecho colombiano como en el francés, a saber:

En primer lugar, tenemos como elemento común tanto del derecho colombiano como del francés, que respecto de la contratación estatal subyacen las reglas, principios y normas del derecho privado, las que sirven para orientar no sólo la actividad de la administración en la etapa de formación del contrato público (etapa precontractual) sino también cuando nos encontramos frente a su ejecución (etapa contractual). De este modo, los principios que de antaño se establecieron para el régimen general de las obligaciones y de los contratos (buena fe, equidad, prestaciones recíprocas del contrato conmutativo, la culpa, la fuerza mayor, etc.) son los que permiten estructurar todas las instituciones de la responsabilidad pre y contractual del Estado, tanto en Colombia como en Francia, aunque de manera más fuerte en éste.

En segundo lugar, Colombia, a diferencia de Francia, posee un detallado y muy estructurado estatuto de la contratación pública, que si bien es cierto puede ser objeto de múltiples críticas dadas las imprecisiones, contradicciones, incoherencias y vacíos que presenta en algunos aspectos, resulta muy valioso a la hora de analizar los eventos de la responsabilidad de las partes, las obligaciones que surgen de ella, y todo lo relativo a su indemnización. Así, contar con una codificación al respecto, debidamente reglamentada en múltiples aspectos, permite que podamos contar con una especificidad y especialidad en materia de contratación pública, lo que no sucede en Francia y que, por lo mismo, les ha llevado una mayor dificultad el construir una doctrina relativamente uniforme sobre aspectos fundamentales, y no sin tener que sortear largas discusiones y debates tanto en sede académica como judicial.

Como tercera conclusión, podemos sostener que, precisamente gracias a esa especialidad y especificidad que en Colombia ostenta el derecho contractual público, tenemos un régimen de protección de los intereses superiores mucho más detallado y estricto, en razón a que, contrario a lo que sucede en Francia, donde solamente cuentan con las reglas contenidas en el derecho común, que son genéricas y, por su naturaleza misma, tienen como sustento axiológico la autonomía de la voluntad privada; en nuestro país, además de esas mismas reglas generales del derecho privado, tenemos consagrado un extenso y muy preciso catálogo de situaciones que, de manera objetiva, pueden poner en peligro el contrato estatal y, con ello, la consecución de los fines del Estado y la satisfacción de los intereses y necesidades de la sociedad, y que por tanto, se encuentran consagradas como causales específicas de anulación del contrato que se llegue a celebrar en contravía de las mismas.

En cuarto lugar, frente a la responsabilidad contractual del Estado, por el origen común de los ordenamientos jurídicos colombiano y francés, ella se cimienta en el concepto de la “culpa contractual”, y en consecuencia, siempre procederá, frente al desfallecimiento del contrato por culpa de la entidad contratante, el derecho del contratista a ser indemnizado integralmente. Sin embargo, tanto en Francia como en Colombia, se han previsto eventos o situaciones, excepcionales y muy puntuales, en los cuales procede la responsabilidad del Estado aun cuando no incurra en culpa o falta alguna, y son aquellos casos que la doctrina ha identificado como de “responsabilidad contractual sin culpa” o mejor conocidos como eventos de desequilibrio de la ecuación financiera del contrato.

En efecto, estos eventos de responsabilidad sin culpa por parte de la administración comparte mayoritariamente rasgos comunes entre el derecho colombiano y el francés, y a ese punto, bien podríamos llegar a una regla general, cual es, que frente al desequilibrio económico del contrato, si no estamos frente a eventos que impliquen una “culpa” de la entidad contratante o en donde se le pueda estructurar los elementos de la responsabilidad del Estado (daño antijurídico e imputabilidad de dicho daño a la entidad), no será posible entonces para el contratista afectado tener derecho a una indemnización plena de perjuicios, sino solamente a una compensación y, dependiendo del caso, en mayor o menor medida.

Finalmente, como conclusión general de este trabajo, podemos aseverar que el tener claridad y precisión en los orígenes y fundamentos de nuestro derecho contractual público, así como en sus reglas y aplicación práctica, nos permitirá no sólo comprender mejor su funcionamiento sino, más importante aún, ejercer de manera más idónea y eficaz un seguimiento y control a toda la actividad contractual de la administración, con lo que se puede prevenir la afectación no sólo del patrimonio público, sino la amenaza de imposibilitar la consecución de los fines del Estado y la satisfacción de las necesidades de la sociedad, que son los fines ulteriores del contrato estatal y, en general, de las políticas públicas y, con éstas, de la finalidad de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

## REFERENCIAS

### Doctrina

- Benavides, J. (2004). *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado* (2ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cortés, E. (2009). *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano* (2ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. (1998). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. (2005). *De tal derecho lesionado, tal acción*. En V Jornadas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo (pp. 486-541). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández, A. (2008). *La responsabilidad contractual del Estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?* *Revista de Derecho Privado*, 14, pp. 171-191. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

- Hinestrosa, F. (2002). Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Jiménez, W. (2013). Políticas públicas, normas jurídicas y papel de los jueces. *Revista Republicana*, 14, pp. 111-130. Bogotá D.C., Colombia: Corporación Universitaria Republicana.
- Le Tourneau, Ph. (2004). La responsabilidad civil. (J. Tamayo, Trad.). Bogotá D.C., Colombia: Legis. (Trabajo original publicado en 2003).
- Mendieta, J. (2011). La culpa in contrahendo. Historia, evolución y estado actual de la cuestión. *Revista e-Mercatoria*, 10 (2), pp. 40-74. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia. Recuperado el 15 de junio de 2018 de la siguiente dirección electrónica: [www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN10/HTML2/125.html](http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN10/HTML2/125.html)
- Ospina, G. (2008). Régimen general de las obligaciones (8ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Temis.
- Ospina, E y Ospina, G. (2005). Teoría general del contrato y del negocio jurídico (7ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Temis.
- Oviedo, J. (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. *Revista Vniversitas*, 115, pp. 83-116. Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado el 15 de junio de 2018 de la siguiente dirección electrónica: [revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/14577/11759](http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/14577/11759)
- Piñarte, J. (2018). Las fronteras externas e internas del contrato administrativo. Un estudio de Derecho comparado entre Francia y Colombia. (Tesis de Maestría). Recuperado el 15 de junio de 2018 de la siguiente dirección electrónica (en caché): <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:p9mndEPyPSJ:repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11043/memoire%-2520traducido%2520PDF.pdf%3Fsequence%3D1+%&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>
- Rodríguez, L. (2008). Derecho administrativo general y colombiano (16ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Temis.
- Vidal, J. (2008). Derecho administrativo (13ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Legis.
- Younes, D. (2004). Curso de derecho administrativo (7ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Temis.

### **Legislación colombiana**

- Constitución Política de Colombia (1991). Legis.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). Leyer.
- Código Civil (Ley 84 de 1873). Leyer.
- Código de Comercio (Decreto 410 de 1971). Legis.
- Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) [Derogado]. Leyer.
- Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993). Legis.
- Ley 1150 de 2007. Recuperado el 23 de junio de 2018 de la siguiente dirección electrónica: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1150\\_2007.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html)
- Ley 446 de 1998. Recuperado el 23 de junio de 2018 de la siguiente dirección electrónica: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0446\\_1998.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0446_1998.html)

### **Legislación francesa**

- Code Civil. Recuperado el 15 de junio de 2018 de la siguiente dirección electrónica: [https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code\\_41.pdf](https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf)

### **Jurisprudencia colombiana**

- Consejo de Estado, Sección Tercera. (1999). Sentencia 11197.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (29 de mayo de 2003). Sentencia 14577 [CP Ricardo Hoyos].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (26 de febrero de 2004). Sentencia 14043 [CP Germán Rodríguez].  
Consejo de Estado, Sección Tercera. (15 de mayo de 2005). Sentencia 15326 [CP Alier Hernández].  
Consejo de Estado, Sección Tercera. (22 de marzo de 2007). Sentencia 28010 [CP Alier Hernández].  
Consejo de Estado, Sección Tercera. (21 de mayo de 2008). Sentencia 15963 [CP Ramiro Saavedra].  
Consejo de Estado, Sección Tercera. (22 de abril de 2009). Sentencia 14667 [CP Myriam Guerrero].  
Consejo de Estado, Sección Tercera. (12 de agosto de 2014). Sentencia 26332 [CP Enrique Gil].  
Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.  
Corte Constitucional, sentencia C-1048 de 2001.