



TEORIA DE LA IMPREVISION Y SU APLICACIÓN EN RELACIONES
CONTRACTUALES EN TIEMPOS DE COVID-19.

CAROLINA BUELVAS LONDOÑO

FELIPE VELEZ GIRALDO

DIRECTOR: GLORIA STELLA ZAPATA SERNA

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de abogado

Pregrado En Derecho

Escuela De Derecho Y Ciencias Políticas

Universidad Pontificia Bolivariana

Medellín

2021

Medellín, Mayo de 2021

Carolina Buelvas Londoño Y Felipe Vélez Giraldo

“Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.”

Carolina Buelvas Londoño

Carolina Buelvas Londoño
C.C: 1037659471



Felipe Vélez Giraldo
C.C: 1152216136

TEORIA DE LA IMPREVISION Y SU APLICACIÓN EN RELACIONES CONTRACTUALES EN TIEMPOS DE COVID-19.

IMPROVIDENCE THEORY APPLIED IN CONTRACTUAL RELATIONSHIPS IN TIMES OF COVID-19.

Resumen:

En el año 2020 a raíz de la aparición de la Pandemia del COVID – 19 en Colombia, el Gobierno Nacional decretó el Estado de Emergencia y una cuarentena total obligatoria con medidas para mitigar el contagio de la enfermedad. Como consecuencia de este, se generó un cambio en el método de desarrollar las relaciones jurídicas y en el ámbito contractual, generando incumplimientos en la ejecución de las obligaciones. Por lo anterior, el Gobierno Nacional comenzó a radicar una serie de Decretos buscando medidas temporales para reorganizar las relaciones civiles y examinar el cumplimiento de las obligaciones, tratando de encontrar ese reequilibrio contractual y evitar que las partes rescindan el contrato.

Según esto, a través de esta investigación se buscó identificar que figura jurídica resultaba mas protectora de la relación contractual y su salvaguarda, y que modificaciones implementaron las medidas normativas en el tratamiento de las relaciones jurídicas de carácter privado a lo largo de la presencia del virus.

Abstract:

In 2020, as a result of the appearance of the COVID-19 Pandemic in Colombia, the National Government decreed a State of Emergency and a mandatory total quarantine with measures to mitigate the spread of the disease. As a consequence of this, a change was generated in the method of developing legal relationships and in the contractual sphere, generating breaches in the execution of obligations. Due to the above, the National Government began to file a series of Decrees seeking temporary measures to reorganize civil relations and comply with obligations, trying

to find that contractual rebalancing and prevent the parties from terminating the contract.

According to this, through this investigation, it was sought to identify which legal figure was the most protective of the contractual relationship and its safeguard, and that the regulatory measures were implemented in the treatment of private legal relationships throughout the presence of the virus.

Palabras Claves:

COVID-19, Obligaciones, Incumplimiento Contractual, Desequilibrio Económico, Teoría De La Imprevisión.

KeyWords:

COVID-19, Obligations, Breach Of Contract, Economic Imbalance, Improvidence Theory.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. PRIMER CAPITULO: Visión Principialistica En Materia Civil De Las Relaciones Jurídicas Contractuales. **SEGUNDO CAPITULO:** Aplicación de la Teoría de la Imprevisión en situaciones derivadas del COVID-19. **TERCER CAPITULO:** Nueva Regulación Con El Fin De Mitigar Los Efectos De La Emergencia Social Y Económica. **CONCLUSIONES**

INTRODUCCIÓN

El 25 de marzo de 2020 fue decretado por el Gobierno Nacional, el Estado de Emergencia en todo el territorio nacional, a raíz de la pandemia del COVID – 19¹. Por lo anterior, se estableció una cuarentena total obligatoria y una serie de medidas sanitarias para la contención de dicha enfermedad, que a nivel mundial estaba originando una gran cantidad de muertes y un problema de salud pública, y que, para la fecha, parecía salirse de control, obligando a que la interacción social se detuviera casi que por completo.

Según la Organización Mundial de la Salud OMS una pandemia ocurre cuando se da la aparición de una nueva enfermedad y esta se propaga a nivel mundial, siendo este el requisito fundamental. Precisamente por su aparición a finales del año 2019 en territorio Chino y su rápida propagación mundial, el 11 de marzo del año 2020 fue declarado por el director general de la OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, que el COVID-19 dejó de ser un escenario de epidemia para catalogarse como una pandemia.

Al ocurrir todo esto, se generó un cambio completamente drástico en el tratamiento de las relaciones tanto sociales como jurídicas, surgidas con anterioridad a este suceso, creando así un desequilibrio directo en las obligaciones creadas entre las partes intervinientes en los diferentes contratos civiles y mercantiles, como el de promesa o compraventa, contrato de suministro, de arrendamiento de vivienda urbana o de servicios, de transporte y en general en las relaciones jurídicas entre acreedores y deudores, que sufrieron complicaciones por dificultades de pago, provocando el incumplimiento parcial o total por alguna de las partes, de muchas de estas obligaciones. Sin embargo, lo que generó más preocupación, era que, en los

¹ El Coronavirus (COVID-19) ha sido catalogado por la Organización Mundial de la Salud como una emergencia en salud pública de importancia internacional (ESPII). Se han identificado casos en todos los continentes y, el 6 de marzo se confirmó el primer caso en Colombia, por tanto se reconoce como Pandemia.

casos concretos, la parte que incumplía, lo hacía porque estaba ocurriendo un hecho ajeno a su voluntad que le impedía cumplir con su obligación. Por cuenta de esto, el Gobierno Nacional se vio en la necesidad de empezar a implementar ciertas medidas a partir de normas, como el Decreto 560 o 772 de 2020, haciendo una modificación del régimen concursal (con enfoque en el orden económico y social), adoptando mecanismos transitorios para facilitar pagos a entidades financieras y regulando específicamente algunas relaciones contractuales de carácter civil, como los contratos de arrendamiento, tratando así, de mitigar sobre la carrera, todas estas complicaciones e incumplimientos dentro de las relaciones jurídicas.

En virtud de lo anterior, se decidió analizar la forma cómo a lo largo de la situación que se generó a partir del COVID-19, se implementaron diversas maneras de contrarrestar los efectos negativos que se estaban dando en los contratos, o métodos que a lo largo de la historia jurídica han justificado la modificación en las obligaciones, como por ejemplo la teoría de la imprevisión.

En este orden de ideas, a través de este trabajo se propone identificar el tratamiento que inicialmente se estaba dando a las relaciones jurídicas que estaban siendo afectadas por cuenta de la pandemia, así también, examinar basados en la situación socio-económico y de salubridad del país, las figuras necesarias, para proteger los intereses de las partes involucradas en las relaciones jurídicas. Por último, establecer, los intereses que se vieron amenazados y son de mayor importancia para proteger los principios contractuales que se vieron cuestionados.

Para ello, se tendrá en cuenta, los aportes realizados por el jurista Luis Armando Tolosa Villabona, quien señala, con miras a proteger los intereses individuales y los de las mayorías que concurren en el tráfico jurídico económico diario, que el nuevo derecho de las obligaciones al que se enfrenta Colombia deberá procurar restablecer el equilibrio contractual en el entendido de la situación pandémica. Asimismo, establece que dicho cometido, solo se podría obtener incentivando políticas de intervención estatal en las cuales se logre en primer lugar, garantizar el equilibrio y la equidad en las relaciones económicas, seguido de ello, impedir los

excesos de los grupos económicos fuertes o de los sujetos del vínculo contractual situados en posición dominante sobre el otro, y por último, propugnar por un equilibrio contractual real en la totalidad del ciclo económico (Tolosa Villabona, 2017).

Para desarrollar las anteriores temáticas abordadas, el siguiente texto se divide en capítulos, los cuales metodológicamente establecerán los límites teóricos que engloban los temas a tratar en el texto: En primer lugar, se abre paso a analizar la *Visión Principialística En Materia Civil De Las Relaciones Jurídicas Contractuales* , haciendo alusión al principio de la autonomía de la voluntad y al principio de la buena fe. Posteriormente, se tratará el enfoque de la *Aplicación de la Teoría de la Imprevisión en situaciones derivadas del COVID-19*, entendiendo que identificamos esta como la más acorde a la situación problematizada. Por último, se da a conocer la *Nueva Regulación Con El Fin De Mitigar Los Efectos De La Emergencia Social Y Económica* desde un análisis crítico de este marco normativo. Lo anterior, tendrá como finalidad identificar una línea de tiempo que relate cómo se fueron expidiendo las normas aplicables a las relaciones jurídicas contractuales que se estaban viendo afectadas, sobre todo en temas de impacto superlativo en la economía, como también las formas en que se mitigaron los efectos con algunos particulares. Para finalizar y a modo de conclusión, se abordará la efectividad y el impacto que las mismas tuvieron sobre la economía y las relaciones contractuales en Colombia.

CAPITULO 1: Visión Principialística En Materia Civil De Las Relaciones Jurídicas Contractuales

Según Don José Ortega y Gasset el concepto de principio indica que este es todo elemento, que en un orden dado, antecede a otro, y por ende, constituye “razón suficiente”, es “fundamento”, “demostración” o “prueba”. (1983,) En el mundo del

derecho, un principio se identifica como verdad fundante, según cada parcela de cada derecho positivo en particular.

A continuación, frente al tema planteado en este texto se procede a hacer un análisis desde la visión principalista, ello atendiendo a que la carencia de regulación de un hecho imprevisible derivado de una pandemia, lleva a la utilización de los principios como fuentes de validez. Además, guía la manera en la que se deben abordar e interpretar las normas que si se encuentran vigentes sobre temáticas relacionadas con los contratos, obligaciones, imprevisiones y relaciones jurídicas en general.

Así las cosas, Luis Armando Tolosa Villabona, expone que teniendo en cuenta que los principios representan un cuerpo normativo fundamental en el amparo del equilibrio y la equidad en las relaciones económicas, se les caracteriza como cumplidores de funciones interpretativas, de integración y de creación del derecho (Valencia Restrepo, 1999), por tanto, se pretende clarificar el panorama que en clave principalista ofrece alternativas para trabajar las respuestas posibles a la problemática abordada.

Cuando se piensa en un acontecimiento imprevisto que afecta un territorio en específico, bien sea un desastre natural, una problemática política o incluso situaciones internas en las que su población se termina afectando, generalmente se identifican como consecuencias clave, el factor económico, toda vez que es un aspecto de la sociedad que se ve inmediatamente golpeado por el surgimiento de situaciones atípicas, habida cuenta del cambio sustancial de las actividades, tanto de las grandes empresas, como de los particulares, en atención a que las prioridades que se comienzan a identificar son, generalmente, ajenas al sostenimiento de una economía tal y como se venía concibiendo de forma natural, anteriormente.

Para el caso actual que se problematiza, la crisis mundial derivada por el COVID-19 desplegó todo tipo de implicaciones en el plano de lo social, las cuales comprenden numerosos ámbitos, ninguno de menor importancia, pero sí teniendo

en cuenta que para su análisis deben ser abordados por las diferentes especialidades académicas que estos pueden abarcar.

Siendo así, el virus que generó la pandemia que a día de hoy sigue vigente es de forma clara inicialmente, un problema de salud pública que atacó a todos los Estados, no obstante, como se enfatizó anteriormente, el factor económico se considera el más golpeado por las medidas de contención adoptadas por el Gobierno y ello, teniendo en cuenta que las relaciones tanto sociales como económicas son las que mueven el mundo, permiten la globalización y el intercambio de bienes y servicios.

Por consiguiente, se considera que a raíz de lo que sucede actualmente, más allá de las diversas consecuencias que se están dando en el sector de la economía tanto mundial como de Colombia, hay otra problemática de carácter jurídica que merece ser atendida y sobre la cual resulta fundamental hacer un análisis, teniendo en cuenta, que de igual forma es una temática encargada del tratamiento de las relaciones sociales, permitiendo ahora, el dinamismo y movimiento de la sociedad pero en clave de los individuos y sus propios intereses.

Con un lente macroscópico, si se ve de la siguiente forma, todas las relaciones humanas constan de manifestaciones de la voluntad, a partir de manifestaciones por cualquier forma de expresión o medio bien sea formal o informal se dan actos jurídicos, por tanto a su vez, estos actos jurídicos pueden plasmarse, entre otros, en contratos, los cuales reconocemos ante la sociedad como elemento insignia para vernos obligados a cumplir, o que nos sea cumplida una obligación, con ocasión de una necesidad de cualquier tipo que busca ser satisfecha.

La pandemia derivada por el virus COVID-19, ha representado retos desconocidos ahora enfatizados en materia tanto obligacional como contractual y por ende, el manejo que se debe dar a estos debe estar íntimamente ligado con lo que sí es conocido, teorías, principios jurídicos o los llamados remedios utilizados comúnmente en el derecho privado y público; esto para así complementar lo que

resulta ser nuevo y complejo, con lo que ya se tiene regulado y nos permite llegar a soluciones que a lo largo de la historia han servido como recursos orientadores en la esfera de lo contractual.

Así las cosas, se procede a la exposición de los diferentes principios reguladores de las relaciones jurídicas en materia contractual y justificación de los mismos en clave de la situación inicial ya mencionada, iniciando por el Principio de la Autonomía de la Voluntad, Principio de la Buena Fe y finalizando con el Principio de No Abuso Del Derecho.

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD:

Este principio, implica que dentro del poder regulatorio de las relaciones jurídicas patrimoniales, lo contratado, acordado o concertado por las partes o por los sujetos de la relación obligatoria es expresión de la libertad humana, ejercida, por supuesto, en las fronteras o límites que la ley impone. (Tolosa Villabona, 2017)

La Corte Constitucional, con respecto a este principio indica que *“La autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación”* (Corte Constitucional, Sentencia C-934 de 2013, M.P Nilson Pinilla Pinilla)

De esta manera, inmersos en la autonomía de la voluntad esta permite a los particulares:

- i) Celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad.

- ii) Determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres.
- iii) Crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel.

Bajo lo que significa este principio, así como se entiende que las partes en virtud de su autonomía de la voluntad suscriben un contrato sin importar el área del derecho que comprenda, de la misma forma, esos sujetos que recíprocamente se obligan pueden de forma válida, con amparo de la ley y por supuesto, del principio citado, modificar de mutuo acuerdo sus términos con la finalidad de implementar medidas que renegocien lo acordado inicialmente, ajustándose a las condiciones que con ocasión del COVID-19 ahora impide que las obligaciones sean cumplidas a cabalidad.

Para llevar a la práctica esta medida, que sirve como herramienta a la continuidad del contrato celebrado, entre otras, se sugiere que una vez llegado a un acuerdo entre las partes intervinientes frente a cuales modificaciones bien sea de tiempo, modo o lugar se harán al cumplimiento de la obligación, estas consten por escrito mediante otrosíes². De esta forma, se plasma el acuerdo al que llegaron las partes para aclarar, agregar o suprimir una o algunas de las cláusulas estipuladas inicialmente en el contrato o en sus anexos, y además, se consagra de forma verificable con capacidad probatoria que hubo tal modificación.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario tener en cuenta que la modificación al documento contractual mediante el otrosí debe consagrar que este no afecta en el

² El otrosí es un documento anexo al contrato principal en el que se aclaran, adicionan o cambian condiciones del contrato principal. No obstante lo anterior, el otrosí no debe novar la obligación principal.

futuro la posibilidad de las partes para exonerarse de responsabilidad por el evento de fuerza mayor o caso fortuito derivados de la Pandemia y de las medidas tomadas por el Gobierno Nacional. Es decir, las partes deben aclarar que si en el futuro no están en capacidad de cumplir como resultado de la evolución de la Pandemia y sus efectos económicos, la firma del otrosí no impediría que dichos eventos los exoneren de responsabilidades contractuales. (Brick Abogados, 2020)

En otros casos, cuando la situación contractual derivada resulte más compleja y ni su modificación lleve a satisfacer las necesidades que motivaron a los sujetos a contratar, invocando de igual forma el Principio de la Autonomía de la Voluntad, las partes que lo suscribieron podrán de mutuo acuerdo terminar el contrato en cualquier etapa de su vigencia. Lo anterior, también deberá consagrarse por escrito y en este sentido, la posibilidad de disolver el vínculo por medio de un posterior acuerdo de los contratantes se justifica bajo el postulado que, no contradice el hecho de que el contrato es ley para las partes, por el contrario, es una expresión de la autonomía contractual, siempre y cuando se ejerza bajo los parámetros que la buena fe ordena. (Chinchilla, 2015).

PRINCIPIO DE LA BUENA FE

Las consecuencias sociales derivadas del COVID-19 como hecho jurídico, a hoy, enfrentan todas las instituciones establecidas en el derecho. Desde los postulados más clásicos hasta las teorías de mayor complejidad, actualmente pueden verse en entredicho, teniendo en cuenta que su aplicación no permitirá ver sus ventajas o desventajas, hasta un futuro en que expertos analicen el manejo que se dio, a lo que en este momento conocemos como efectos que se derivaron por la pandemia que estamos cruzando.

Todo esto nos lleva a repensar las instituciones, las que deben comenzar y terminar siendo no solo protectoras, sino también preventivas ante estas eventualidades. Importa el sujeto, como ser actuante al que el Derecho protege, pero está también el medio de realización patrimonial, representado por los actos jurídicos

patrimoniales sustentados en la autonomía privada y la buena fe. (Scientific Electronic Library-Chile, 2020)

Se puede entender la buena fe como *“aquella conducta que revela la posición moral de una persona respecto de una situación jurídica, que impone la obligación de guardar fidelidad a la palabra dada, no defraudar la confianza de los demás, no abusar de la confianza de otros”*. (Díez Picazo, 1978)

Según lo anterior, actualmente el escenario contractual debido a circunstancias ajenas a la voluntad de las partes está imposibilitando el cumplimiento de las obligaciones, o estas se han convertido excesivamente onerosas a diferencia de lo que se presentaba al momento de la celebración del contrato, derivando en una ruptura del equilibrio contractual. Sin embargo, y en virtud de la buena fe que según la Corte Constitucional *“no consiste simplemente, en un actuar desprovisto de dolo, o de intención positiva de irrogar un perjuicio a otro. El concepto involucra también el conducirse sin culpa, esto es, con un mínimo de prudencia, de atención, de cuidado, a fin de evitar perjuicios a la otra parte.”* (Corte Constitucional, Sentencia C-054 de 1999, M.P Vladimiro Naranjo Mesa)

Siendo así, tanto la jurisprudencia como la practica evidencian que un actuar de buena fe comprenderá habilitar todos los mecanismos posibles para llevar a cabo lo estipulado inicialmente en un contrato y en caso de resultar imposible, buscar los medios o soluciones que resulten beneficiosos para ambos obligados, para que de forma reciproca se asuma la responsabilidad y en materia de perjuicios se evite afectar de forma menos invasiva la relación contractual.

En la practica, se identificaron las causales en virtud de las cuales se justifica el Principio de la Buena Fe aplicado, incluso en clave de la necesidad de la terminación del contrato, debido a que la contingencia ha presentado inconvenientes frente:

- i. La imposibilidad de cumplimiento por perdida de la cosa debida. *Articulo 1729 Código Civil.*

- ii. La excesiva onerosidad y ruptura del equilibrio contractual. *Artículo 868 Código de Comercio.*
- iii. Las circunstancias sobrevenidas aun no han sido reguladas por el legislador.
- iv. El carácter de imprevisible o extraordinario de las circunstancias. *Artículo 64, Artículo 1604 Código Civil.*

Teniendo en cuenta lo expuesto, los innumerables conflictos jurídicos post COVID-19 son una realidad que se avecina. Ello es un reto para la profesión del abogado, para el sistema judicial y arbitral, para el Derecho en sí y para todos y cada uno de sus protagonistas. (Scientific Electronic Library-Chile, 2020)

El método de dar respuestas a esta problemática, que inicialmente se tornó como un asunto de salud pública, pero que a hoy abarca en su totalidad el Derecho, a partir de principios y su aplicación en las normas que han servido como regulación a lo que el hombre ya ha vivido, se debe resaltar como una ventaja para la situación nueva que está en marcha. Y en virtud de esto, debe servir de fundamento tanto para quienes se encargan de crear el Derecho, como para quienes tienen por función aplicarlo de forma coercitiva en nombre del Estado.

SEGUNDO CAPITULO: Aplicación de la Teoría de la Imprevisión en situaciones derivadas del COVID-19.

A raíz de la situación generada en todo el territorio nacional por la aparición del COVID – 19, se empezó a percibir en las resoluciones, decretos, partes motivas y resolutivas de diferentes componentes normativos, la utilización de palabras como “calamidad pública”, “situación imprevista”, “fuerza mayor”, “caso fortuito”. Todo esto para tratar de ejemplificar el cambio tan drástico que se empezó a evidenciar no solo en la vida cotidiana de las personas, sino también y muy importante, en las diferentes relaciones contractuales en materia civil y mercantil, pues, de un momento a otro se detuvo la realización de actividades que se pueden describir de

extrema necesidad para la supervivencia de la colectividad y más si se tiene en cuenta la gran incertidumbre con la que se vivía, por cuenta de dicha situación. Pero a pesar de la declaratoria del estado de emergencia y las múltiples medidas impuestas, es bastante complicado clasificar y afirmar rotundamente al COVID-19 como acontecimiento de fuerza mayor o caso fortuito ya que la clasificación de esta se da luego de un estudio detallado del contrato, las obligaciones y de las prestaciones frente a la ejecución de este. De ahí, que se buscará precisar y explicar detalladamente los elementos del estudio necesario para la clasificación mencionada y luego poder precisar a qué clase de contratos se aplicaría dicha clasificación.

Para que se configure o se pueda alegar la teoría de la imprevisión, el artículo 868 del código de comercio, dispone como requisitos: 1: Se altere el equilibrio de las prestaciones de las partes. 2: Que la alteración sea tan grave que, para una de ellas, resulte excesivamente oneroso cumplir. 3: Que la alteración sea producida por circunstancias ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato. 4: Que las circunstancias sean extraordinarias. 5: Que las circunstancias sean imprevisibles. 6: que las circunstancias no sean parte del riesgo que el afectado acordó asumir. 7: Que las circunstancias no sean atribuibles a ninguna de las partes. 8: Que las circunstancias no sean producidas por negligencia del afectado. 9: Que el contrato no sea de ejecución inmediata, sino de tracto sucesivo, periódica o diferida. 10: Que el contrato no sea aleatorio. 11: Por último, que la prestación cuya revisión se solicita, este pendiente de cumplir.

Para poder iniciar con el estudio de la efectiva configuración del COVID– 19 como un efecto de fuerza mayor o caso fortuito, se debe primero definir lo que se entiende por imprevisibilidad. La que no es más que la imposibilidad que se tiene para prever, adivinar, mitigar o suponer la aparición de un hecho o acontecimiento que va a suceder. Se aplica para los tiempos presentes y futuros, por lo que es completamente imposible, prevenir cualquier clase de daños o perjuicios que puede ocasionar la ejecución a aparición de dicho suceso. Por lo que basados en lo que

se acabó de precisar, el COVID- 19, puede ser catalogado como un suceso imprevisible y de fuerza mayor o caso fortuito. Como también lo son los decretos, resoluciones expedidas por el gobierno para la mitigación de la emergencia sanitaria. Sin embargo, es muy importante recalcar que la imprevisibilidad se debe determinar en el momento de la celebración del contrato, es decir que las relaciones contractuales que hayan sido celebradas con posterioridad de la declaratoria del estado de emergencia ya no podrán ser calificadas como una causa extraña.

El COVID- 19 será fuerza mayor, cuando este tenga como consecuencia, la paralización de la empresa, la persona o el sector industrial del que derive el cumplimiento de la obligación u obligaciones derivadas de la relación contractual por causa del cumplimiento de las medidas impuestas por los entes gubernamentales. Por otro lado, será considerado caso fortuito en los casos, donde a pesar de que se pueda realizar la actividad competente al cumplimiento de la obligación, la persona es afectada por el virus y por ende se le es imposible cumplir con lo debido.

Ahora, se hace necesario como parte de este estudio, la configuración de la imprevisibilidad, la cual consiste en la revisión de los elementos particulares del contrato, para saber en qué casos aplica y en cuales, de modo contrario, no aplicaría.

El primero de los elementos que se mencionará será el de la asunción de los riesgos en el contrato, que esta no es otra cosa que la aceptación de las consecuencias o perjuicios de un determinado acto de hecho que elimina cualquier clase de responsabilidad por falta de antijuricidad y por ser el damnificado del riesgo asumido. Pero yendo a los casos en concreto, es posible que las personas inmersas en la relación jurídica hayan dividido los riesgos en el contrato, ya que si existe una estipulación expresa de que alguna de las dos partes asume el riesgo de fuerza mayor o caso fortuito, esto no da lugar a la indemnización de perjuicios, ya que la mora que es producto de la fuerza mayor o caso fortuito no se posibilita a que la parte incumplida solicite la respectiva indemnización, pero acá es donde es

relevante las estipulaciones de las partes en el contenido del contrato, ya que por medio de la aplicación de la autonomía de la voluntad privada, si estos pactan algo completamente diferente sobre esto, se tendrá que cumplir con lo estipulado por las partes y no lo que se expresa en los artículos 1604, 1616 y concordantes del código civil.

El siguiente elemento a tener en cuenta es si el contrato es de ejecución instantánea o de tracto sucesivo y si la obligación derivada del contrato es de medio o de resultado. Este punto resulta ser clave, ya que se debe mencionar que la teoría de la imprevisión solo se aplica en los contratos de tracto sucesivo, es decir los que las obligaciones van naciendo y cumpliéndose de forma periódica, por lo que las relaciones contractuales que son de ejecución instantánea, no se les puede aplicar la imprevisibilidad. Por otra parte, en lo pertinente a si la obligación es de medio o resultado, cabe aclarar que en ambas aplica la imprevisibilidad por la no ejecución, en las que son de resultado se exige mucho más demostrar la fuerza mayor o el caso fortuito ya que no basta solo con demostrar diligencia y cuidado. Pero, además es indispensable que el cumplimiento de las obligaciones se haga imposible de cumplir y para esto, la persona, debe examinar muy detalladamente el contenido literal de las resoluciones y decretos para la mitigación de la pandemia, ya que por cuenta de estos, es que se establece la posibilidad o imposibilidad del cumplimiento y la clave principal para esto, es lo pertinente a la alegación judicial de la figura mencionada basándose en que las medidas extraordinarias establecidas por el gobierno nacional y estas al ser de obligatorio cumplimiento, son las causales del incumplimiento de lo debido.

Por otro lado, es necesario referirse al papel que cumple dentro del proceso o litigio el juez o árbitro, ya que este deberá realizar los ajustes contractuales a causa de la fuerza mayor o el caso fortuito, examinando los principios como el de la buena fe contractual, la equidad y la justicia, pero existe la posibilidad de que el juez considere o crea que es imposible el reequilibrio de las prestaciones, en estos casos, este podrá incluso decidir sobre la viabilidad de la suspensión del contrato o

de alguna de las prestaciones inmensas en este o tranquilamente la terminación de la relación contractual para de esta forma, evitar un lucro excesivo de uno de los contratantes.

Ahora bien, examinando casos concretos de la imprevisión en los contratos, se puede mencionar lo que dictaminó el Decreto 579 que tuvo vigencia hasta el 30 de junio del 2020, este establecía la posibilidad que se tenía de realizar acuerdos de pago sin que se pudiera incluir en estos, intereses moratorios, penalidades, indemnizaciones o cualquier otro tipo de castigo por cuenta del pago de intereses corrientes. Además, se determinó extender todos los contratos que se vencieran durante la vigencia del decreto y a su vez decretar la suspensión de la entrega de cualquier clase de bien inmueble que, por acuerdo entre las partes, plasmada en el contrato, se tuviese que hacer dentro de la vigencia del decreto.

Por otra parte, el Decreto 797, facultó al arrendatario para finalizar de forma unilateral el contrato de arrendamiento a partir del 1 de junio hasta el 31 de agosto de 2020, siempre y cuando la actividad comercial que se desempeñe en el local fuese una de las mencionadas en el numeral segundo del decreto en mención. Pero para esto se requería, que el arrendatario estuviese al día con los servicios públicos, cánones de arrendamiento, y además se le obligaba a pagar un tercio del valor de la cláusula penal sin que se le pudiese cobrar alguna otra clase de sanción.

Asimismo, el Decreto 434 de marzo de 2020 estableció plazos especiales para la renovación de la matrícula mercantil, el RONEOL y los demás registros que integran el Registro Único Empresarial y Social RUES, así como para las reuniones ordinarias de las asambleas y demás cuerpos colegiados, para mitigar los efectos económicos del nuevo coronavirus COVID-19 en el territorio nacional. Entre otras normas que ejemplifican, se evidencian por parte del Gobierno Nacional medidas que dan lugar a que, entendiendo la situación que enmarca una imprevisibilidad, que impide el cumplimiento de las obligaciones de forma normal, faculta a las partes para hacerlo de tal manera que resulten acordes a sus nuevas condiciones en clave económica y social.

En virtud de lo mencionado y a modo de conclusión, la problemática desencadenada en las relaciones contractuales, se podría mitigar con la aplicación de la Teoría de la Imprevisión y por eso se ha desarrollado minuciosamente, ya que como se expresó en su momento, se trata de una medida preservativa del contrato, ya que le entrega a las partes, la posibilidad de saber con prontitud sobre la onerosidad excesiva que puede generar el cumplimiento de las obligaciones para que juntos puedan tomar medidas reorganizativas o sencillamente llegar a la culminación del contrato.

TERCER CAPÍTULO: Nueva Regulación en Colombia Con El Fin De Mitigar Los Efectos De La Emergencia Social.

El Gobierno Colombiano ha tratado de crear medidas en aras de proteger el orden público económico, como bien jurídico superior, que puede verse duramente afectado por las condiciones de insolvencia de muchas personas jurídicas. En otras palabras, siendo los particulares, las medianas, pequeñas y grandes empresas, los motores de la economía del país (Moncayo, 2017), si las mismas entran en condiciones económicas que pongan en riesgo su existencia, y se vean avocadas a incumplir con pagos al sistema financiero y a sus acreedores en general, el orden económico puede verse afectado de una manera significativa, tanto como para pensar en fuertes recesiones de la economía. (Banco Mundial, 2020) Por ende, y atendiendo a esa necesidad imperiosa de salvaguardar ese orden económico, es que el gobierno, adecuando el régimen concursal, ha creado medidas para poder negociar las deudas de formas mucho más simples.

Sobre el orden económico, la Corte Constitucional en Sentencia C 083 de 1999, M.P VLADIMIRO NARANJO MESA, expresa lo siguiente:

“La noción de orden público económico hace referencia al sistema de organización y planificación general de la economía instituida en un país. En Colombia, si bien no existe un modelo económico específico, exclusivo y

excluyente, el que actualmente impera, fundado en el Estado Social de Derecho, muestra una marcada injerencia del poder público en las diferentes fases del proceso económico, en procura de establecer límites razonables a la actividad privada o de libre empresa y garantizar el interés colectivo. En el sistema político colombiano, el orden público económico se consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los sectores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas, evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de la comunidad, particularmente, de los sectores más débiles de la población.”

Desde el Decreto 560 de 2020 , “Por el cual se adoptan medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia, en el marco del estado de emergencia social y ecológica”, el Gobierno Nacional reconoció que el estatuto concursal que se encuentra vigente está diseñado para atender necesidades en tiempos “normales” y que por ende, dadas las circunstancias sociales y de salud producto del COVID-19, ese estatuto no sería suficiente para contener el “impacto sorpresivo y profundo que ha sufrido la economía”. Afirmo además, que para que los deudores cumplan con todos los requisitos para poder acceder a esos procesos de recuperación y de insolvencia, los tiempos son en general, extensos, toda vez que existen formalidades en la verificación de muchos documentos como escenario previo para poder realizar las negociaciones de las deudas.

Por lo mencionado, dentro de las características relevantes y que modificaron en mayor escala lo ya regulado en este Decreto se observan: el acceso más expedito, sencillo y ágil a los mecanismos de reorganización (que tienen que ver directamente con temas de trámites y papeleos), una flexibilización en el pago para pequeños acreedores, alivios financieros para los deudores, capitalización de pasivos. De otro lado, se ocupa de la regulación de situaciones de unos deudores que habían ya logrado negociar algún acuerdo con sus acreedores y que se vieron afectados en el

cumplimiento de los mismos a raíz de la pandemia: en el entendido que, las cuotas de abril, mayo y junio del año 2020 sean consideradas vencidas solamente a partir desde el mes de julio del 2021. (PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2020)

Por otro lado, se expide el Decreto 772 de 2020 “Por el cual se dictan medidas especiales en materia de procesos de insolvencia, con el fin de mitigar los efectos de la emergencia social, económica y ecológica en el sector empresarial”. En este decreto, el Gobierno nacional anuncia un proceso abreviado o simplificado de reorganización, específicamente dirigido a las medianas, pequeñas y micro empresas, en aras de que cuenten con la facilidad de acudir a medios alternativos de solución de los conflictos, tales como: conciliación o semejantes, con una duración reducida, en atención a la imperiosa necesidad de solucionar ciertos problemas, de manera más ágil. En común al anterior decreto, se puede observar la eliminación transitoria del llamado “Juez del Concurso” en la etapa de revisión de papeleos y documentos de la solicitud de apertura del proceso. Hay levantamiento de medidas cautelares de bienes que estén sujetos a registro en procesos ejecutivos y de cobro coactivo. (EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2020)

Luego se expide el Decreto 842 de 2020, que fue el que reglamentó el 506 de 2020 modificando ciertas disposiciones. En esta ocasión, se considera que se cometieron algunos errores producto del afán incesante de solucionar ciertas dificultades, esto es, como que hubo cierta premura y desespero en tomar algunas medidas, por lo cual se considera razonable un ajuste a ese régimen. El mencionado, Decreto 842 expresa que las medidas tienen por objeto cobijar a las personas que de manera directa se vieron afectadas por los impactos negativos en la economía producto de la pandemia del nuevo coronavirus. Para ello, y poder llevar un mejor control, se dispuso que esa condición de afectación debería estar debidamente acreditada: *“se deberá aportar con la solicitud de admisión, una declaración de afectación en la memoria de la crisis de que trata el artículo 13 de la Ley 1116 de 2006, en la que se*

afirme y sustente dicha afectación". Además, hace una regulación sobre el pago de las administraciones que se generaron durante las negociaciones en los acuerdos, tal y como lo dispone el Decreto 506 de 2020: cuando se trate de pagar obligaciones laborales y parafiscales no pueden ser, bajo ninguna circunstancia, aplazadas. Las obligaciones aplazadas van a pagarse cuando se conforme el acuerdo de negociación de emergencia o el mismo sea rechazado. (EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2020)

Por último, el Decreto 1332 de 2020 define unas cifras respecto de los deudores destinatarios del régimen de insolvencia empresarial así: *"cuyos activos sean inferiores o iguales a cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000 SMMLV), sólo podrán ser admitidos a un proceso de insolvencia de los regulados en el Título II del Decreto Legislativo 772 de 2020, independientemente de las causas que originaron la insolvencia. Lo anterior no excluye para estos deudores la posibilidad de, previo a acudir a los mecanismos del Decreto Legislativo 772 de 2020, accedan a los procedimientos y trámites regulados en el Título II del Decreto Legislativo 560 de 2020 y el proceso de validación judicial previsto en el artículo 84 de la Ley 1116 de 2006, siempre que cumplan los requisitos pertinentes"*. (EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2020)

CONCLUSIONES

Para finalizar, a raíz de lo investigado, se pudo evidenciar que, al inicio de la pandemia en Colombia, primaba una constante incertidumbre en todas las áreas sociales y aun más en lo relativo con la vida jurídica en el enfoque contractual, por tanto, acudir a la Principialística aplicada a lo largo de la historia del Derecho resultaba ser un terreno conocido para abordar lo desconocido en primera fase. No obstante, a pesar de esto, posteriormente al análisis de figuras jurídicas que resultaran más acordes e invasivas a la afectación de los contratos, se consideró que la mejor forma de abordar esta situación en concreto por las partes que

componen el sistema jurídico y el ente gubernamental, fue con la aplicación de la Teoría de la Imprevisión. Lo anterior se concluye, ya que como se pudo evidenciar en el segundo capítulo, la imprevisión, además de tener una naturaleza conservativa de la relación contractual, esta busca una satisfacción equitativa de las partes inmersas en dicha relación, e incluso, si por cuestiones normales del contrato, no es posible re direccionar su rumbo natural y satisfacer a las partes, se busca terminar con este de la forma mas equitativa y pacifica posible, esto evidenciado en los Decretos y Resoluciones expedidos por los diferentes Ministerios y por el Gobierno Nacional. Así, de forma progresiva, el país ha ido avanzando en razón económica y social en tiempos del COVID – 19, ajustándose cada vez de forma más apropiada a las condiciones que fueron cambiando, para permitir a la población que en virtud de la regulación expedida a partir de marzo del año 2020 y hasta la actualidad, se logre estabilidad en medio del terreno inestable que esta Pandemia generó a nivel nacional e internacional.

REFERENCIAS

- Toloso Villabona, L. A. (2017). De los principios del derecho obligacional y contractual contemporáneo. *Esudios Socio Jurídicos*, 13-61. Obtenido de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/5701/3880>
- Díez Picazo, L. (1978). *Fundamentos del derecho patrimonial civil*. Madrid: Editorial Civitas.
- Sarmiento Bejarano, R., & Florez Aristizábal, E. (2002). Principios rectores de los contratos civiles y mercantiles. *Intellectum Unisabana*. Obtenido de <https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5377/129377.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Moncayo, C. (14 de septiembre de 2017). *Instituto Nacional de Contadores Públicos*. Obtenido de <https://incp.org.co/las-pymes-la-verdadera-locomotora-economica-colombiana/#:~:text=Las%20peque%C3%B1as%20y%20medianas%20empresas,permite%20capotear%20mejor%20la%20desaceleraci%C3%B3n>.
- Banco Mundial. (8 de junio de 2020). *BANCO MUNDIAL*. Obtenido de <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2020/06/08/covid-19-to-plunge-global-economy-into-worst-recession-since-world-war-ii>
- PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (15 de abril de 2020). DECRETO 560. *Por el cual se adoptan medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia, en el marco del Estado de Emergencia, Social y Ecológica*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=113637>
- EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (3 de JUNIO de 2020). DECRETO 772. *Por el cual se dictan medidas especiales en materia de procesos de insolvencia, con el fin de mitigar los efectos de la emergencia social, económica y ecológica en el sector empresarial*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=127362>
- EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (13 de JUNIO de 2020). DECRETO 842. *Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 560 del 15 de abril de 2020, a fin de atender los efectos de la Emergencia Económica, Social y Ecológica en el sector empresarial*. Obtenido de

<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20842%20DEL%2013%20DE%20JUNIO%20DE%202020.pdf>

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (6 de OCTUBRE de 2020). DECRETO 1332. "Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 772 de 2020, sobre medidas especiales en materia de procesos de insolvencia". Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=143008>

Chinchilla, C. A. (Marzo de 2015). Contrarius consensus': terminación del contrato por mutuo acuerdo en la experiencia jurídica romana*. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, 79-126.

Brick Abogados. (22 de Abril de 2020). Obtenido de Brick Abogados: <https://innpulsacolombia.com/sites/default/files/documentos-recursos-pdf/Brick%20Abogados%20-%20Legal%20Toolkit%20Covid%2019-%204.22.pdf>

Scientific Electronic Library-Chile. (2020). La pandemia de la covid-19, la fuerza mayor y la alteración de las circunstancias en materia contractual. *Scientific Electronic Library Chile*.