

JOSÉ LUIS BENAVIDES*

La noción equívoca del equilibrio contractual

El equilibrio financiero del contrato estatal se suele argüir ante cualquier evento que modifique sus condiciones iniciales de ejecución de éste, así provenga de incumplimientos, de deficientes estudios previos, de su suscripción tardía, de comportamientos reprochables de las partes, así como de actos lícitos de la administración contratante o de hechos por completo ajenos a las partes, en realidad los dos únicos casos que, en estricto sentido, dan lugar a la figura jurídica.

A este primer equívoco de amalgama de causas del desequilibrio se suma el simplismo de las soluciones, o mejor, de la solución jurídica, que también se enuncia con frecuencia: ante cualquier sorpresa en la ejecución del contrato, la administración contratante ha de pagar, y pagar todo. No sólo debe indemnizar a su contratista por los perjuicios efectivos que soporte, independientemente de que ella también los sufra, sino que debe indemnizarlo también por lo que aspiraba a ganar y no pudo, debido al alea surgido, aun cuando éste no sea en absoluto imputable al ente contratante. El equilibrio se concibe entonces como un seguro contra todo riesgo no previsto en el contrato, al punto que la administración debe siempre garantizar a su contratista la obtención de las ganancias a las que aspiraba originalmente.

La noción del equilibrio no parece corresponder a esta concepción, que fue auspiciada por contradicciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), comenzando por su artículo 27, titulado “de la ecuación contractual”¹, de cuyo enunciado y desarrollo surgen dos ideas erradas:

* Universidad Externado de Colombia

1 Ley 80 de 1993, art. 27.: “De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.

La primera sugiere que existe un equilibrio inicial del contrato público, en el que las prestaciones son objetivamente equivalentes. Esta percepción se ve auspiciada con el texto del artículo siguiente (28) sobre la interpretación de los contratos, según el cual se han de tener en cuenta “la igualdad y equilibrio entre las prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”. Sin embargo, la noción de la conmutatividad contenida en el derecho positivo no significa una conmutatividad objetiva. El Código Civil establece que en estos contratos se *mira como equivalente* lo que una parte se obliga a dar o hacer frente a lo que las otras debe hacer a su vez (art. 1498). Por su parte, el Código de Comercio tan sólo afirma que “cuando la prestación de una de las partes *sea irrisoria* no habrá contrato conmutativo” (cursivas fuera del texto original). Y ello es normal en la concepción y papel del contrato dentro de una economía capitalista. La libertad contractual hace que las partes determinen el balance entre derechos y obligaciones, concluyendo negocios que pueden ser buenos o malos para ellas. Por ello, pese a los progresos del intervencionismo contractual no existe una protección objetiva al equilibrio inicial del contrato, de tal suerte que la acción por lesión sigue siendo doblemente excepcional: por una parte, ella debe ser *enorme*, y por otra, está restringida a los contratos de compraventa de inmuebles².

Por el contrario, nuestra Corte Constitucional ha afirmado la diferencia entre esta restricción del equilibrio inicial en derecho privado y la concepción

2 Nuestro Código Civil consagra esta doble restricción y además no deja por completo indemne a la parte que ha sufrido la lesión:

“Art. 1947. El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es *inferior a la mitad del justo precio* de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando *el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio* que paga por ella” (cursivas fuera del texto original).

El justo precio se refiere al tiempo del contrato.

“Art. 1948. El comprador contra quien se pronuncia la rescisión podrá, a su arbitrio, consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor, en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte.

No se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda, ni podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato”.

del equilibrio en el contrato público, al considerar que en este existe una reciprocidad objetiva donde

[...] las prestaciones correlativas de las partes, en virtud del principio de la justicia conmutativa, tienen que mantener una equivalencia siguiendo el criterio objetivo de proporción o simetría en el costo económico de las prestaciones, lo que exige que el valor a recibir por el contratista, en razón de los bienes, obras o servicios que le entrega al Estado, deba corresponder al justo precio imperante en el mercado. Con ello, se fija un límite al ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, en aras de racionalizar la posición dominante de la administración, mantener el equilibrio del contrato y, de este modo, garantizar los derechos del contratista que se constituye en la parte débil de la relación contractual³.

No obstante, esta concepción parece excesiva. En primer lugar, las consideraciones sobre la parte débil del contrato no son particulares frente a las que sufre la parte débil en un contrato de derecho privado –por ejemplo, el consumidor frente al productor o gran distribuidor– lo que ha permitido ciertas restricciones a la autonomía privada, como las obligaciones de información, la posibilidad de retractación e incluso, en ocasiones, ciertos controles de precios⁴, sin que ello jamás haya siquiera sugerido consagrar equivalencias objetivas de los contratos. Y en segundo lugar, si bien es cierto que los contratos públicos han de consultar la realidad del mercado y existen en ellos límites significativos a la autonomía de la voluntad en este sentido, restricción en la que son significativos mecanismos de consulta obligada de precios (en el SICE) o control del juez sobre la afectación del patrimonio público a través de la revisión de los acuerdos conciliatorios o del ejercicio de la acción popular, no existe una protección objetiva del carácter “justo” del contrato en su dimensión estrictamente conmutativa. De ser así, el contrato estatal consagraría la protección del equilibrio objetivo en todos los casos, generalizando la acción

3 Corte Constitucional, Sentencia C-892/01 del 22 de agosto de 2001, “Sonia Durán”, exp. D-3404.

4 Lo que hoy es contrario en la dinámica neoliberal que establece controles mediante los mecanismos de regulación de los mercados y no de intervención directa en las condiciones de contratación.

de rescisión por lesión, lo que no parece corresponder al estado del derecho en la materia.

El equilibrio inicial no es entonces objetivamente equilibrado o por lo menos no necesariamente equilibrado. Incluso así lo indica el mismo artículo 27, cuando toma como punto de partida la ecuación que *las partes han definido* al momento de proponer o de contratar, y no una ecuación objetiva del contrato.

Pero además, y es la segunda idea errada, el artículo 27 sugiere que existe una equivalencia aritmética de derechos y obligaciones, que es necesario conservar a lo largo de la ejecución del contrato. Por consiguiente, si las obligaciones aumentan para una parte, sus derechos han de aumentar igualmente, según la fórmula inicial de repartición de derechos y obligaciones. No obstante, esta concepción, además de ser inexacta, no brinda una aplicación práctica concreta. En efecto, reequilibrar el contrato según la distribución de obligaciones y derechos iniciales es posible tan sólo en un número reducido de eventos. La noción, así entendida, restringe el equilibrio a la variación del *sinlagma* en desarrollo del contrato. Concebido éste como intercambio de bienes y servicios entre dos partes, existirá necesidad de reequilibrio cuando una parte recibe más o menos bienes o servicios de la otra, frente a lo originalmente pactado. En este evento, el reequilibrio consiste en aumentar o disminuir la remuneración consecuentemente, para así conservar la ecuación original. Sin embargo, la utilidad del parámetro inicial de distribución de derechos y obligaciones de cada una de las partes está restringida al evento en que la variación consiste en el aumento o disminución de *las mismas* prestaciones pactadas. Por el contrario, si el cambio consiste en adicionar otras no previstas, los parámetros iniciales del contrato no serán útiles ni aplicables, por cuanto justamente las partes no incluyeron estas prestaciones imprevistas. Las partes tendrán entonces que *acordar* la remuneración de la nueva prestación o *el costo* de haber suprimido prestaciones acordadas, cuya significación económica no se vea compensada por la restricción del precio, en la medida en que pueden subsistir costos directos no cubiertos.

Igualmente, en los contratos que no se fundan en un intercambio correlativo de prestaciones, la variación de las obligaciones de una parte no se traduce necesariamente en un beneficio o perjuicio de la otra, que deba compensarse

aritméticamente. Tal es el caso de la concesión, en la que el beneficiario de la prestación asegurada por el concesionario no es la entidad contratante sino el usuario del servicio concedido. La variación de las condiciones de ejecución del contrato en perjuicio del concesionario genera la necesidad de *reequilibrar* el contrato pero no necesariamente un *pago compensatorio* por parte de la entidad contratante, cuando por ejemplo se reequilibra mediante el aumento de tarifas pagadas al concesionario por el usuario, quien en últimas soportará el sobrecosto.

La impertinencia del mantenimiento de la *ecuación aritmética inicial* es aún más evidente en la terminación anticipada del contrato. En la medida en que en este evento deja de existir contrato por reequilibrar, el *reequilibrio* no puede consistir en volver a las condiciones iniciales del contrato, sino en la indemnización de los perjuicios causados por la terminación anticipada que, además, pueden ser más significativos que la compensación fundada en las prestaciones originales del contrato.

De igual manera, los parámetros iniciales del contrato no sirven concretamente para distribuir las cargas extracontractuales, no imputables a las partes, que aparecen de manera imprevista durante la ejecución del contrato. En este caso de *imprevisión* la distribución original de derechos y obligaciones entre las partes tampoco permite determinar cuál de ellas debe soportar el sobrecosto o si este habrá de distribuirse entre ellas y en qué proporción. A diferencia de los eventos de modificación del contrato, en la *imprevisión* la administración no recibe más o menos de lo pactado, ni el contratista le entrega más o menos bienes o servicios de los originalmente previstos, sino que estos se tornan más onerosos para el contratista⁵. El reequilibrio no se funda entonces en los derechos y obligaciones originales y la justificación para atribuir el sobrecosto extracontractual a una de las partes habrá que buscarla en otro fundamento.

En estas condiciones, el equilibrio no constituye un equilibrio aritmético sino relativo. El equilibrio no establece por sí mismo una solución concreta ante la variación de las condiciones de ejecución del contrato, sino un objetivo

5 GEORGES VEDEL y PIERRE DELVOLVÉ, *Droit administratif*, t. I, París, PUF, 1992, p. 422, citado por LAURENT VIDAL, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruselas, Bruylant, 2005, p. 14.

de justicia contractual, según el cual se debe conservar la concepción inicial del contrato, que definió los costos y los beneficios para cada una de las partes, sin que ello implique la conservación de una fórmula matemática inicial de derechos y obligaciones, como lo sugiere el artículo 27. La búsqueda de la equidad, a la base del *principio del equilibrio*, exige analizar los eventos que dan origen a las perturbaciones del contrato para brindar según ellos soluciones particulares y justas para las dos partes, y acordes con los fines de la contratación pública. Por ello, los autores clásicos hablan de “*equilibrio honesto entre cargas y ventajas del contratista*”⁶, o el “*mantenimiento aproximado de cierta equivalencia entre cargas y ventajas*”⁷; de “*un equilibrio relativo, razonable y no absoluto entre las prestaciones de las partes*”⁸.

En fin, la Ley 80 de 1993 reforzó el equívoco del equilibrio con la contradicción entre varias normas. Así, el artículo 3° sugiere que el contratista tiene un seguro general frente a sus ganancias esperadas⁹, mientras que el artículo 5.°, numeral 1° establece que en caso de *imprevisión* tan sólo tienen derecho a un reequilibrio hasta un punto de no pérdida¹⁰. Además, este mismo numeral prescribe que “si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad

6 Expresión utilizada por el comisario de gobierno LÉON BLUM en la sentencia de principio que enunció en Francia la teoría del equilibrio financiero, CE, 11 de marzo de 1910, “Cie. française des tramways”, p. 218.

7 Expresión del comisario de gobierno ANDRIEUX, en CE, 10 de abril de 1935, “Ville de Toulon”, R. D. P., p. 783.

8 DE SOTO, nota al d. 1942, J. 111, citado por ANDRÉ DE LAUBADÈRE, FRANCK MODERNE Y PIERRE DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, 2ª ed., t. I, París, LGDJ, 1983, p. 718.

9 Ley 80 de 1993, art. 3°: “[...] Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

10 Ley 80 de 1993, art. 5°: “De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3°. de esta ley, los contratistas:

1°. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas”.

estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”, indemnización que parece restrictiva frente a la indemnización integral prevista por el artículo 50, que consagra la responsabilidad de la administración contratante¹¹. En fin, el artículo 27 consagró la posibilidad de un desequilibrio en contra de la administración, lo que constituye una contradicción frente al tratamiento de la ecuación financiera del contrato administrativo clásico porque, como veremos luego, esta está concebida exclusivamente en protección del contratista de la administración.

Bajo estas premisas, es entonces necesario identificar los distintos eventos de desequilibrio y determinar su fundamento jurídico en las distintas teorías que dan respuesta al desequilibrio financiero del contrato público, antes de lo cual es importante centrar el problema, determinando lo que no está incluido en él.

En primer lugar, si las condiciones de ejecución del contrato se ven alteradas por el incumplimiento de una de las partes, no se está frente a un evento de desequilibrio financiero del contrato, pese a que así lo afirme el artículo 5.1. de la Ley 80. En este caso el problema no es la modificación de las condiciones iniciales del contrato por hechos sobrevivientes, sino la ocurrencia de un comportamiento reprochable de una parte frente a las originales prestaciones acordadas, que genera una obligación de reparación integral de los perjuicios causados a la otra. Por ello, la consecuencia del incumplimiento no es el reequilibrio de la ecuación inicial, sino la indemnización de todos los perjuicios generados por el incumplimiento, que pueden ser mucho más significativos que el restablecimiento de la ecuación original. De ahí que el principio del equilibrio financiero sea incompatible con la idea de culpa contractual. Si hay culpa no hay desequilibrio sino responsabilidad por incumplimiento.

En segundo lugar, el principio tiende a una aplicación residual y excepcional en la responsabilidad contractual por cuanto los aleas del contrato son cada vez más manejables. La experiencia permite anticipar los riesgos y la dinámica

11 Ley 80 de 1993, art. 50: “De la responsabilidad de las entidades estatales. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”.

contractual incita a *prever lo imprevisible*. Muestra de ello son las fórmulas de actualización y revisión de precios, que palean la devaluación y la variación de los costos para la ejecución del contrato, reduciendo el campo del equilibrio a cuando las fórmulas se tornan gravemente ineficaces ante cambios que sobrepasan todo cálculo. Además, los contratos deben identificar los riesgos de su ejecución y prever la distribución de estos entre las partes¹², de tal suerte que cada una tiene la carga de soportar las consecuencias de la materialización de los que asumió, bien sea los riesgos comercial, de construcción, de operación, financiero, regulatorio, de adquisición de predios, ambiental e incluso político y de fuerza mayor.

El principio del equilibrio financiero del contrato es entonces incompatible con los riesgos asumidos por cada una de las partes. Si estos se presentan, no hay problema de desequilibrio de las condiciones iniciales por cuanto justamente estas previeron la posible ocurrencia del riesgo. El campo se reduce entonces a la materialización de riesgos que las partes no previeron y no estaban obligadas a prever, o a los que aun habiendo sido previstos, resultaron desmesurados frente a la amplitud que razonablemente cabía dentro de las cargas asumidas.

Habiendo delineado lo que no es equilibrio es necesario determinar lo que sí es, exponiendo su fundamento jurídico, para luego esbozar las teorías que lo desarrollan.

I. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL

El fundamento genérico del equilibrio parece simple: si las partes concretaron con el contrato unos determinados derechos y obligaciones para cada una,

12 Así lo han estimulado los documentos del Consejo Nacional de Política Económica y Social sobre la “Política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura” (Conpes 3107 y 3133 de 2001) y ordenado de manera general, el artículo 8° del Decreto 2170 de 2002, sobre los estudios previos a la contratación, que prescribe la obligación de incluir en estos “[...] 5. El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista”.

resulta conforme a la equidad el que las nuevas circunstancias que aparecen durante la ejecución del contrato sean tratadas bajo la misma distribución de derechos y obligaciones. El enunciado del equilibrio indica entonces que las condiciones iniciales ofrecen la solución. Pero en realidad –como lo hemos anticipado– ellas sirven de poco, de manera directa. Primero, porque siendo siempre circunstancias imprevistas e imprevisibles las que dan lugar al desequilibrio del contrato, por naturaleza no fueron tenidas en cuenta por las partes al suscribirlo. Y además, siendo circunstancias extra-contractuales, generan costos igualmente extra-contractuales, de tal suerte que las condiciones iniciales del contrato, la distribución original de derecho y obligaciones, no puede, por sí misma, indicar cuál de las partes debe asumir estos sobrecostos. ¿Cuál de ellas habrá de soportar el sobrecosto por una huelga ajena a las partes, por un derrumbe, por el retraso de mercancías compradas debido a un paro armado de la guerrilla, o el aumento de costos derivado de una reforma laboral, de una devaluación inesperada, del aumento extraordinario del valor de los insumos? En ningún caso puede encontrarse la solución en las condiciones iniciales del contrato. Y por ello, es más ajustado a derecho encontrar el fundamento del equilibrio en la *adaptación* de las condiciones del contrato a las nuevas circunstancias, ciertamente inspirada en las condiciones iniciales, mas no fundadas de manera específica en ellas.

La *adaptación* del contrato a la base del equilibrio concreta una concepción particular de justicia contractual, pero esta concepción es distinta en derecho privado y en derecho público.

A. DERECHO PRIVADO: EQUIDAD EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL

En los contratos entre particulares los intereses jurídicos de cada una de las partes, pese a las desigualdades económicas o a la disimetría en la información sobre el contrato, tienen el mismo valor jurídico y sobre todo la misma naturaleza. El equilibrio contractual persigue entonces una equidad en el contrato, es decir, que las condiciones inicialmente pactadas, incluidas no sólo las obligaciones contraídas sino también las cargas y riesgos inherentes

a ellas¹³, guían de manera significativa las soluciones frente a nuevos hechos que las partes no podían prever al momento de suscribir el contrato. Así, se suele sustentar la revisión del contrato privado en los principios de la buena fe y de la conmutatividad del contrato, que desarrollaría la doctrina *tomista* de la cláusula *rebus sic stantibus*, al considerar que es contrario a la buena fe contractual y a la conmutatividad que las partes dieron originalmente a la relación contractual exigir el cumplimiento del contrato cuando las circunstancias que le dieron origen han variado substancialmente¹⁴.

No obstante, este fundamento abre la puerta de la revisión del contrato, mas no ilustra la determinación del contenido concreto de la revisión. ¿Cómo repartir entre las partes las nuevas cargas imprevistas que generan dificultades para las dos o para una de ellas, sin que ninguna tenga culpa en su ocurrencia? El juez se encuentra ante un problema delicado. La jurisprudencia francesa encontró que el juez del contrato no tenía ninguna legitimidad para reemplazar a las partes determinando cuál de ellas y en qué proporción habría de soportar la carga extracontractual, y por consiguiente, siempre ha antepuesto la fuerza vinculante del contrato que impide su revisión judicial¹⁵. Otras legislaciones han admitido la revisión del contrato de manera pretoriana (Alemania, Suiza, Austria, países nórdicos) o legislativa (Grecia, Italia, Portugal, Países Bajos)¹⁶, pero no establecen de manera general criterios concretos y prácticos para que el juez revise el contrato, sino el deber, fundado en el principio de la buena fe contractual, de renegociar las condiciones contractuales para adaptarlas a las nuevas circunstancias. El juez vela por el cumplimiento de esta obligación, sin que ello lo autorice en la mayoría de los casos a reemplazar a las partes para

13 Código Civil, art. 1603: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”.

14 LAURENCE FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, París, LGDJ, 2002; PHILIPPE STOFFEL-LUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprevision: vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, Aix en Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1994, pp. 84 y ss.

15 Cass. Civ, 6 de marzo de 1876, “De Galliffet c. commune de Pélissanne”, D. 1976, I, 193, note Giboulot. Célebre sentencia del canal de Craponne.

16 STOFFEL-LUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprevision...*, cit., p. 21.

distribuir las cargas extra-contractuales. A lo sumo podrá resolver el contrato, si las partes no llegan a un acuerdo, como lo prevé el Código Civil italiano¹⁷.

Nuestro Código de Comercio de 1971 fue más lejos, al brindar al juez el poder de reequilibrar el contrato. Sin embargo, no le dio ningún parámetro distinto de lo que le indique la equidad, luego de examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato¹⁸. Y en realidad, es difícil imaginar que el juez asuma este papel remplazando a las partes para decidir cuál debe soportar cargas no previstas por ellas. Podría buscarse fundamentos de solución en el mayor o menor beneficio del contrato para una de las partes, indicador de un mayor o menor riesgo asumido, siguiendo la lógica de nuestro Código Civil sobre la gradación de la culpa contractual¹⁹, o en el análisis de los riesgos contractuales que indican las consecuencias de la fuerza mayor o de la pérdida de la cosa debida

17 El artículo 1467 prevé que la parte contra la que se pide la resolución puede evitarla ofreciendo una modificación equitativa del contrato, pero es de observar que en este evento estamos ante una disposición del contrato por las partes y no por el juez.

Art. 1467: “Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’art. 1458 (att. 168).

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare egualmente le condizioni del contratto”.

18 Código de Comercio, art. 868: “Revisión del contrato por circunstancias extraordinarias. Cuando circunstancias, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión”.

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

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

19 Código Civil, art. 1604: “-El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio”.

frente al contratista cuya prestación no queda afectada por el *casus*. ¿Deberá este pagar el servicio o el bien aunque no pueda recibirlo por la ocurrencia del *casus* (*res perit creditoris*) o será igualmente liberado de su prestación que, aunque posible, carecería de causa al haber desaparecido la de su cocontratante por el *casus* (*res perit debitoris*), o en fin, habrá que determinar quién era el propietario de la cosa perdida para hacerle correr las consecuencias del *casus* (*res perit dominus*), como prescriben los artículos sobre el arrendamiento de obra²⁰? Formulada para eventos de imposibilidad de cumplimiento, la acepción que se tenga de los riesgos contractuales podría ilustrar la solución para la imprevisión.

Como sea, la tarea del juez no deja de ser delicada y tal vez por ello, pese a que nuestra Corte Suprema de Justicia admitió el principio de la revisión del contrato desde los años treinta²¹, no existe un sólo antecedente en el que un tribunal civil haya reequilibrado concretamente un contrato. En el derecho internacional privado, particularmente sensible a estos problemas, las partes suelen determinar lo mejor posible la distribución de riesgos contractuales, previendo así lo imprevisible, y reduciendo el campo del reequilibrio contractual, así como pactar cláusulas de *hardship* por las que se obligan a renegociar

20 Código Civil, art. 2057: “La pérdida de la materia recae sobre su dueño.

Por consiguiente, la pérdida de la materia suministrada por el que ordenó la obra, pertenece a éste; y no es responsable el artífice sino cuando la materia parece por su culpa o por culpa de las personas que le sirven.

Aunque la materia no perezca por su culpa, ni por la de dichas personas, no podrá el artífice reclamar el precio o salario si no es en los casos siguientes:

1. Si la obra ha sido reconocida y aprobada.
2. Si no ha sido reconocida y aprobada por mora del que encargó la obra.
3. Si la cosa perece por vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra, salvo que el vicio sea de aquellos que el artífice, por su oficio, haya debido conocer; o que conociéndolo, no haya dado aviso oportuno.

Art. 2058. El reconocimiento puede hacerse parcialmente cuando se ha convenido en que la obra se apruebe por partes”.

21 C. S. J. Cas. del 29 de octubre de 1936, “Tomás Muñoz R vs Emilio y Antonio Hoyos”, y 23 de mayo de 1938, “Pablo Rodríguez H vs Francisco Bravo y Cía. S. A.”. Igualmente, Sala Plena de Constitucionalidad, sentencia del 25 de febrero de 1937, “José Arturo Andrade y otros. Demanda de inconstitucionalidad contra las leyes 37 de 1932 y 11 de 1933”.

el contrato en caso de aparición de circunstancias nuevas e imprevisibles que afecten su ejecución²². Pero en caso de que éstas aparezcan y las partes no lleguen a un acuerdo, ni hayan previsto el reenvío a un tercero (árbitro) el juez podrá hacer poco para distribuir entre ellas las nuevas cargas.

B. DERECHO ADMINISTRATIVO:
EQUIDAD POR VALORES EXTERNOS AL CONTRATO

En el derecho administrativo la necesidad de reequilibrar el contrato para asegurar su ejecución fue admitida desde comienzos del siglo XX²³, pero sobre valores distintos. En el contrato público, inspirado en la concepción francesa, el contratista se vincula a una misión de interés general que no le es connatural, esto es, la realización de los fines del Estado, como aparece hoy enunciado en el artículo 3° de la Ley 80. Es el sentido de su carácter de colaborador de la administración que le impone deberes y ciertos sacrificios, pero que a la vez le otorga protecciones importantes y ventajosas, en relación con las situaciones contractuales entre particulares.

El fundamento del equilibrio se encuentra así más que en la relación contractual misma, en el balance equitativo entre los deberes del contratista —en aras del cumplimiento de los fines del contrato— y las protecciones a que tiene derecho. Si el contratista debe hacer esfuerzos particulares por asegurar la ejecución del contrato, pese a la aparición de nuevas circunstancias imprevistas e imprevisibles, la administración contratante ha de brindarle apoyo financiero en todo caso, incluso cuando los hechos generadores del desequilibrio no le son imputables. Esta solución de principio no puede explicarse en el contrato mismo. Son los valores extra-contractuales los que explican esta responsabilidad: el equilibrio entre los intereses generales desarrollados por el contrato y el reconocimiento de los esfuerzos particulares hechos por el contratista en su logro.

Esta concepción clásica del contrato administrativo fue sin embargo alterada en Colombia por la Ley 80 de 1993, al introducir la posibilidad de un des-

22 ANA MARÍA CASTRO y ANA CECILIA ZAPATA, “El hardship en los contratos internacionales”, en *Revista@e-mercatoria*, vol. 4, n° 2, 2005 [www.mercatoria.edu.co].

23 CE, 11 de marzo de 1910, “Cie française des tramways”, p. 218.

equilibrio financiero del contrato en contra de la administración contratante, prevista en el artículo 27 antes transcrito, y al consignar el reequilibrio como un derecho de ésta en el artículo 4º numeral 3²⁴. En efecto, la concepción clásica del equilibrio existe exclusivamente a favor del contratista al surgir como una compensación de su esfuerzo en beneficio de la continuidad del servicio público o del ejercicio de potestades de poder público por parte de la administración contratante. Por el contrario, este fundamento no puede operar cuando se trata de un desequilibrio en contra de la administración, caso en el cual será necesario hoy, bajo los preceptos de la Ley 80, acudir a la lógica del contrato privado para buscar un reequilibrio fundado de la relación contractual misma, bajo los fundamentos de la revisión del contrato comercial.

Nuestro Consejo de Estado interpretó originalmente los contradictorios textos sobre la materia, contenidos en la Ley 80, bajo una concepción en extremo garantista de los intereses del contratista, al considerar que el equilibrio surgido de la relación inicial se caracterizaba por intereses antagónicos de las partes, de tal suerte que generaban la transferencia de todos los riesgos del contrato a la administración contratante. Sobre la base del artículo 3º de la Ley 80 (fines de la contratación), el juez administrativo consideró que el contratista busca un fin de lucro con el contrato, mientras que la administración busca la satisfacción de un interés general. Por consiguiente, los aleas surgidos en ejecución del contrato, no imputables al contratista ni a la administración contratante, debían ser soportados integralmente por esta, en la medida en que el contrato se debe seguir ejecutando para cumplir fines públicos, y por consiguiente el contratista tendría derecho, en todo evento, a una indemnización integral que incluyera los beneficios dejados de percibir por el *casus*²⁵.

24 Ley 80 de 1993, art. 4º: “De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: [...] 3º. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato”.

25 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 1996, “SAE”, exp. 10151: “Sabido es que desde la propia génesis del negocio jurídico las partes aceptan conocer cuál es el beneficio que derivarán del mismo. Para la administración: el logro de los fines esenciales del Estado: para el contratista: la obtención de un provecho económico. Se establece entonces la regulación económica del negocio y a través de la misma se oriente la

No obstante, esta concepción no parece corresponder ni con el alcance del fundamento del equilibrio en el contrato administrativo, ni con los preceptos de la Ley 80. Frente al fundamento del equilibrio, este indica un balance entre los intereses de las partes y no una conservación de sus intereses primarios de manera aislada, en la que, de manera inequitativa, el contratista conserva los beneficios y la administración asume los problemas. Además, el fundamento clásico del equilibrio no se vio alterado en este sentido por la ley 80, por cuanto el artículo 3º citado por la jurisprudencia releva que el contratista debe tener presente no sólo el fin de lucro que persigue con el contrato, sino también que en desarrollo de este se convierte en un colaborador de la administración en el logro de fines públicos, lo que implica cargas particulares²⁶. En esa medida,

relación contractual [...] se considera que frente a una situación de desequilibrio financiero del contrato, le corresponde a la administración asumir en su totalidad el compromiso de colocar a su colaborador-contratista en un punto de no pérdida, y aún más, en una situación económica tal, que sus expectativas vigentes a la celebración del contrato no se vean menguadas por causas ajenas a su propia voluntad. Por tanto, cuando los factores que generan ese desequilibrio económico del contrato son extraños, ajenos al propio contratista, la única forma de mantener la ecuación financiera consiste en que la administración asuma los costos necesarios para que su co-contratante no solo obtenga el monto de las inversiones realizadas dentro del curso ordinario y aún extraordinario de la ejecución del contrato, sino que además deberá reconocerle y pagarle sus utilidades, lucros y ganancias, desde luego razonables y ceñidos a las condiciones iniciales de contratación”.

En igual sentido, sentencia del 26 de febrero de 2004, “Viviendas y Construcciones de Hormigón Armado Ltda. Hora Ltda.”, exp. 14043: “Para establecer el contenido del concepto *Equilibrio* cabe tener en cuenta lo que motiva a cada uno de los sujetos de la relación jurídico negocial derivada del contrato estatal; para el Estado, desarrollar los fines que nuestro sistema jurídico le atribuyó fundamentalmente la satisfacción del interés público; para el particular, obtener un lucro personal.

El contrato estatal debe entonces colmar las expectativas de uno y otro cocontratante, para lo cual se ha previsto la conservación de la ecuación financiera del contrato existente a la fecha en que surge la relación jurídico negocial”.

26 Ley 80 de 1993, art. 3º: “De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

la ley reconoce intereses originales divergentes de cada parte en el contrato estatal, pero al mismo tiempo les impone tener en cuenta los de la otra, lo que implica ciertas cargas.

Por su parte, la Corte Constitucional, basada en esta concepción, afirmó un principio constitucional de *garantía integral del patrimonio de los ciudadanos*, en virtud del cual el Estado debía asumir todo riesgo no previsto por las partes. Este principio tendría como fundamento constitucional los artículos 2° (fines del Estado)²⁷, 13 (igualdad ante la ley)²⁸, 58 (protección de la propiedad privada)²⁹ y 83 (principio de la buena fe)^{30, 31}. No obstante, la lectura de estas normas, bajo la interpretación que la misma Corte les ha dado, no parecen in-

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

- 27 Constitución Política, art. 2°: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

- 28 Constitución Política, art. 13: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

- 29 Constitución Política, art. 58 (modificado por el art. 1° del Acto Legislativo 1 de 1999): “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”.

- 30 Constitución Política, art. 83: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

- 31 Corte Constitucional. Sentencia C-892/01 del 22 de agosto de 2001, “Sonia Durán”.

ducir el pretendido traslado de riesgos. El artículo 2º es de carácter teleológico y el que consagre el deber de las autoridades de proteger los bienes y otros derechos de los residentes en el país no permite deducir una responsabilidad concreta por su no protección, además de que en este evento se desarrollaría una responsabilidad subjetiva, incompatible con la dinámica del equilibrio financiero, como hemos visto. Por su parte, la igualdad ante la ley explica, como lo veremos, las soluciones a desequilibrios originados en actuaciones de la administración y no genéricamente frente a cualquier desequilibrio. Además, la protección de la propiedad privada y de los derechos adquiridos, como fundamento del traslado de riesgos a la administración, parte del supuesto de que la expectativa de ganancias constituye un derecho adquirido para el contratista, lo que no surge en absoluto del enunciado constitucional. En fin, como hemos visto, el principio de la buena fe constituye un fundamento de la revisión del contrato comercial, sin indicar la distribución concreta de cargas entre las partes.

La jurisprudencia constitucional ha evolucionado sustituyendo esta noción extrema y simplista al aceptar que el tema del equilibrio no es de orden constitucional sino legal o de desarrollo jurisprudencial³². Y por su parte, El Consejo de Estado ha revisado su concepción, volviendo a las posiciones tradicionales del equilibrio del contrato administrativo, como veremos en la exposición de las distintas teorías. En esta dinámica, la materialización concreta del desequilibrio exige analizar las circunstancias que dan lugar a su ocurrencia: no es indiferente que los eventos provengan de la entidad contratante o de otra, que sean fruto de un acto o hecho ajeno a las partes, o que dejen al contratista en una situación particularmente grave o no, en relación con otras personas.

32 Corte Constitucional, Sentencia C-965/03 del 21 de octubre de 2003, “Néstor Raúl Correa”. Sentencia en la que analiza el carácter relativo y la significación de la indemnización integral como indemnización justa, prevista para todos los procesos ante la administración de justicia, como criterio de valoración de los daños causados.

II. SOLUCIONES ANTE EL DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL

Pueden resaltarse tres elementos comunes de las soluciones: Primero, todos los eventos constituyen actos o hecho lícitos, en relación con la administración contratante. Se excluye entonces todo evento de culpa, cuyas consecuencias son regidas por la responsabilidad contractual o extracontractual, sobre la base de la culpa. En segundo lugar, los eventos han de ser imprevistos e imprevisibles, lo que excluye tanto las cargas de diligencia, derivadas del saber especializado que deben tener las partes, como los riesgos que estas han asumido contractualmente, aunque en uno y otro caso es difícil fijar la frontera a partir de la cual el evento es extraordinario, y por consiguiente constitutivo de desequilibrio contractual. Y en tercer lugar, las soluciones al desequilibrio tienen una inspiración, aunque no siempre fundamento inmediato, en el principio según el cual existe responsabilidad administrativa cuando el particular se ve sacrificado en aras del interés general (principio de desequilibrio ante las cargas públicas).

A. HECHO DEL PRÍNCIPE

En esta teoría el desequilibrio proviene de un acto, siempre lícito, de la administración. Pero ¿cuál administración y qué tipo de acto?

Una noción amplia permite que el acto provenga de cualquier administración. El Estado es así concebido como uno solo y un municipio puede responder por un acto del Ministerio de Hacienda o incluso por una ley del Congreso. Así, el Consejo de Estado condenó a las Empresas Públicas de Medellín por el aumento del IVA³³. Pero esta noción no parece acorde con los principios de la responsabilidad que exigen coincidencia entre la persona responsable y la autora del acto generador del perjuicio. Nuestra jurisprudencia encontró fundamento en la doctrina argentina de MARIENHOFF para quien el fundamento general de todo equilibrio estaba sustentado en el artículo 17 de

33 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 1992, “Ceat General de Colombia S. A.”, exp. 6353.

la Constitución³⁴ por cuanto “a nadie puede imponérsele el sacrificio de sus intereses particulares en beneficio público sin el respectivo resarcimiento”³⁵. Por consiguiente, el contratista que sufre una medida general de cualquier administración lo hace por cumplir un contrato de interés general. La situación sería entonces distinta, según el autor, de la de los particulares cuando contratan entre sí, porque pese a que sus contratos también pueden verse afectados por la medida general, dichos contratos no están vinculados con un interés público. En el primer caso el contratista del Estado tendría lugar a una indemnización integral, mientras que alguno de los contratistas particulares tendría que soportar las consecuencias de la medida administrativa³⁶.

Esta concepción no parece sin embargo desarrollar el principio de igualdad ante las cargas públicas, sino consagrar una desigualdad a favor del contratista de la administración. En efecto, el contratista de la administración no soporta de manera distinta las consecuencias de un impuesto, una reforma laboral o una medida de policía, respecto de las consecuencias que deben soportar los contratistas en un contrato entre particulares. El carácter general de la norma hace que su destinatario sea tanto el contratista público como el privado. Por el contrario, la norma crearía una discriminación positiva a favor del contratista de la administración, por el sólo hecho de esta condición e independientemente del sacrificio particular a que esté obligado en favor del interés general. El fundamento en este caso parece más de orden político que jurídico al buscar la atracción de contratistas hacia los proyectos de la administración. En ese orden de ideas, encontramos las políticas de atracción del capital privado para los proyectos estratégicos, presentes en varios países de América Latina, que pueden adoptar la modalidad de leyes que aseguran a los inversionistas la estabilidad normativa existente al momento de hacer sus inversiones en el

34 Artículo 16, luego de la reforma constitucional de 1994: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

35 MIGUEL MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 484.

36 Ídem.

país³⁷ o de cláusulas contractuales que atribuyen riesgos cambiarios o normativos a la entidad contratante³⁸, lo que plantea, desde otro punto de vista, el problema jurídico de la libertad contractual para determinar el límite de asunción de estos riesgos.

Por estas críticas a la concepción amplia del hecho del príncipe, nuestro Consejo de Estado exige hoy que el acto provenga de la persona pública contratante³⁹.

Y en cuanto al tipo de acto, el más inmediato es el ejercicio de poderes exorbitantes de la entidad contratante. Excluidos los poderes sancionatorios

37 En Perú el régimen de concesiones desarrolló el artículo 62 de la Constitución que prevé la posibilidad de suscribir contratos-ley (art. 62) por medio de los cuales el Estado ofrece garantías y seguridades sobre la normatividad existente al momento de suscribir el contrato, que no son modificables por leyes posteriores. Ver JORGE DANÓS ORDÓÑEZ, “El régimen de los contratos estatales en Perú”, en *VI Jornadas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado 2005, en prensa.

El derecho colombiano contempla la posibilidad de suscribir contratos de estabilidad jurídica en beneficio de los nuevos inversionistas. Sin embargo, su cubrimiento no es absoluto. El respectivo contrato se suscribe con el ministro del ramo en que se efectúe la inversión luego del análisis de la inversión proyectada y el cumplimiento de otros requisitos específicos. Además, el contrato no protege contra toda modificación normativa, sino contra las normas concretamente identificadas y determinantes para la inversión (Ley 963 de 2005, declarada exequible por las sentencias C-242/06 del 29 de marzo de 2006 y C-320/06 del 24 de abril de 2006 de la Corte Constitucional). En sentido similar, la Ley 223 de 1995 previó un régimen de estabilidad tributaria mediante el cual la sociedad contribuyente se compromete a pagar 2% más del impuesto a la renta y complementarios vigente al momento de suscribir el contrato con el beneficio de protegerse contra cualquier tributo o contribución del orden nacional que se establezca durante la vigencia del contrato (máximo 10 años) (art. 240-1 reformado del Estatuto Tributario).

38 CLAUDIO MORAGA KLENNER, “Contratación administrativa chilena al año 2005: por un escenario transparente de contratación y una adecuada distribución de riesgos”, en *VI Jornadas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo*, cit.

39 Sentencia de principio: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, “Pavimentos Colombia Ltda.”, exp. 14577, ratificada por sentencias de la misma sección del 4 de septiembre de 2003, “Concay Ltda.”, exp. 16102; 18 de septiembre de 2003, “Castro Tchass y Cía. Ltda.”, exp. 15111; 30 de octubre de 2003, “Construca Ltda.”, exp. 17213; 11 de diciembre de 2003, “Conciviles S. A.”, exp. 16433 y 2 de septiembre de 2004, “Pavimentos Colombia Ltda.”, exp. 14578.

(multa, caducidad, declaratoria de incumplimiento) por reprimir incumplimientos culposos del contratista, los poderes exorbitantes se ejercen en aras del interés general. Tanto la interpretación, la modificación como la terminación unilaterales del contrato responden a la necesidad de “evitar la paralización o afectación grave de los servicios públicos a cargo de la entidad contratante y asegurar su inmediata, continua y adecuada prestación” (Ley 80, art. 14 y ss.). El desequilibrio soportado por el contratista por el ejercicio de estos poderes en beneficio de la comunidad genera para él el derecho a una compensación económica para mantener el equilibrio inicial del contrato. No obstante, la lógica de la responsabilidad por el desequilibrio ante las cargas públicas —plenamente aplicable en este evento— hace que este equilibrio inicial no comporte un cálculo matemático de sus obligaciones y derechos inicialmente pactados, sino de su situación global que ha de preservarse indemne. Por consiguiente, la indemnización a que tiene derecho no consiste técnicamente en una preservación de las condiciones iniciales del contrato “reequilibrado” sino en la indemnización integral de todo el perjuicio que haya sufrido, lo que cubre todas sus pérdidas derivadas del acto (daño emergente) como sus originales aspiraciones de ganancias (lucro cesante), por cuanto el acto fue proferido por la misma administración.

Aunque el Consejo de Estado no ve en estos eventos un hecho del príncipe sino una responsabilidad por el ejercicio de poderes contractuales⁴⁰ el tratamiento es igual en cuanto a la caracterización del acto y la indemnización integral.

El segundo evento, este sí calificado como hecho del príncipe por el Consejo de Estado, proviene de los actos generales de la entidad contratante, que si bien no tienen por objeto el contrato, sí lo afectan de manera directa o indirecta, como ocurre con un reglamento de policía, una medida de salubridad, un cambio arancelario, una modificación de políticas... El fundamento de la responsabilidad es también el sacrificio del contratista por una medida lícita en interés de la comunidad, que le otorga el derecho a una indemnización integral. Sin embargo, el campo de aplicación no es absoluto,

40 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 27 de marzo de 1992, “Ceat General de Colombia S. A.”, exp. 6353; del 4 de septiembre de 2003, “Concay Ltda.”, exp. 16102; del 5 de mayo de 2005, “Apostar Ltda.”, exp. 15236.

por cuanto el juez considera la situación particular del contratista frente a otros destinatarios de la norma. Si el fundamento de la responsabilidad en estos eventos es el desequilibrio ante las cargas públicas, es necesario que este se dé efectivamente. Por ello, el Consejo de Estado consideró que la Ley 100 de 1993, sobre el régimen de seguridad social, o la misma Ley 80 del mismo año, no configuraron un hecho del príncipe: los sobrecostos soportados por los contratistas del Estado no fueron particulares frente a los soportados por otros empresarios⁴¹. De igual manera considera hoy que en principio los impuestos no constituyen hecho del príncipe por su carácter general⁴² y que siempre es indispensable hacer un análisis concreto para ver el fundamento y la pertinencia de la teoría⁴³.

Bajo estas condiciones, el hecho del príncipe es excepcional porque exige un perjuicio particularmente grave del contratista, frente a los demás destinatarios del acto general, lo que ocurre, por ejemplo, cuando afecta un aspecto del contrato que fue motivo esencial para su suscripción (suministro de un equipo importado, exento de impuestos de importación al momento de contratar, cuyo costo aumenta por nuevos aranceles).

B. IMPREVISIÓN

El manejo de la imprevisión en el contrato estatal materializa la solución más original y particular frente al derecho privado. Los supuestos son los mismos: un contrato de ejecución sucesiva, eventos imprevistos e imprevisibles ajenos por completo a las partes y que agravan particularmente la situación de una de ellas; pero la solución difiere esencialmente.

Si el desequilibrio es soportado por el contratista, la entidad contratante siempre habrá de indemnizarlo. En el derecho privado, como hemos visto,

41 ÍD., auto del 30 de enero de 1998, “Consultoría Colombiana y Grupo Consultor Colombiano Ltda.”, exp. 13722.

42 ÍD., sentencias del 29 de mayo de 2003, exp. 14577; 30 de octubre de 2003, “Construca S. A.”, exp. 17213;

43 ÍD., sentencias del 11 de diciembre de 2003, “Conciviles S. A.”, exp. 16433; 2 de septiembre de 2004, “Pavimentos Colombia Ltda.”, exp. 14578.

la revisión del contrato no implica que una de las partes asuma *siempre* el sobrecosto extracontractual (art. 868 C. Co.) y la equidad indicaría que debe ser repartido entre ellas por cuanto ninguna de las dos es responsable por su ocurrencia. Entonces, ¿por qué ha de asumir la administración contratante cargas extracontractuales cuando su origen le es por completo ajeno? En este evento, a diferencia del hecho del príncipe, la entidad contratante no ha proferido ningún acto ni ha desarrollado ninguna actividad generadora del desequilibrio. Por consiguiente, el fundamento en el desequilibrio ante las cargas públicas no puede ser argumentado de la misma manera.

La respuesta ha de ser que buscarla en los particulares valores protegidos por el equilibrio contractual administrativo: si la entidad contratante se amparara en la estricta fuerza vinculante del contrato para exigir su cumplimiento por parte del contratista, negándose a asumir cargas extracontractuales, como sucedería en el derecho privado, su contratista iría a la quiebra por cumplir el contrato y ello a la postre afectaría el servicio público o el interés general al que está vinculado el contrato. Resulta entonces necesario que la entidad contratante, para preservar, primero el interés general y segundo el tratamiento equitativo para con quien colabora con su logro, apoye a su contratista permitiendo así la ejecución del contrato. La preservación de los intereses inherentes al servicio público constituye, entonces, un elemento esencial de la imprevisión administrativa, lo que con frecuencia se olvida. Asegurar la continuidad y la calidad del servicio explica por qué la administración ha de asumir una carga a pesar de no tener ninguna responsabilidad en su origen.

Bajo esta lógica, el contratista ha de continuar con la ejecución del contrato, so pena de ver negada la aplicación de la imprevisión. Pero este sacrificio se ve compensado con una indemnización a la que tiene derecho, que en estricto sentido no es manifestación de responsabilidad, por cuanto el evento no es en absoluto imputable a la administración contratante ni por acción ni por omisión, como lo exige el artículo 90 de la Carta al consagrar el principio de responsabilidad administrativa⁴⁴.

44 Constitución Política, artículo 90: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades

De nuevo, sobre el fundamento del desequilibrio frente a las cargas públicas, pero con un contenido particular, la entidad contratante debe auxiliar a su colaborador soportando el sobrecosto generado por el evento imprevisto. No obstante, en la medida en que el objetivo de la *imprevisión* es evitar la ruina del contratista y la consecuente paralización del servicio público, y teniendo en cuenta que la administración no tiene ninguna responsabilidad sobre el hecho generador del desequilibrio, el contratista no sale indemne del desequilibrio, por cuanto debe soportar la carga de no obtener los beneficios a los que aspiraba inicialmente. Esta concepción quedó plasmada en el artículo 5.1. de la Ley 80 al establecer que en caso de imprevisión el contratista tendrá derecho al *restablecimiento del equilibrio a un punto de no pérdida*, lo que implica una indemnización parcial, que a su vez obliga a concluir que el reequilibrio no siempre se efectúa de la misma manera. Ello ejemplifica las soluciones particulares del reequilibrio y da valor concreto a la noción de equilibrio honesto, equilibrio relativo, de la que tratamos conceptualmente en el primer acápite.

El Consejo de Estado consideró inicialmente que el *punto de no pérdida* incluía las utilidades dejadas de percibir⁴⁵. Estando estas contempladas inicialmente en el contrato, el no obtenerlas sería parte de las pérdidas sufridas por el contratista. Pero esta noción de pérdidas contiene errores técnicos y de fundamento jurídico. Respecto de los primeros, el Código Civil identifica las pérdidas con el daño emergente⁴⁶, como lo ratifica unánimemente la doctrina⁴⁷ e incluso la misma jurisprudencia del Consejo de Estado⁴⁸. El daño

públicas”. Ver AÍDA PATRICIA HERNÁNDEZ, “¿Responsabilidad contractual del Estado sin imputación?”, en *VI Jornadas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo*, cit.

45 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 1996, “SAE”, exp. 10151.

46 Código Civil, art. 1614: “Entiéndese por daño emergente el perjuicio o *la pérdida* que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento [...]” (cursivas fuera de texto original).

47 JUAN CARLOS HENAO, *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 197.

48 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 1990, “Olga Ruth Tabares”, exp. 5759.

emergente corresponde a *la pérdida sufrida*⁴⁹ o a los bienes económicos que salieron o saldrán del patrimonio⁵⁰. Por consiguiente, por expresa autorización del mismo código, la ley podía restringir la indemnización al daño emergente⁵¹. Pero además, y es este el error de fundamento, la indemnización de la imprevisión no es consecuencia de un evento de responsabilidad, en estricto sentido, al no existir imputación del daño a la entidad contratante. En esta medida, la indemnización no corresponde técnicamente a todos los *perjuicios* referidos por el artículo 1613 del Código Civil transcrito, como consecuencia de la responsabilidad, sino a la noción genérica del *daño*. Esta distinción entre el *daño* y el *perjuicio* relevada por la doctrina⁵² permite diferenciar las reparaciones derivadas de la responsabilidad, en las que el *perjuicio* constituye un presupuesto necesario de aquellas reparaciones cuyo fundamento es distinto, como por ejemplo la solidaridad nacional o la seguridad social⁵³, que han permitido indemnizar a las víctimas de *daños* como la contaminación de sangre con el virus del sida⁵⁴ sin establecer quién es el autor de la contaminación, es decir, sin siquiera establecer nexos causales concretos con el Estado. En esta misma línea, la indemnización por *imprevisión* no es la reparación del *perjuicio* consecuencia de una responsabilidad, sino de un *daño*, fruto de un alea externo al contrato y a las partes, lo que justifica que no conlleve una reparación integral.

Bajo esta lógica, la jurisprudencia del Consejo de Estado volvió luego a la posición tradicional sobre la indemnización por imprevisión que restringe

49 FRANÇOIS TERRÉ, PHILIPPE SIMLER e YVES LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 6.^a ed., París, Dalloz, 1996, p. 474.

50 JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad civil*, t. 2, Bogotá, Temis, 1986, p. 117.

51 Código Civil, art. 1613: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”.

52 HENAO, *El daño...*, cit., pp. 76-79.

53 MARCEL SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, París, LGDJ, 1994, p. I., citado por HENAO, *El daño...*, cit., p. 77.

54 TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit. p. 548.

la indemnización a las pérdidas efectivas⁵⁵. La ausencia de ganancia nunca es entonces constitutiva de *imprevisión*; esta exige así un daño calificado. Su gravedad ha de ser tal que el contratista sufra pérdidas efectivas y no sólo ausencia de ganancias. Para calcular este umbral a partir del cual se presenta un estado de imprevisión, la jurisprudencia hace un balance financiero del contrato, descontando tanto las utilidades como los imprevistos *previstos* por el contrato, esto es los factores U e I de la administración-imprevistos-utilidades (AIU) de la propuesta del contratista. Tan solo si luego de este balance hay un saldo negativo, la imprevisión será aplicada. Y, consecuentemente con la calificación de *daño*, la indemnización no será total sino parcial, por cuanto ella sólo restituirá al contratista el saldo en rojo de la economía del contrato.

* * *

La justicia contractual del contrato estatal brinda al contratista de la administración una posición ventajosa frente a las relaciones entre particulares. El Estado se muestra solidario frente a su colaborador y lo recompensa por sus esfuerzos en aras del cumplimiento de los fines públicos. Pero ello no convierte al contrato estatal en garante de las ganancias del contratista. Los orígenes de los desequilibrios del contrato no son los mismos y por consiguiente no pueden tener el mismo tratamiento. Queda por abordar un grave problema del desequilibrio. ¿Qué pasa cuando este no constituye una alteración temporal del contrato sino que se torna definitivo? ¿Tiene el Estado la obligación de asumir el pasivo de una relación contractual que se tornó definitiva y estructuralmente deficitaria? La equidad indica que no. La solución debe respetar, sin embargo, los intereses de las partes.

55 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 29 de mayo de 2003, “Pavimentos de Colombia Ltda.”, exp. 14577, y 18 de septiembre de 2003, “Castro Tcherassi y Cía. Ltda.”, exp. 15119.