



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE AQUINO

FACULTAD DE DERECHO - DIVISIÓN CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS.

MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y SU
APLICACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA

ESMERALDA MOLINA GÓMEZ

Director:

SAMUEL YONG SERRANO

Magister en Fundamentos de Derecho Político de Universidad Nacional de
Educación a Distancia UNED – España.

Magister en Educación de la Universidad Santo Tomas de Aquino.

BOGOTÁ D.C. COLOMBIA 2020

CAPITULO I

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN CONTRACTUAL. Evolución histórica y naturaleza jurídica.

Resumen.....pág. vi

Palabras clave.....pág. vii

CHAPTER ONE

THEORY OF THE CONTRACTUAL UNPREDICTABILITY (HARDSHIP):

Historical evolution and legal nature.

Abstract.....pág.vii

Keywords.....pág.viii

1. Introducción.....pág.1
 - 1.1. Metodología.....pág.3
2. El principio del equilibrio económico del contrato: pacta sunt servanda versus rebus sic stantibus.....pág.4
3. El desequilibrio económico del contrato y la teoría de la imprevisión como una cuestión de género y especie.....pág.11
4. Origen y evolución histórica de la teoría de la imprevisión.....pág.20
 - 4.1. Edad antigua.....pág.21
 - 4.2. Edad media.....pág.23
 - 4.3. El renacimiento y revolución francesa.....pág.24

4.4.	Siglo XX, la Ley Falliot y el caso de la compañía de Gaz De Bordeaux.....	pág.30
5.	La teoría de la imprevisión en estricto sentido y su desarrollo hasta la actualidad.....	pág.34
6.	Conclusiones.....	pág.38

CAPITULO DOS

NATURALEZA, APLICACIÓN Y ALCANCES DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO CONTRACTUAL PUBLICO COLOMBIANO.

Resumen.....	pág.43
Palabras clave.....	pág.44

CHAPTER TWO

APPLICATION OF THE THEORY OF CONTRACTUAL IMPREVISIBILITY INTO THE CONTRACT LAW OF COLOMBIA

Abstract.....	pág.44
Keywords.....	pág.45
1. Introducción.....	pág.45
1.1. Metodología.....	pág.51
2. El principio del equilibrio económico del contrato: su llegada, interpretación e incorporación en el sistema jurídico colombiano.....	pág. 51

2.1.	El principio del equilibrio económico en el estatuto contractual colombiano.....	pág.57
2.2.	Cómo entender este principio a la luz del derecho público: la contratación estatal y la ecuación financiera del contrato.....	pág.59
3.	La teoría de la imprevisión en la contratación estatal colombiana.....	pág.70
3.1.	La configuración de las condiciones para la aplicación de la teoría y sus efectos: Sobre la imprevisibilidad.....	pág.83
3.2.	La imprevisibilidad y lo “razonablemente imprevisible”	pág. 89
3.3.	La teoría de la imprevisión frente a otras formas de ruptura del equilibrio económico del contrato: ius variandi y el hecho del príncipe.....	pág.98
4.	Una propuesta aplicativa desde el precedente jurisprudencial: unificando criterios.....	pág.105
4.1.	La ruptura del equilibrio económico del contrato “se da por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación” ...	pág.106
4.2.	La naturaleza imprevisible del acontecimiento.....	pág.107
4.3.	La alteración extraordinaria y anormal de la ecuación financiera del contrato.....	pág.110
4.4.	Ruptura generadora de una excesiva onerosidad sobre una de las partes (contratista) y la continuación de la ejecución del contrato por parte del contratista.....	pág.110
4.4.1.	Las prestaciones deben poder ejecutarse, aunque con mayores dificultades.....	pág.112
4.4.2.	El carácter compensatorio del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, por parte de la Administración.....	pág.114

4.4.3.	La carga de la prueba corresponde al contratista.....	pág.115
4.4.4.	La persistencia en la ejecución de los contratos administrativos.....	pág.119
4.4.5.	La satisfacción del interés público no puede diluir los derechos patrimoniales del contratista.....	pág.120
4.4.6.	Para la discusión ¿puede limitarse la intervención del juez? ¿en qué medida?.....	pág.121
5.	CONCLUSIONES.....	pág.127

REFERENCIAS.....	pág.134
-------------------------	----------------

CAPITULO I

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN CONTRACTUAL.

Evolución histórica y naturaleza jurídica.

RESUMEN.

En la teoría de los contratos contemporánea resulta relevante la reciprocidad entre las partes, es decir, el equilibrio que partes contratantes poseen, por tal motivo resulta relevante analizar las distintas formas en las que puede verse afectado tal balance. Así pues, el presente trabajo toma como punto de partida la teoría de la imprevisión contractual, para enfocarse en el problema de investigación que se pretende resolver a continuación: ¿cuál ha sido la evolución histórica y que características y particularidades posee la teoría de la imprevisión en la actualidad? Por tal razón, el objetivo principal del presente trabajo es analizar de forma histórica un fenómeno que está presente en la contratación tanto pública como privada, con la finalidad de lograr una reconstrucción del mismo que permita lograr un mayor entendimiento y que a su vez, facilite los análisis que se vayan a realizar sobre el mismo. Por su parte, la hipótesis que sostiene este trabajo es que la evolución histórica de la teoría de la imprevisión refleja una tensión que no parece tener fin en el derecho: aquella existente entre la sustancia y el procedimiento. Igualmente, la metodología aquí empleada es la de la investigación histórica.

PALABRAS CLAVE: Contratos estatales, desequilibrio económico, formalismo jurídico, equilibrio económico de los contratos, equidad contractual, ecuación económica de los contratos.

CHAPTER 1

THEORY OF THE CONTRACTUAL UNPREDICTABILITY (*HARDSHIP*):

HISTORICAL EVOLUTION AND LEGAL NATURE.

ABSTRACT.

In the theory of contemporary contracts, the reciprocity between the parties is relevant, that is, the equilibrium that the contracting parties have, for this reason it is relevant to analyze the different ways in which this balance may be affected. Therefore, this paper takes as a starting point the theory of contractual unpredictability, for this reason, the research problem to be solved is, what has been the historical evolution and what characteristics and peculiarities does the theory of unpredictability have in News? For this reason, the main objective of this work is to analyze historically a phenomenon that is present both in public and private procurement, with the purpose of achieving a reconstruction of the same that allows achieving a greater understanding and that in turn, facilitates the Analysis that will be done on it. Thus, the hypothesis that will be had in this work is that the historical evolution of the theory of unpredictability reflects a tension that does not seem to have an end in the law as it is between the substance and the procedure. Also, the methodology used is that of historical research.

KEYWORDS: State contracts, economic imbalance, legal formalism, economic equilibrium of contracts, contractual equity, economic equation of con

1. INTRODUCCIÓN.

En la teoría de los contratos contemporánea¹ resulta relevante la reciprocidad entre las partes, es decir el equilibrio que las dos tienen, por tal motivo vale la pena analizar las distintas formas en las que puede verse afectado tal balance. Así pues, el presente trabajo toma como punto de partida la teoría de la imprevisión contractual, la cual se traduce en situaciones que afectan el equilibrio económico del contrato y a que a su vez no son atribuibles a ninguna de las partes. Sin embargo, tal definición tiene su origen en una evolución histórica que tiene inicio en la Antigua Roma y que sigue vigente hasta la actualidad (Tapia, 2011). Por tal motivo, vale la pena preguntarse, ¿cuál ha sido la evolución histórica y que características y particularidades posee la teoría de la imprevisión en la actualidad? Es así, que el presente trabajo tiene por finalidad, analizar de forma histórica un fenómeno que está presente en la contratación tanto pública como privada, puesto que -como se evidenciará más adelante- el mismo ha sido objeto de estudio tanto en la antigua Roma, como en la edad Media, el Renacimiento, y en la época actual. Lo anterior, con miras a lograr una reconstrucción de dicho fenómeno que permita lograr un mayor entendimiento del mismo y de esta forma facilite los análisis que se vayan a realizar sobre éste.

Para responder al interrogante planteado y cumplir con la finalidad trazada, se abordarán diferentes sistemas jurídicos, con una especial relevancia en la tradición

¹ La teoría contemporánea de los contratos puede verse tanto desde un aspecto netamente normativo o teórico, en tal sentido resulta interesante analizar las dos acepciones, esto para lograr describir el fenómeno que se pretende analizar y proponer una solución al mismo, al respecto véase Ospina & Ospina (2019), Bix (2006) y Prieto (2015).

jurídica de Civil Law², particularmente Francia y Alemania, e igualmente se hará su comparativo con el régimen jurídico colombiano. Por tal motivo, se abordarán los siguientes tópicos: en primer lugar se estudiará la cuestión acerca del desequilibrio económico del contrato y la teoría de la imprevisión desde una óptica de género y especie, para lograr precisiones conceptuales en el análisis historiográfico; luego de ello, se estudiará la evolución histórica de la figura desde la antigüedad hasta el siglo XX, haciendo un especial énfasis en países como Francia, Alemania y Colombia; finalmente, se enunciarán las conclusiones que arrojó el presente trabajo. Vale la pena resaltar, que si bien es cierto éste fenómeno se presenta tanto en los contratos públicos como privados, este trabajo se centrará principalmente en los contratos estatales, sin que ello impida que se aborden situaciones propias de la contratación privada.

No resta decir que esta investigación se justifica debido a que el derecho, y más específicamente, los asuntos relativos a la contratación en Colombia, han estado influenciados por legislaciones extranjeras³ (Rodríguez L. , 2012). En consecuencia, al analizar los problemas que ha tenido la contratación desde de la teoría de la imprevisión, es posible proveer soluciones a las dificultades que se suscitan en Colombia a causa de este fenómeno. Igualmente, la hipótesis planteada consiste en que la teoría de la imprevisión refleja una tensión que parece no tener fin en el derecho, como es la existente entre la sustancia y el procedimiento, que en términos del presente trabajo se traduce en

² En lo relativo a la tradición jurídica del Civil Law consúltase Eizaguirre (2012).

³ Sobre este punto en concreto véase López (2008).

una cuestión de principios⁴ –teoría de la imprevisión- vs reglas -pacta sunt servanda- (Atienza & Ruiz, 1991).

1.1. Metodología.

La pretensión del presente trabajo de investigación es la de realizar una investigación historiográfica sobre un fenómeno particular del mundo jurídico como lo es la teoría de la imprevisión. Dicha teoría -también denominada cláusula rebus sic stantibus- consiste en el hecho de permitir una revisión al contrato cuando se dé una afectación al equilibrio económico del mismo; tal afectación debe originarse a raíz de circunstancias imprevisibles, sin que ello implique que no se pueda cumplir la obligación, sino que su cumplimiento resulta más oneroso en comparación con el inicialmente pactado (Tapia, 2011). De este modo, lo que se persigue no es repetir lo antes dicho sobre la materia por otros autores, sino por el contrario, generar una reconstrucción de la teoría de la imprevisión con miras a aportar nuevos elementos de discusión que alimenten un debate en torno a dicha temática. Lo anterior, se comprueba a partir de la importancia que tiene la metodología y el método en la investigación jurídica moderna (Agudelo, 2018). Igualmente, el valor agregado que pretende brindar esta investigación, es el de demostrar que la discusión en torno a esta problemática, involucra un problema general del derecho como lo es la tensión entre sustancia-contenido y procedimiento, que se

⁴ Téngase en cuenta que esta tensión entre principios y reglas es de vieja data, y su aportación en el campo de la teoría jurídica se debe gracias a Ronald Dworkin, quien formula críticas al sistema de reglas propuestas por Hart, en tal sentido sobre esta discusión véase Rodríguez (2012) y Dworkin (1997). Otros autores que también han contribuido a la discusión son Alexy (2008), Alonso (2012), Ávila (2011).

evidencia en temas de debate generales como lo son los relativos a formalismo y antiformalismo, o la disputa entre principios y reglas.

Vale la pena destacar, además, que, si bien el método de investigación principal que se empleará es el de investigación historiográfica, también es posible combinar diversos métodos de investigación para desarrollar el problema planteado (Agudelo, 2018). Por esta razón, paralelamente también se emplearán, de manera secundaria, los métodos de análisis económico del derecho en la medida en que se involucran herramientas económicas para analizar problemas jurídicos (Gutiérrez, 2008) y el método del análisis conceptual, con la finalidad de determinar el significado y alcance de un término en particular, en el caso particular del de teoría de la imprevisión (Agudelo, 2018).

2. EL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO: PACTA SUNT SERVANDA VERSUS REBUS SIC STANTIBUS.

Las relaciones humanas se han construido sobre la base de la confianza, el apoyo y la solidaridad mutuos (Hernández & Guerra, 2012). Históricamente, las sociedades, en procura de su desarrollo y progreso polifacético, han incentivado el trabajo mancomunado entre las personas quienes, en persecución de sus propios fines e intereses subjetivos, también contribuyen al logro de los objetivos comunes y sociales (Smith, 1961).

No obstante, reconociendo que las personas suelen inclinarse, de manera primaria, por la consecución de sus propias metas, diversos pensadores destacan el

papel que puede jugar la falta de empatía y el egoísmo al interior de los -siempre dóciles- vínculos sociales (Locke, 2002). Bajo este panorama, los contratos, como la manifestación de la pura voluntad humana y la cooperación social por antonomasia, nacieron como un instrumento jurídico-social para el aseguramiento de los intereses mutuos de las partes, y para el fortalecimiento de la confianza recíproca (Garrido, 2011).

A causa de la trascendencia que se le otorgó a los contratos, ya no solamente como negocios jurídicos celebrados consensualmente entre dos o más personas, sino como una ley que las gobernaba a través de la imposición de cargas y el reconocimiento de prerrogativas, nació el principio *pacta sunt servanda* que, en su más remota concepción, significaba que el acuerdo concluido entre las partes tenía fuerza obligatoria para ellas (tal y como una ley imperativa) y en esa medida no era susceptible de ser modificada o desconocida por una de ellas (Rivera & Barcia, 2016). En este sentido, Hinestroza (Hinestroza, 2015) dirá que el principio *pacta sunt servanda* permitirá concederle “firmeza y solidez” al vínculo contractual, y además se constituirá como piedra angular de la seguridad jurídica⁵.

Empero, algunas dificultades que se suscitaban en la ejecución de los contratos generaron las primeras dudas sobre la excesiva rigidez del *pacta sunt servanda*. Frente a estas dudas, en un primer momento, la respuesta de aquellos incipientes y arcaicos

⁵ Existen diversas definiciones de seguridad jurídica, sobre el particular véase Ávila (2012), sin embargo la noción a la que se refiere el doctor Hinestroza, es a la entendida como: “un valor estrechamente ligado a los Estado de Derecho que se concreta en exigencias objetivas de: corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva la seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva encarnada por la certeza del Derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva” (Pérez, 2000, p. 28).

ordenamientos jurídicos fue imponer la aplicación sin concesiones de dicho principio y, consecuentemente, la ejecución de las prestaciones asumidas por las partes sin tener en consideración los escollos que debía enfrentar la parte contractual que no podía cumplir (Hernández & Guerra, 2012).

De este modo, se pasó de un extremo a otro: de la inexistencia de normas o instituciones jurídicas que ampararan el contrato, a las partes, su declaratoria de voluntad y los correspondientes derechos y obligaciones derivados de ella; a la vigencia de un principio excesivamente severo e inflexible que no admitía incumplimientos contractuales de ninguna clase (Orellana, 2016). En este orden de ideas, Garrido indica que el contrato creaba "entre las partes un vínculo obligacional de ineludible cumplimiento con fuerza de ley, y conforme al axioma *pacta sunt servanda* integrador de la consecución de la seguridad en el tráfico jurídico (...)" (2011, p. 5), daba lugar a la fuerza vinculante de la relación entre personas

No obstante, surgieron diversos pensadores como Cicerón, Séneca, Santo Tomás, entre mucho otros (Jiménez, 2009) que, preocupados por el palmario marco de injusticia en que se desenvolvían las relaciones negociales entre las personas, destacaron la necesidad de establecer una figura jurídica que exonerara a una de las partes del cumplimiento de sus obligaciones cuando, a raíz de un brusco y anormal cambio en las circunstancias que vieron nacer el acuerdo concluido, se convirtiera para sí en excesivamente gravosa la realización de la prestación debida. En aquel momento, con la postulación de esta premisa jurídica, nació el principio *rebus sic stantibus*, el cual es definido por Nora Ramírez (2007) en los siguientes términos:

La expresión latina de la cláusula puede entenderse como “estando así las cosas” o “manteniéndose en ese estado”; dándole una interpretación más contemporánea, podemos decir que dicha expresión significa que las circunstancias se sigan manteniendo en el estado que guardaban al momento de celebrarse el contrato o tratado, de tal forma que, si varían las circunstancias que al momento prevalecían, se produciría una ventaja desproporcionada para una de las partes. (p. 626)

Lo anterior no quiere decir que la fuerza obligatoria de los contratos haya desaparecido o haya sido reducida a una mera literalidad retórica de los contratos⁶. Al contrario, el principio *pacta sunt servanda* permanece en constante tensión con su correlato jurídico, el principio *rebus sic stantibus*. Precisamente, cuando hay duda sobre la prevalencia de éste o aquel principio, se recurre a ellos desde una óptica que trasciende la subsunción de una regla jurídica, pues el contenido sustancial de un principio no es susceptible de ser operado a través de una operación de lógica formal⁷. En concordancia con ello, Jiménez (2009) expone:

Cabe aquí diferenciar reglas y principios y tener presente que el método de interpretación, los alcances, la naturaleza de los casos que son resueltos y en general la dinámica de una regla jurídica es sustancialmente diferente de un principio. Si como se plantea, un principio no escrito adopta la forma de regla escrita positiva, determina que su método de aplicación e interpretación

⁶ Jacques Ghestin indica que “La fuerza obligatoria del contrato ha sido consagrada por el derecho positivo: En distintos ordenamientos mundiales, el principio del *pacta sunt servanda*, ha sido consagrado como eje rector de la celebración y ejecución de los contratos” (2015, p.77).

⁷ Sobre la relación entre logia y derecho debe de tenerse de presente los trabajos de la escuela bonaerense del derecho entre ellos los de Carlos Alchourron y Eugenio Bulygin, al respecto véase: Alchourrón & Bulygin (2013).

varíe, pues de un método deductivo se pasa a uno inductivo y de aplicar lógicas no monotónicas se pasa a hacer silogismo lógico, es decir, lógica formal (p. 22).

Baste, como muestra, que para resolver estas tensiones, tanto jueces (Canal, 2016) como doctrinantes (por supuesto, en escenarios totalmente distintos, porque el juez opera en casos particulares apoyándose, incluso en las teorías generales de los doctrinantes) históricamente han acudido a principios como equidad, buena fe, e incluso, solidaridad⁸, entre otros, para encontrar respuestas viables al choque entre *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*.

En resumen, es en el seno de dichos choques principialistas que emerge El principio de equilibrio económico de los contratos (y junto a ella, de forma primitiva, la Teoría de la Imprevisión) pues, luego de los aportes del derecho romano al mismo, se sumaron distintas posturas destinadas, o bien a fortalecer el papel de la *rebus sic stantibus* en los contratos y tratados internacionales (caso de Santo Tomás, Hugo Grocio y Puffendorf, y numerosos pensadores más) desde la edad media⁹ hasta mediados del

⁸ Sobre el rol de la solidaridad, Durkheim expuso que los miembros de una sociedad crean entre sí un “circuito de obligaciones”, en el que ellos “están unidos por vínculos que se extienden más allá de esos momentos tan cortos en donde el intercambio se cumple.” Y agrega que: “cada una de las funciones que ellos ejercen, de manera constante, es dependiente de las otras y forma con ellas un sistema solidario”. Por su parte, Jacques Donzelot sentencia que: “más profunda que el contrato libre entre los individuos, es la solidaridad orgánica de la sociedad” (cit. Montoya, 2005, p. 136)

⁹ Según Jiménez (2009) los aportes romanos se trasladaron a la Edad Media a los canonistas quienes, desde consideraciones morales (equidad) y no jurídicas, plantearon que la cláusula *rebus* estaba implícita en los contratos y “que la promesa emitida solo obligaba «siempre y cuando nada haya cambiado», es decir, siempre y cuando las circunstancias originales existentes al momento de la celebración del negocio se mantuvieran a lo largo de su ejecución”. Luego, varios siglos después, algunas naciones como Alemania y Holanda intentaron *positivizar* las instituciones surgidas del choque principialista -como la teoría de la imprevisión- lo cual terminó restringiendo y “fosilizando” su aplicación, debido al excesivo formalismo. (p. 20-22)

siglo XVIII, o bien a reivindicar la posición del *pacta sunt servanda* gracias a los postulados liberales y el individualismo jurídico en vigor durante la efervescencia política, social y económica en la Europa del Siglo XVIII y siguientes.

Como recién se dijo, el principio del equilibrio económico de los contratos nació a partir de estos desacuerdos sobre la hegemonía de un principio u otro, pues su finalidad ha sido siempre la de conciliar el cumplimiento de las obligaciones contractuales como eje rector de las relaciones negociales (*pacta sunt servanda*) con la preservación de las mínimas condiciones para el ejercicio de los derechos y deberes nacidos de un contrato (*rebus sic stantibus*).

Así mismo, el principio del equilibrio financiero tuvo partidarios entre doctrinantes del derecho civil¹⁰, pero esencialmente en el campo de la contratación estatal, donde se ha logrado posicionar gracias a la moderación que el *pacta sunt servanda* ha sufrido aquí a través de los conceptos propios del derecho público: interés general, servicio público, la calidad de colaborador que desempeña el contratista, principio de legalidad y atribuciones especiales (extraordinarias) del Estado (Santofimio, 2009).

Sin embargo, este ávido desarrollo del principio del equilibrio económico en el derecho contractual en general, y en la contratación pública en particular, se explica a partir de los fenómenos fácticos (de índole política, social y económica) que acaecieron en Europa desde mediados del siglo XVIII: revoluciones sociales, conflictos bélicos, crisis

¹⁰ Manuela Canal (2016) propone reconocer el carácter transversal que tiene el principio del equilibrio económico de los contratos en ambas aristas del Derecho. Igualmente, hace especial énfasis en la distinción nominal que se ha hecho por parte de la doctrina y la jurisprudencia para distinguir al mismo fenómeno que se presenta en ellas cuando hay una ruptura de dicho equilibrio, en el campo del derecho privado (excesiva onerosidad) y en la contratación estatal (teoría de la imprevisión, particularmente).

económicas y financieras; todos ellos eventos causantes de graves dificultades para cientos de miles de personas comprometidas en contratos, y en sendos aprietos para la ejecución de sus obligaciones. En relación con este punto, al referirse a la teoría de la imprevisión (y por supuesto, a la ruptura del equilibrio contractual que dio lugar a ella) Jiménez señala que:

El primer elemento que se observa tiene que ver con el hecho de que la figura fue utilizada en periodos de crisis o de graves conflictos sociales, políticos o económicos como un mecanismo para morigerar y limitar el rigorismo del derecho positivo y fundamentalmente de la cláusula pacta sunt servanda¹¹, con miras a lograr la equidad y esencialmente encontrar vías de justicia que eviten el hecho contundente de aplicar un derecho legal, pero no sustancialmente justo. (2009, p. 18).

Por supuesto, algunos sistemas jurídicos como el alemán, el holandés y el italiano expusieron teorías sobre la ruptura del equilibrio económico del contrato, con tesis como la de la pérdida de la base objetiva del negocio jurídico, pero direccionándolo sobre todo al ámbito del derecho privado. A pesar de ello, como ya se mencionó, la ocurrencia de eventos mundiales con fuertes repercusiones en la vida contractual del Estado, hizo que

¹¹ La mayor parte de los autores sobre el tema coincide en que la teoría de la imprevisión nació con el propósito de contrarrestar los efectos nocivos del positivismo jurídico, a través de una postura que recuperaba los principios de la justicia y la equidad, y a su vez, exponía la necesidad de integrarlos a la solución de casos judiciales complejos en los que el contenido de la regla jurídica positiva quedaba rezagada y era primordial el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato en cuestión. Véase, como ejemplo, el caso paradigmático del “Gas de Burdeos” (Fandiño, 2014). Sobre la creación judicial del Derecho, véase (Prieto, 2017). Y en lo relativo a la justicia como equidad consúltese Rawls (2002).

se reviviera el viejo principio *rebus sic stantibus* para salvaguardar la posición vulnerable de los contratistas afectados por la ruptura del equilibrio económico del contrato.

A modo de conclusión, se tiene que la definición del principio del equilibrio económico-financiero del contrato como "(...) una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia-igualdad)" (Marienhoff, 1998, cit. Rodríguez, 2012, p. 9); y el concepto de su ruptura como una alteración grave "que afecta a una de las partes cocontratantes, por hechos que no le son imputables y que son posteriores a la firma del contrato, genera el deber de reparar la ecuación financiera del contrato" (Marienhoff, 1998, cit. Rodríguez, 2012, p. 9) son el producto de una tensión compleja e interminable (Canal, 2016) entre el principio *pacta sunt servanda* y su correlato *rebus sic stantibus*; el resultado de un debate envuelto en acaloradas discusiones y que sólo empezó ver una luz de resolución gracias a los aportes doctrinales y jurisprudenciales recogidos a lo largo de varios siglos, y a la ocurrencia de desafortunados eventos que han servido para conciliar los puntos favorables y las aristas más sensibles de ambos principios.

3. EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO Y LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN COMO UNA CUESTIÓN DE GÉNERO Y ESPECIE.

En este acápite lo que se busca es hacer una precisión conceptual, previo al abordaje de la teoría de la imprevisión en sentido estricto, y es la de comprender que esta teoría hace parte del denominado principio del equilibrio económico del contrato, y mencionando que ésta no es la única figura que constituye dicho principio, y se puede generar un mal entendimiento entre las mismas.

En este sentido, es preciso tener en cuenta que, la etapa contractual de los contratos estatales en el régimen jurídico Colombiano, se encuentra regida por ciertos criterios, a saber: i) Que exista una común intención entre las partes, ii) la idea de servicio público que se relaciona con la ejecución de un contrato administrativo, iii) por la connotación que tiene el contratista de la administración, es decir, un colaborador, iv) por las relaciones existentes entre el contrato y poder público, y las prerrogativas que se desprenden de los mismos, v) por el eventual cambio que determina las circunstancias y la mutabilidad que debe hacerse del contrato administrativo y vi) por la existencia de un equilibrio económico y financiero del contrato (Rodríguez L. , 2012).

Cada uno de estos criterios constituye un tema de investigación autónomo debido a la complejidad de los mismos¹². No obstante, representa especial importancia para la presente investigación el criterio número vi). Este criterio puede analizarse desde diversas posturas, como lo son la definición del mismo, su alcance y su aplicación. Así las cosas, por equilibrio financiero del contrato, Miguel Santiago Marienhoff lo entiende como una relación, “establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones

¹² Al respecto véase, Fernández (2016), Moreno (2015), Vallejo (2016) y Bahamón (2018).

de este, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia-igualdad)” (1998, pág. 469).

La definición anterior tiene una serie de implicaciones que vale la pena analizar. En primer lugar, da a entender que dicha equivalencia nace a la vida jurídica una vez hay un acuerdo de voluntades entre las dos partes que van a contratar. En segundo lugar, plantea la existencia de una ecuación en la cual hay dos elementos fundantes o principales como lo son la equidad entre las cargas y la igualdad entre las partes. Estos dos conceptos no son unívocos, lo que acarrea que tengan diversas formas de ser entendidos; no obstante, teniendo en cuenta la delimitación que implica la presente investigación pueden entenderse de la siguiente forma: Por equidad se entiende, la manifestación de un instrumento cuya finalidad es compensar los poderes gigantescos que posee la administración y de esta forma proteger el equilibrio entre el Estado y la parte contratada (Canal, 2016). Por su parte la igualdad entre las partes hace referencia a un axioma jurídico (Navia, 2008) que se refiere a la reciprocidad entre las partes que contratan (Castrillón, 2008). Esta situación se puede evidenciar en la siguiente gráfica:

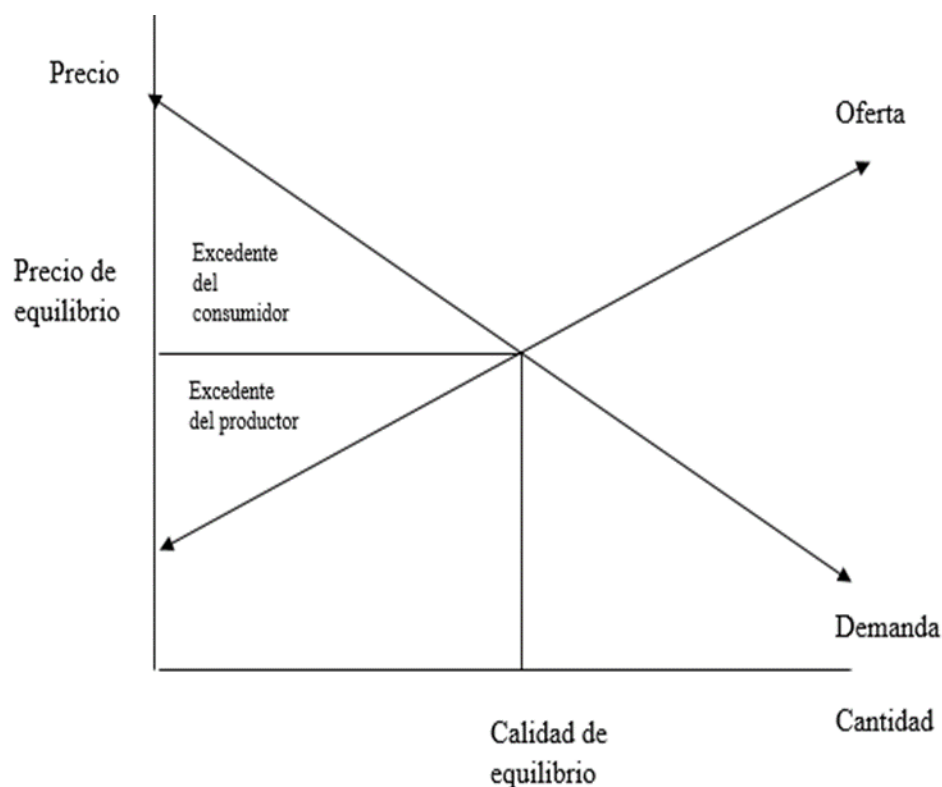


Figura 1 Mercado en equilibrio

Fuente: Quiroga (Riesgos y desequilibrio económico en los contratos estatales.

Nociones básicas desde el análisis económico del derecho, 2014, pág. 112).

Por consiguiente, el equilibrio económico de los contratos involucra tanto una noción de equidad como una de reciprocidad entre las partes, la que, a su vez, adquiere la connotación de principio que se entiende incorporado en el derecho privado y también en el derecho público. Sobre este particular, la Corte Constitucional Colombiana ha establecido lo siguiente:

Es de destacar que, en el ámbito del derecho privado, la equivalencia de las cargas mutuas tiene un efecto meramente subjetivo en cuanto que, lo

determinante de la figura, es que cada una de las partes, según su libre y voluntaria apreciación, acepte que la prestación a la que se obliga es similar o directamente proporcional a la que recibe a título de retribución, sin que tengan ninguna incidencia aquellos elementos de carácter objetivo que establece o fija el mercado. No ocurre lo mismo en el Derecho Público donde es evidente que 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 contractual. (Colombia, Corte Constitucional, C-892, 2001).

Es así, que la jurisprudencia constitucional, a pesar de reconocer que en principio existe una equivalencia de reciprocidad entre los contratantes, en este pronunciamiento parece insinuar que el equilibrio económico de los contratos tiene una especial importancia en la contratación pública, y esto tiene sentido puesto que el Estado está en una situación más favorable. Como resultado, si se afecta el equilibrio económico de los contratos, es necesario tomar medidas para mitigar o apaciguar su afectación. Esta posición también es compartida por el Consejo de Estado Colombiano, el cual afirma que:

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 contratante, 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. Por virtud de la mentada ecuación, se pretende que la correspondencia existente entre las prestaciones correlativas que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que, a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato. (Colombia, Consejo de Estado, Expediente. 1991-07391-01(14043), 2004).

Así las cosas, la idea de equilibrio económico, es decir, la ecuación económica del contrato, la reciprocidad entre las partes, se mantenga durante la ejecución del contrato. Sin embargo, por diversas situaciones –que serán abordadas más adelante- tal principio se puede romper. Parafraseando al Consejo de Estado, cuando exista una alteración de las condiciones económicas consignadas y por lo tanto pactadas en el contrato, que no le sean imputables -en principio- a ninguna de las partes del contrato, dicha alteración debe acaecer con posterioridad de la celebración del contrato, y debe a su vez generar una grave transformación de carácter económico, lo que a su vez genera que sea obligación de la administración reparar la ecuación económica del contrato (Colombia, Consejo de Estado, Expediente. 1991-07391-01(14043), 2004).

Paralelamente, la doctrina colombiana en cabeza del profesor Libardo Rodríguez en su obra *El equilibrio económico en los contratos administrativos* ha definido el principio de equilibrio económico del contrato como aquel que atañe a que:

Las prestaciones que las partes pactan de acuerdo con las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta la terminación del mismo, de tal manera que si se rompe esa equivalencia nace para el afectado el derecho a una compensación. (2012, pág. 11).

Ante este estado de la discusión, y una vez analizado el concepto y alcance del equilibrio económico contractual, surgen los siguientes interrogantes ¿Por qué se rompe el equilibrio económico de los contratos? y ¿Qué fenómenos originan una ruptura del desequilibrio económico? Tales interrogantes se responden del siguiente modo: En cuanto al primero, la equivalencia del equilibrio económico del contrato puede romperse por diversas situaciones en las cuales se puede causar una mayor onerosidad en el cumplimiento del contrato, lo que conlleva a una alteración de las circunstancias originalmente planteadas y como consecuencia se debe dar un restablecimiento económico con la finalidad de equilibrar de nuevo las cargas (Canal, 2016).

En lo concerniente al segundo interrogante, éste ha sido abordado por el Consejo de Estado Colombiano, el cual estima –acogiendo posturas doctrinales– que tales fenómenos son: 1) El hecho del príncipe, 2) el denominado *ius variandi*, 3) los factores sobrevinientes y exógenos a las partes del negocio (Colombia, Consejo de Estado, Expediente. 1991-07391-01(14043), 2004). Dichos factores no son otros que los mismos que dan origen a la teoría de la imprevisión, y se condensan en la siguiente tabla:

Tipo de Riesgo	Definición
Riesgos económicos	Son aquellos que derivan del comportamiento del mercado de los precios de los insumos, desabastecimiento y especulación de los mismos.
Riesgos sociales o políticos	Son aquellos que se derivan por cambios de las políticas gubernamentales que sean probables y previsibles, tales como cambios en la situación política, sistema de gobierno y cambio en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato
Riesgos operacionales	Son aquellos riesgos asociados con la operatividad del contrato
Riesgos financieros	Este riesgo tiene dos componentes básicos: el riesgo de consecución de financiación o el riesgo de liquidez, y el riesgo de las condiciones financieras. El primero se refiere a la dificultad de conseguir los recursos financieros, ya sea en el sector financiero o en el mercado de capitales, para lograr el objetivo del contrato. El segundo hace referencia a los términos financieros de dichos contratos, entre esos encontramos plazos, tasas, garantías, contragarantías, refinanciaciones entre otros.

Riesgos regulatorios	Son los posibles cambios regulatorios o reglamentarios que, siendo previsibles, afectan el equilibrio contractual.
Riesgos de la naturaleza	Son los eventos causados por la naturaleza sin la intervención o voluntad del hombre, qué, aunque pueden ser previsibles por su frecuencia o diagnostico están fuera del control de las partes.
Riesgos ambientales	Se refiere a las obligaciones que emanan de las licencias ambientales, de los planes de manejo ambiental, de las condiciones ambientales o ecológicas exigidas y de la evolución de las tasas retributivas y de uso del agua.
Riesgos tecnológicos	Se refiere a fallos en las telecomunicaciones, suspensión de servicios públicos, advenimiento de nuevos desarrollos tecnológicos o estándares que deben ser tenidos en cuenta para la ejecución del control, así como la obsolescencia tecnológica.

Tabla 1 Riesgos exógenos

Fuente: Quiroga (Riesgos y desequilibrio económico en los contratos estatales.

Nociones básicas desde el análisis económico del derecho, 2014, págs. 124-125).

En este sentido, siempre que se hable de teoría de la imprevisión se debe hablar de equilibrio económico de los contratos, pero cuando se hable de equilibrio económico de los contratos, no necesariamente se hace referencia a la teoría de la imprevisión. En vista de ello, la teoría de la imprevisión emerge como consecuencia de aquellas situaciones donde se genera un desequilibrio económico del contrato, y a su vez, busca restaurar el equilibrio económico entre las partes (Chirino, 2012). En síntesis, el equilibrio económico del contrato es el género; y su especie la conforman: i) el hecho del príncipe, ii) el ius variandi, y iii) la teoría de la imprevisión.

4. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

Una vez hecha la precisión conceptual respecto a la relación equilibrio económico del contrato y teoría de la imprevisión como un vínculo de género y especie respectivamente, se procederá a analizar el origen y la evolución histórica de la teoría de la imprevisión. Tal análisis se desarrollará a partir de cuatro momentos históricos: en primer lugar, se abordarán los aportes que se dieron en la edad antigua, más específicamente los aportes de Cicerón y Séneca, para luego repasar el apoyo doctrinal que se dio sobre tal temática durante la edad media; seguidamente, se procederá a enunciar y analizar el por qué se abandonó la figura durante el renacimiento; y finalmente, se analizarán las cuestiones relativas a la resurrección de la figura durante el siglo XX y el desarrollo que ha tenido hasta la actualidad.

4.1. Edad Antigua.

La teoría de la imprevisión parte de la denominada clausula *rebus sic stantibus*, una expresión latina que se traduce en: *estando así las cosas* (Ramírez, 2007). El origen de la figura se encuentra en el derecho romano, más específicamente en las obras de Paulo, Séneca y Cicerón, en las que coinciden en la idea de que los contratos deben ser cumplidos siempre y cuando persistan las condiciones que les dieron origen a los mismos (Rocher, 1991). Esto es, en el derecho romano, existía la posibilidad de que una de las partes no estuviera obligada a cumplir con lo inicialmente pactado en el contrato cuando fuere el caso de que el cumplimiento de las obligaciones le causare un grave perjuicio debido a una situación que es imprevisible (Franco, 2012).

De esta manera, Marco Tulio Cicerón -como bien lo reseña el tratadista colombiano Alberto Tamayo Lombana (2004)- era partidario de la idea de que el contrato era obligatorio si y solo si las circunstancias que le dieron origen al mismo permanecían durante su ejecución. En palabras del mismo Cicerón, refiriéndose a que lo justo – principio básico del derecho que a su vez es acogido fuertemente por iusnaturalismo clásico (Rojas, 2018)- depende muchas veces de las circunstancias del caso particular:

Mas hay casos, y circunstancias en lo que parezca digno de un hombre justificado, a quien llamamos hombre de bien, varía totalmente y se muda en lo contrario; de forma que viene a ser justo no cumplir con lo prometido, no volver el depósito, y no guardar, y desentenderse de otras cosas que la buena fe y la verdad requiere. [...] A proporción que varían las

circunstancias, se mudan también las obligaciones, y no siempre son las mismas. (Cicerón, 1788).

Lo anterior, se traduce en dos aspectos: i) es justo no cumplir con lo pactado cuando las condiciones del contrato varían, y ii) si varían las circunstancias del contrato (causa) deben también variar las obligaciones del mismo (efecto). Adicionalmente, lo preliminar debe analizarse conjuntamente con la siguiente frase: “el sumo rigor del derecho viene ser suma injusticia”¹³ (Cicerón, 1788, pág. 32). De ahí que desde la edad antigua se esté en contra de lo que posteriormente sería conocido como el formalismo jurídico -cuestión que será analizada más adelante-. En el mismo sentido que Cicerón, Lucio Anneo Séneca (2014) también es seguidor de la idea de que la obligación es vinculante siempre y cuando las circunstancias sean las mismas, puesto que si se alteran es necesario volver a deliberar sobre el cumplimiento de ellas.

Ahora bien, aunque Cicerón y Séneca defienden la concepción de la cláusula *rebus sic stantibus*, dichos planteamientos encontrarán oposición en el principio *pacta sunt servanda*, según el cual las obligaciones son para cumplirse y por lo tanto no se deben tomar en cuenta aquellas situaciones en las que la parte obligada entre en ruina por cumplir la obligación (Tapia, 2011). Este último principio sería incorporado en el digesto de Justiniano (Garrido M. , 2011) y marcaría el punto orientador y eje principal de esta discusión. Por un lado, se sostenía que debía flexibilizarse el principio de *pacta sunt servanda* ante determinadas situaciones previstas en el principio de *rebus sic stantibus*

¹³ Resulta interesante analizar como a partir de tales postulados traídos por Cicerón se empieza a cuestionar la idea según la cual el derecho se debe cumplir de manera ciega, sobre este punto véase Hernández F (2010).

mientras, por otro lado, se argüía que el principio de *pacta sunt servanda* era de carácter absoluto y no admitía ninguna consideración sobre el particular.

4.2. Edad Media.

Durante la edad media, sucede algo bastante particular con el principio *rebus sic stantibus* y es que a pesar de que se le dio una prevalencia al principio de *pacta sunt servanda* en el digesto de Justiniano, los juristas medievales acogieron el principio de *rebus sic stantibus*, gracias a la denominada *cristiana mejora*, según la cual si las condiciones del contrato cambian, le corresponde al contratante hacer una mejora para no afectar al contratista (Rocher, 1991).

Lo anterior, debido a que el derecho canónico de aquel entonces estimaba nocivo el hecho de que el contratista tuviera un gasto adicional no contemplado en el contrato, o que existiera una desproporción entre lo que paga el contratante y la contraprestación recibida (Castañeda, 2015).

Para ilustrar este punto, es válido hacer referencia a Santo Tomas de Aquino, quien, en su obra, como bien apunta Rocher (1991), consideraba que existe la posibilidad de que el hombre que se obligó a algo se excuse, cuando se cambien las circunstancias que dieron origen a tal obligación. Esta idea es compatible con la noción que este filósofo exponía sobre la justicia, la que parte de los postulados de Aristóteles y Cicerón, y se caracteriza por ser una de carácter intersubjetiva, basada en una distinción clara entre justicia conmutativa –que tiene lugar entre sujetos- y justicia distributiva –que parte de la base de una sociedad, es decir de distribuye proporcionalmente lo común (Fasso, 1982).

Adicionalmente, existía en Santo Tomas una especie de reproche a aquellos que causaran una gran onerosidad a la otra parte (Castañeda, 2015). Así las cosas, no es de extrañar que en la práctica del derecho medieval se divulgara y por lo tanto se popularizara aquella idea de que en los contratos de ejecución sucesiva se encontraba implícito el principio de *rebus sic stantibus* (González, 2010).

Seguidamente tanto los pos-glosadores como los humanistas entre los que destacan Bartolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldis, también seguían las ideas anteriores y estimaban que los compromisos que las personas adquirieran son obligatorios siempre y cuando se mantengan las circunstancias que le dieron origen (Castañeda, 2015).

Recapitulando lo anterior, en la edad media se encuentra que el principio de *rebus sic stantibus* tiene una fundamentación a partir de la tesis básica del derecho natural, como lo son la idea de justicia y la idea de naturaleza humana¹⁴, las cuales sustentan el principio, lo refuerzan, e igualmente se establece uno de los requisitos para su aplicación, y es que se esté ante la presencia de un contrato de tracto sucesivo.

4.3. El renacimiento y la revolución francesa.

Con el fin de la edad media, durante el renacimiento tanto la doctrina como las jurisprudencias Italiana, Alemana y Holandesa hicieron una serie de avances respecto a la teoría de la imprevisión, entre los que destacan: 1) La limitación a su aplicación, de tal

¹⁴ Sobre este punto, téngase en cuenta que uno de los aspectos sustanciales del derecho natural en general, es que el mismo, es decir lo que es derecho, pueda derivarse a partir de la idea de naturaleza humana, al respecto véase Welsen (1979).

modo que no se hagan abusos sobre la misma, puesto que la figura solo es aplicable a contratos de tracto sucesivo en los que la afectación provocada sea bastante notoria, 2) los acontecimientos imprevisibles traen consigo un desacuerdo con la voluntad en la medida que, aunque hay una voluntad inicial de una de las partes de obligarse, tal obligación no es la misma debido a las circunstancias que acaecen, 3) la cláusula o principio del *rebus sic stantibus* debe entenderse incorporado de forma tácita en los contratos, lo que se traduce en una excepción de contemplación formal (literal, explícita) en el contrato (Jiménez, 2009).

Igualmente vale la pena recalcar un hito histórico poco mencionado y es que, en el derecho civil alemán, más específicamente en los códigos civiles de Baviera de 1756 y de Prusia 1794, se consagró que el cumplimiento del contrato era algo que se privilegiaba dentro del ordenamiento jurídico siempre y cuando no hubiese una alteración de las circunstancias que rodean el objeto del contrato (Castañeda, 2015). Sin embargo, tal y como se analizará a continuación, tal aporte no obtuvo la relevancia en Europa y el resto del mundo que merecía gracias al acaecimiento de la Revolución Francesa, hecho que marca un punto de inflexión, pues a partir de ella y de las particularidades que la caracterizaron, se optó por abandonar el principio de *rebus sic stantibus*. Particularmente, también debido a las siguientes circunstancias y razones:

En primer lugar, gracias a la Revolución Francesa y como producto de la misma, se fortalece la cuestión relativa a la tridivisión de los poderes públicos, que buscaba principalmente en el mundo del derecho la codificación de los ordenamientos jurídicos (Prieto, 2017). Tal codificación tenía la finalidad de: i) facilitar la aplicación del derecho, ii) lograr una unificación normativa, iii) acabar con los denominados regionalismos

jurídicos, iv) satisfacer a la clase burguesa debido a que éstos buscaban una mayor certeza jurídica (Rico & Garza, 2010).

Así pues, se facilita la aplicación del derecho en la medida que la codificación napoleónica partía de la base de una completud del derecho, o sea, el derecho es un sistema que regula todos los casos que se puedan presentar, por lo tanto, tal sistema no tiene ningún defecto (Agudelo, 2017). Al respecto téngase en cuenta la siguiente figura:

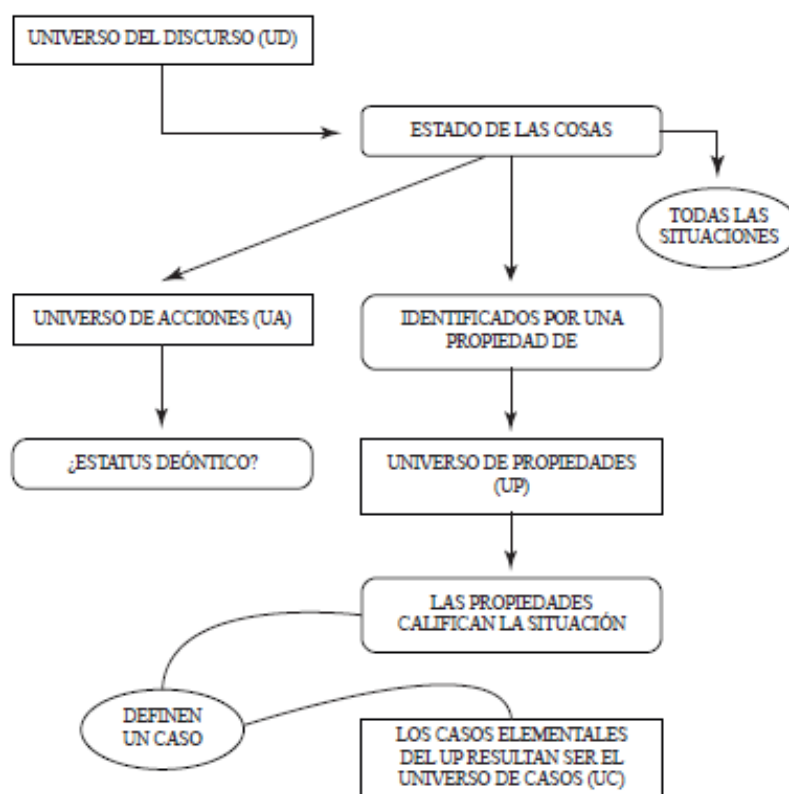


Figura 1

Fuente: Agudelo (Subsunción y aplicación en el derecho, 2017, pág. 30).

A manera de ejemplificación, el código civil francés establece unas normas las cuales a su vez regulan una serie de situaciones, que se traducen en acciones. Por ejemplo: existen permisiones, prohibiciones y obligaciones; los contratos que se contemplan en el código están permitidos; las prohibiciones se refieren a lo que jurídicamente se puede o no hacer; y la obligación se traduce en lo que se debe realizar de forma imperativa. Así visto, desde una sistematización entre lo permitido, lo prohibido y lo obligatorio se demuestra la completud del derecho.

En cuanto a la unificación normativa esta refiere a una única fuente: una que recoge diferentes disposiciones normativas, las organiza en un solo código que representa el único instrumento que facilita la aplicación del derecho. Por su parte, en lo que concierne a los regionalismos jurídicos, por medio del código lo que se busca es que haya una única fuente para la Nación, que permita superar los métodos regionalistas de aplicación del derecho, propios de la edad media (Cabrillac, 2016). Igualmente, en lo que atañe a la seguridad jurídica, deben tenerse en cuenta las siguientes precisiones: lo que se buscaba por medio de la completud del derecho era definir la poca capacidad interpretativa que tenía el juez debido a que, como bien señala Remy Cabrillac (2016), la función que le fue atribuida a los jueces por parte de Montesquieu fue la de ser “la boca de la ley”, lo que resulta en el poco poder del operador judicial para interpretar el derecho.

Sumado a lo anterior y a la completud del derecho, aparece la previsibilidad del derecho puesto que se sabe de antemano la decisión que tomarán los operadores judiciales, lo que deviene en el establecimiento de la seguridad jurídica (Arcos, 2002). Esto, refleja la presencia en el ordenamiento jurídico de casos fáciles, aquellos en los que es permisible aplicar el derecho sin recurrir a ningún tipo de consideración extra jurídica

(Bayón, 2003). En otras palabras, se ésta ante la presencia de una jurisprudencia mecánica (López, 2012) que se caracteriza por la aplicación del método de subsunción. Para ilustrar este punto, acudimos a lo expuesto por Alí Lozada Prado y Catherine Ricaurte Herrera (2015):

Premisa mayor: Los contratos son para cumplirse

Premisa menor: Juan y Pedro celebran un contrato, durante la ejecución del mismo, Juan decide incumplirlo. Ante esta situación Pedro acude a un juez solicitando el cumplimiento del contrato por Juan.

Conclusión: El juez después de analizar la premisa mayor (normas) y la premisa menor (hechos) decide en su sentencia ordenar el cumplimiento del contrato por parte de Juan a favor de Pedro.

A partir de lo anterior, no es de extrañar que el código civil napoleónico se fundamentara en dos principios básicos: i) un liberalismo económico y, ii) un conservadurismo social (Cabrillac, 2016). El primer principio se vierte en una económica de mercado que, en teoría, busca mejorar las condiciones económicas de los menos favorecidos, de ahí que se relacione con la idea de progreso; a su vez, es un estado basado en el respeto hacia la propiedad privada, la empresa, la libre competencia, y la no injerencia del estado en asuntos que no le competen, como lo son los que atañen a la libertad de los ciudadanos, teoría cuyo principal exponente es Adam Smith (De Vroey, 2009). Por su parte, el conservadurismo social se traduce en los valores que debe tener la sociedad para mantenerse en el tiempo y perdurar. Dichos valores, por lo general –

dependiendo del contexto-, van unidos con una concepción moralista tradicional compatible con doctrinas religiosas (Von Beyme, 1985).

Como resultado, queda de relieve la prevalencia del formalismo jurídico en la cultura jurídica francesa (Cabrilac, 2016), de ahí que, tanto en el código napoleónico como en el BGB alemán, se diera una preponderancia del principio de *pacta sunt servanda* sobre el de *rebus sic stantibus*, por lo que no es de sorprender que no sea posible encontrar una figura normativa que autorice la revisión del contrato (Rico & Garza, 2010). Así las cosas, en todas las legislaciones que son herederas del código francés de 1804 existe una gran influencia marcada por el denominado liberalismo individualista, que pregona la existencia de una obligación, en sentido estricto, de cumplir con el contrato acogido de forma voluntaria por las partes, en tanto su incumplimiento abriría escenarios de injusticia (Rocher, 1991). Esto implica que, con el auge del pensamiento liberal que propendía por una idea de individualismo, debía haber una sujeción absoluta de lo pactado en el contrato, esto con la finalidad de satisfacer los estándares ideológicos propios de la época (Magoja, 2012).

Bajo esta óptica, la idea de justicia iba encaminada al cumplimiento de lo pactado en el contrato sin lugar a ningún tipo de consideración o concesión. Entonces, a pesar de la existencia de un hecho imprevisible, la parte contratada estaba en la obligación de cumplir con el contrato sin tener derecho a ningún tipo de compensación (Magoja, 2012). De esta forma, del principio de *pacta sunt servanda* se desprenden dos vertientes: i) Positiva, según la cual todo lo expresamente planteado en el contrato por las partes de común acuerdo debe ser cumplido, ii) Negativa, que quiere decir que aquellas cuestiones

que no hayan sido consideradas por los contratantes no tienen ninguna relevancia en el contrato (Ortega & Aznar, 2014).

Así pues, a manera de recapitulación, a partir del código civil napoleónico (y los demás códigos influenciados por éste) en aras de la consecución de seguridad jurídica y lograr limitar la actividad interpretativa de los operadores judiciales, se contempla una prevalencia del principio de *pacta sunt servanda* sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, que fue relegada a un segundo plano. Adicionalmente, sumándole el fuerte formalismo jurídico propio de la tradición jurídica francesa y las tradiciones que se fundamentan en ella, no es de extrañar que hayan optado por no consagrar como disposición normativa una cláusula como la *rebus sic stantibus* pues ella, al no estar delimitada de manera taxativa, permite una amplia interpretación de los jueces.

4.4. Siglo XX, la Ley falliot y el caso de la compañía de gaz de Bordeaux.

Durante el siglo XIX y hasta inicios del siglo XX el principio de *pacta sunt servanda* tuvo una amplia aceptación y aplicación, debido a la influencia que tuvo el código napoleónico en los países de tradición jurídica de Civil Law¹⁵. No obstante, con el acaecimiento de la primera guerra mundial, tal principio entró en una crisis aguda y le dio paso a la cláusula *rebus sic stantibus* y posteriormente a la teoría de la imprevisión.

Esta transición puede explicarse a partir de la Ley Falliot y el caso hito de la compañía de gas de Burdeos. En cuanto al primero, debe tenerse en cuenta que, debido

¹⁵ Al respecto véase Guzmán (2006).

a la primera guerra mundial, en la cual varios contratos que se habían celebrado con anterioridad a la misma, y que se estaban ejecutando durante tal conflicto, se hicieron demasiado onerosos para una parte del contrato. Este predicamento fue puesto bajo conocimiento de diversos jueces, quienes indicaron que no era posible una revisión del contrato debido a que le correspondía a los jueces *legislar* sobre esa materia (Rico & Garza, 2010).

Esta situación se explica a partir de lo reseñado por Prieto (2017) quien, siguiendo a Eugenio Bulygin (2005), analiza la cuestión relativa a la creación judicial del derecho¹⁶. Previamente, debemos referirnos a la denominada teoría o postura tradicional, la cual parte de una distinción tajante entre creación y aplicación del derecho. En efecto, bajo esta postura, el derecho únicamente puede ser creado por el legislador, mientras que al juez únicamente le compete aplicarlo. En definitiva, pues, resulta razonable la postura adoptada por los jueces franceses, ya que en dicho país fue donde se desarrolló principalmente la denominada postura tradicional. Ante este escenario, el legislador francés expidió en 1918 la denominada Ley Falliot, según la cual se podía solicitar la resolución de los contratos ante estas situaciones, pero nunca su revisión por vía judicial, o sea, los jueces están autorizados únicamente para declarar, o bien sea la resolución del contrato o su suspensión con o sin indemnización, dependiendo del caso, pero nunca su revisión (Rico & Garza, 2010). Vale la pena hacer hincapié en que tal situación solo

¹⁶ Una de las críticas realizadas a las posturas que defienden la creación judicial del derecho, es que los jueces carecen de legitimidad para crear derecho puesto que el que está facultado para ello es el legislador, sobre este punto véase Atria, F (2016), y en lo atinente a versiones contemporáneas de legitimidad consúltense Agudelo y Prieto (2018a).

se resolvió a partir de la expedición de una ley por parte del poder legislativo, hecho que reafirma la atribución de competencias de las ramas del poder público.

El otro suceso hito es el caso de la compañía de Gaz De Bordeaux, único caso hasta el momento en el que real, y primariamente, se hizo alusión a la teoría de la imprevisión. Particularmente, este caso relata que una empresa privada y el municipio de Burdeos, Francia, celebraron un contrato de concesión con la finalidad de prestar los servicios públicos de electricidad y gas. Durante la primera guerra mundial, y más específicamente durante la ocupación alemana de Francia, el precio del carbón (principal materia prima para la elaboración del gas) se encareció de tal modo que hizo más onerosa la prestación originalmente pactada en el contrato (Rodríguez L. , 2012).

Tal situación se produjo debido a que, antes de 1914, el precio de la tonelada de carbón fluctuó entre 20 a 22 francos, pero debido a la ocupación alemana el precio del carbón logro alcanzar el valor de 174 francos, es decir, 7 veces más alto en comparación con su precio normal (Jiménez, 2009).

La Compañía de Gas de Burdeos se encontró frente a una situación impugnable, ya que los precios pactados en el contrato no compensaban las pérdidas que la compra del carbón estaba generando. Con fundamento en ello, la compañía demandó ante la justicia contenciosa administrativa la revisión del contrato y el establecimiento de nuevos precios, más acordes con la situación del mercado del carbón. Por su parte, el Municipio de Bordeaux se opuso a las pretensiones de la Compañía aduciendo a que se debía aplicar literalmente el artículo 1134 del Código Civil francés, relativo a la obligatoriedad de las cláusulas del contrato para las partes (Jiménez, 2009). Llegados a este punto, queda expuesto que en este caso era latente la disputa entre el principio de pacta sunt

servanda defendida por la municipalidad y la cláusula rebus sic stantibus solicitada por la compañía de gas de Bordeaux.

Ante esta situación, el Consejo de Estado francés podía tomar dos decisiones. En primer lugar, darle la razón al municipio de Bordeaux con fundamento al principio de *pacta sunt servanda* y al artículo 1134 del código civil, y de esta manera ordenar el cumplimiento del contrato por parte del concesionario. O, en segundo lugar, con fundamento a la cláusula rebus *sic stantibus*, acoger las peticiones de la compañía de gas de Bordeaux, teniendo en cuenta además que los hechos (las circunstancias políticas y sociales del momento) que dieron fundamento al contrato no eran los mismos en 1916. Así las cosas, el Consejo de Estado francés decidió que el concesionario estaba en la obligación de continuar con la prestación del servicio, no obstante, teniendo en cuenta los hechos, declaró a su favor una compensación económica por los gastos adicionales causados (Rodríguez L. , 2012). Tal decisión estableció como precedente la teoría de la imprevisión, que involucra a la parte afectada a mantener la ejecución del contrato, al tiempo que se le reconoce un derecho mayor: una compensación por los gastos no contemplados inicialmente en el contrato, y en que la parte afectada pueda incurrir.

Igualmente, este caso demuestra que la denominada teoría tradicional no es del todo acertada, en la medida en que existen casos en los que, al margen de la vigencia de una norma jurídica que regule el caso –en el caso de la compañía de gas de Bordeaux el principio de *pacta sunt servanda*- su aplicación resulta nociva e injusta (Rodríguez C. , 2012). Lo precedente conlleva a la manifestación de lo que la teoría jurídica ha denominado casos difíciles: aquellos que se presentan cuando existen dos o más

soluciones posibles, que gozan de un carácter de aceptabilidad, y que implica el rechazo de la denominada tesis de la única respuesta correcta (Aarnio, 1990).

Estos casos, como señala el profesor Agudelo Giraldo, “surgen por problemas semánticos y de definición de terminología jurídica, es decir, por normas jurídicas que soportan textura abierta, dado el alto grado de vaguedad de los conceptos empleados en la formulación lingüística de la norma jurídica” (2014, p. 38). En el caso examinado, existe tanto una laguna como indeterminación jurídica (Agudelo, 2015), además de que el precedente judicial francés no contemplaba un caso similar. Por estas razones, el Consejo de Estado Francés decide tomar una solución no contemplada en el ordenamiento jurídico, en rechazo a la doctrina tradicional, y, por ende, crea derecho (Prieto, 2017). Es así que, por medio de estos casos paradigmáticos, la teoría de la imprevisión vuelve a resurgir y pone de presente la necesidad de un equilibrio material del contrato, sobre todo en el de naturaleza estatal.

5. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN ESTRICTO SENTIDO Y SU DESARROLLO HASTA LA ACTUALIDAD.

Ante este estado de la discusión vale la pena preguntarse ¿la cláusula rebus sic stantibus y la teoría de la imprevisión tienen la misma significación y genera los mismos efectos? La respuesta es No. Para alcanzar dicha respuesta, debe tenerse en cuenta lo siguiente: gracias al desarrollo histórico realizado con anterioridad, es posible determinar que la cláusula Rebus Sic Stantibus y la teoría de la imprevisión son distintos por cuanto:

a) La cláusula *Rebus Sic Stantibus* proviene del derecho romano clásico, mientras que la teoría de la imprevisión, en estricto sentido, es una creación del Consejo de Estado francés a partir de la sentencia del *Gaz de Bordeaux* del 30 de marzo de 1916, b) la cláusula *Rebus Sic Stantibus* opera tanto en los contratos como en el negocio jurídico, más la teoría de la imprevisión solo se presenta en los contratos administrativos de larga duración (Rodríguez L. , 2012).

A pesar de ello no se debe cometer el error de menospreciar la cláusula *Rebus Sic Stantibus*, ya que ésta fundamenta a la teoría de la imprevisión, fungiendo como el antecedente de la figura y sentando sus fundamentos tanto filosóficos como jurídicos. Así pues, hay que reconocer el carácter innovador de la teoría de la imprevisión y, adicionalmente, señalar que, como el análisis anterior mostró, la teoría de la imprevisión establece una serie de requisitos para ser operativa.

Tales requisitos doctrinalmente establecidos son: primero, que exista una excesiva onerosidad del contrato para una de las partes; segundo, que los acontecimientos que originan el cambio de circunstancias del contrato sean de carácter imprevisible y que a su vez incidan en el cumplimiento del mismo; tercero, tiene que derivar de la buena fe, es decir, la persona afectada no puede estar en mora (Rocher, 1991). De manera similar a estos requisitos doctrinalmente fijados, para el caso colombiano, el Consejo de Estado ha establecido los siguientes requerimientos para que la teoría de la imprevisión pueda operar: i) En ningún momento debe imposibilitar la ejecución del contrato, ii) debe presentarse por situaciones que no son atribuibles a las partes, esto es, que son ajenas a las mismas, iii) que el hecho porque el que se presenta debe afectar la ecuación económica del contrato, iv) que ,de manera razonable, este hecho en ningún momento

haya podido ser previsto por las partes (Colombia, Consejo de Estado, Expediente. 1991-07391-01(14043), 2004).

Por tal motivo, a continuación, por medio de la jurisprudencia y de la doctrina se abordarán cada uno de estos requisitos para delimitar su contenido y alcance, y, sobre todo, la forma en la que debe ser empleada la aplicación de la teoría en la práctica.

Así pues, el primer elemento alude a que, para que opere la figura es indispensable que el contrato se siga ejecutando pues, de lo contrario, no se estaría en presencia de la teoría de la imprevisión, sino de otras figuras como lo son la fuerza mayor o caso fortuito. En síntesis, a pesar de que el contrato esté generando un perjuicio para la parte contratante, ella debe insistir en su ejecución (Pelletier, 1995).

En cuanto al segundo elemento, este indica que si el hecho por el que se afecta la ecuación económica del contrato es atribuible a una de las partes, ya no se estaría en la órbita de la teoría de la imprevisión, sino del *hecho del príncipe* pues, como bien lo señala el Consejo de Estado, éste, “alude a medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan tampoco, inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste” (Colombia, Consejo de Estado, Expediente. 1996-4028-01 (14577), 2003). De esta manera, para ubicarse dentro de la órbita de la teoría de la imprevisión, en ningún momento la situación que genera la alteración al equilibrio económico debe ser imputable a las partes.

El tercer elemento, consiste en que debe haber una afectación al equilibrio económico del contrato, esto es, la fórmula de la ecuación económica del contrato se

debe afectar, al punto de hacer más costosa la obligación inicialmente contratada (Colombia, Consejo de Estado, Expediente. 25000-23-26-000-1998-03066-01(20912), 2014). Así las cosas, para que opere la teoría de la imprevisión debe existir una afectación real del equilibrio económico de los contratos, que a su vez desencadene una situación que la parte afectada no está obligada a soportar, (Castro, 2013).

En lo referente al último elemento, no sería coherente que la teoría de la imprevisión se denominara de esa forma, si los hechos que afectan la ecuación económica del contrato fuesen previsibles. Lógicamente, la afectación a la ecuación económica del contrato debe devenir de una situación imprevisible, la cual se caracteriza por que las partes no están en capacidad de prever o evitar (Rodríguez L. , 2012).

Así pues, cuando se presenta la teoría de la imprevisión, en materia de contratación estatal, se ha optado porque el Estado equilibre de nuevo el contrato, esto es, el Estado debe compensar al contratista por los gastos no previstos inicialmente, en la firma del contrato.

Así las cosas, se evidencia que el problema de la aplicación de la teoría de la imprevisión reside en que la misma tiene –en la mayoría de los casos analizados- la estructura de un principio implícito (Alonso, 2012), es decir, uno que a pesar de no estar consagrado de forma textual en los ordenamientos jurídicos, sí se aplica por razones de justicia o de conexidad con otros principios jurídicos ya existentes como lo son la equidad. Por tal motivo, emplear esta teoría ha representado dificultades, ya que, al no poseer una textura cerrada, propia de la estructura de las reglas, sino una textura abierta (Atienza & Ruiz, 1991) deja un gran margen de discrecionalidad a los operadores judiciales que la aplican. Al mismo tiempo, dentro de este problema subyacen problemas generales del

derecho como lo son las disputas entre principios y reglas, o los debates entre formalistas y anti-formalistas. En este sentido y bajo la línea argumentativa expuesta anteriormente, la teoría de la imprevisión se erige como un mecanismo que materializa la justicia, al contener estrategias que puedan restablecer la afectación que se presenta en la ecuación económica del contrato. En este orden de ideas, el valor agregado de esta investigación radica en el hecho de evidenciar que los problemas históricos que a su vez son prácticos en el derecho, involucran a su vez, problemas más generales de la práctica jurídica, como lo es la disputa –que no parece tener fin- entre la forma y el contenido.

6. CONCLUSIONES

La evolución del derecho contractual, en las vertientes del régimen privado y del régimen público, constituye un proceso viviente en el que las diferentes posturas, a través de un discurso dialéctico, aportan conocimientos y experiencias desde sus propios puntos de vista para la consolidación de un sistema jurídico complejo. Sin embargo, el análisis y la revisión histórica desplegados a lo largo de este capítulo dan cuenta de una tensión vigente en el seno del derecho de los contratos -privados o estatales-.

En efecto, quedó en evidencia cómo a partir del reconocimiento y consolidación del principio del equilibrio económico de los contratos, surgieron dos posturas diametralmente opuestas que han reñido históricamente entre sí: de una mano, los partidarios del principio de la autonomía privada de la voluntad o *pacta sunt servanda*, defensores de la fuerza obligatoria de los contratos; y de otra mano, los paladines del

principio *rebus sic stantibus*, quienes sostenían que si aquellas condiciones que dieran origen al contrato variasen, en perjuicio de una de las partes, podría liberarse al afectado del vínculo obligacional (*ob-ligatio*).

Así pues, este debate que parecía no tolerar posturas eclécticas, fue radicalizándose con el paso del tiempo, de modo tal que desde finales de la Edad Media hasta mediados de la Era Moderna, éste se incluyó en los discursos de las escuelas y filósofos iusnaturalistas (que daban prevalencia a los principios de justicia y equidad, por sobre las formas contractuales), y de su contraparte iuspositivista (que, *contrario sensu*, consideraba a los contratos como una expresión normativa con fuerza de ley).

Y si bien, luego de los acontecimientos propios de la Revolución Francesa, se abandonaron los postulados de la cláusula *rebus*, y se fortaleció la prevalencia del principio *pacta sunt servanda* a partir del pensamiento liberal individualista imperante hasta ese momento - según el cual las obligaciones son para cumplirse y generar una mayor seguridad jurídica en el tráfico negocial-, lo cierto es que en diversas latitudes de Europa, y casi 60 años después, en países como Alemania e Italia se suscitaba un discurso revitalizador de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Tal situación se mantuvo hasta comienzos del siglo XX cuando, debido a los eventos bélicos de la Primera Guerra Mundial, se presentaron múltiples controversias jurídicas que involucraban incumplimientos contractuales. Llegados a este punto es preciso recordar que, mientras la mayor parte de los tribunales civiles europeos se mostraban reacios a dejar de aplicar el principio de la obligatoriedad contractual, en Francia, en el ámbito de la justicia contenciosa administrativa, el Consejo de Estado de

dicho país decidió emplear los fundamentos del principio *rebus sic stantibus* para resolver el paradigmático caso de la compañía de Gaz De Bordeaux.

Precisamente, el carácter paradigmático de dicho caso radica en lo siguiente: primero, demostró que el derecho es indeterminado, pues éste contiene múltiples lagunas normativas, y pone en duda la completitud y coherencia del sistema jurídico defendidas por los iuspositivistas. Segundo, estableció el primer precedente (al menos, en el campo del derecho público) para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, cifrada en la fórmula de la Teoría de la Imprevisión. Tercero, para el régimen del derecho contractual representó un formidable punto de inflexión, poniendo en tela de juicio la irrefutabilidad del principio *pacta sunt servanda*.

Por otro lado, en lo que atañe a la Teoría de la Imprevisión, se pudo deducir que su desarrollo se da en el marco de un principio cardinal y rector de la contratación pública: el equilibrio económico de los contratos. De hecho, esta máxima orientadora de la gestión contractual de la Administración sostiene que, en los negocios jurídicos que involucren al Estado, debe conservarse la equivalencia prestacional y la reciprocidad obligacional entre las partes. Así pues, cuando dicha equivalencia se rompe por razones no imputables al contratista, éste tendrá derecho a exigir a la Administración el restablecimiento de la ecuación financiera.

Como se dijo, la Teoría de la Imprevisión aparece en una relación de especie-género, frente al principio del equilibrio contractual, toda vez que existen otras circunstancias o eventos generadores de su ruptura, como el *ius variandi*, que se presenta cuando la Administración, en calidad de parte contratante y en uso de sus atribuciones extraordinarias, modifica el contrato o lo incumple; o el *hecho del príncipe*,

que ocurre cuando la Administración, en calidad de Estado, y en ejercicio de sus facultades legales y constitucionales o atribuciones de autoridad pública, expide un acto administrativo general o una ley que altera las condiciones de ejecución del contrato; en ambos casos, causando una excesiva e injustificada onerosidad en cabeza del contratista que debe ser compensada.

En últimas, lo que busca la Teoría de la Imprevisión es una compensación de los gastos no contemplados inicialmente en el contrato, y en los que debió incurrir la parte afectada para cumplir cabalmente sus obligaciones. Así pues, para que ésta opere deben cumplirse los siguientes requisitos: en primer lugar, debe estarse en presencia de una alteración extraordinaria de la ecuación económica de los contratos, esto es, se debe superar el álea normal de los contratos; en segundo lugar, el hecho que afecte el contrato no debe ser atribuible a ninguna de las partes (exógeno); en tercer lugar, este hecho no debe ser razonablemente previsible por las partes; en cuarto lugar, debe existir una relación de causalidad entre el evento ocurrido y el perjuicio causado a uno de los contratantes; en quinto lugar, el contrato debe ser de tracto sucesivo; y finalmente, el contratista en ningún momento debió haber suspendido la ejecución del contrato.

Finalmente, esta situación refleja una tensión jurídica de vieja data: la prevalencia de la sustancia (o contenido) o las formas de los actos jurídicos. En particular, la Teoría de la Imprevisión se presenta como una fórmula que busca conjurar esta tensión, mostrándose más abierta a la defensa del contenido propio de los contratos y a la observancia de las condiciones iniciales que dieron vida al negocio mentado. Sólo así se garantiza tanto el equilibrio económico de los contratos, la buena fe y la equidad como

máximas orientadoras de la conducta de las partes envueltas en el acuerdo de voluntades, así como la justicia misma.

CAPITULO DOS

APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

RESUMEN.

Durante varias décadas, la legislación y la jurisprudencia colombianas se vieron enfrentadas a dilemas principalistas, en el seno de la aplicación de las leyes contractuales del régimen privado a las actividades contractuales de la Administración. En efecto, la tensión entre los principios pacta sunt servanda y rebus sic stantibus en los contratos estatales, puso de relieve las dificultades que suscitaba predicar la fuerza obligatoria del contrato al momento de exigir el cumplimiento de las prestaciones, cuando las condiciones existentes al momento de la celebración del negocio habían sido alteradas sustancialmente. En este contexto, nació la Teoría de la Imprevisión como una respuesta a la ya mencionada tensión, y como una herramienta para conjurar los efectos de la ruptura del equilibrio económico del contrato. Sin embargo, la duda que surge, y que constituye la pregunta de investigación de este capítulo, es ¿qué criterios han sido observados por el sistema jurídico colombiano para la aplicación de la teoría de la imprevisión, en las controversias contractuales que involucran a la Administración?

Con miras a responder dicho interrogante, este capítulo abordará los principales rasgos normativos y fácticos que rodean a la teoría de la imprevisión a partir de un análisis histórico, doctrinario y jurisprudencial. Así pues, la hipótesis de este capítulo consiste en que, más allá de la imprevisibilidad del hecho, la ausencia de imputabilidad a las partes

del negocio, así como la posterioridad del evento desestabilizador del equilibrio contractual, existen requisitos adicionales que dificultan el empleo de esta teoría en los casos concretos conocidos por los tribunales contenciosos administrativos.

PALABRAS CLAVE: Contratos estatales, Imprevisibilidad, Contingencia, Ruptura del equilibrio económico, Excesiva onerosidad, Hecho del príncipe, *Ius Variandi*.

CHAPTER 2

APPLICATION OF THE THEORY OF CONTRACTUAL IMPREVISIBILITY INTO THE CONTRACT LAW OF COLOMBIA

ABSTRACT.

For several decades, Colombian legislation and jurisprudence have dealt with clashes of legal principles, in the application of the contractual laws of the private regime to the contractual activities of the Administration. Indeed, the tension between the principles *pacta sunt servanda* and *rebus sic stantibus* in state contracts, highlighted the difficulties generated by preaching the obligatory force of the contract by demanding compliance with the obligations, taking into account that the conditions existing at the time of its convention had been substantially altered. In this context, the Theory of the Contractual Unpredictability (Hardship) was born as a response to that tension, and as a tool to conjure the effects of the breach of the economic balance of the contract. However,

the question that arises, and that constitutes the research question of this chapter, is what criteria have been observed by the Colombian legal system for the application of the theory of contractual unpredictability (*Hardship*), in the contractual controversies that involve the Administration?

With the purpose of answering that question, this chapter will present the main normative and factual features that constitute the theory of unpredictability based on a historical, doctrinal and jurisprudential analysis. Thus, the hypothesis of this chapter is that, beyond the unpredictability of the fact, the absence of imputability to the contractual parties, as well as the subsequent destabilizing event of the contractual balance, there are additional requirements that hinder the use of this theory, especially in cases known to administrative contentious courts.

KEYWORDS: State contracts, Unpredictability, Contingency, economic balance break, excessive onerosity, *factum principis*, *ius variandi*.

1. INTRODUCCIÓN.

Al igual que todos los fenómenos que provocan repercusiones en el ámbito jurídico, la Teoría de la Imprevisión nació en el seno de distintas tensiones y dificultades políticas, sociales y económicas. No obstante, su complejidad y los desafíos que representó para numerosos ordenamientos jurídicos alrededor del orbe, hicieron que la Teoría de la Imprevisión superara los debates que se surtían al interior de los escenarios

mencionados, para trascender a zonas discursivas más turbias y difusas: la discusión sobre la hegemonía del individualismo jurídico (nacido de las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII) o el rescate del solidarismo (Montoya, 2005); el dilema entre el reconocimiento de los principios jurídicos (Marmolejo, 2016) o el empleo de las reglas jurídicas a ultranza por parte de los operadores judiciales (Benítez & González, 2007); la observancia de los mandatos de la equidad y, en general, de doctrinas iusnaturalistas, o el reconocimiento de la dogmática positivista en la resolución de los predicamentos contractuales (Jiménez, 2009).

Bajo el panorama de confusión y duda generado por estas zonas discursivas, que impiden afirmar con certeza la aplicación de la teoría aquí examinada, los órganos legisladores de diversas naciones han expedido normas jurídicas, atendiendo a posiciones teóricas que han sido propuestas por doctrinantes y tratadistas, con miras a conjurar las dificultades que suscitan las controversias contractuales entre particulares y la Administración, o entre los mismos particulares, en las que no es fácil alcanzar una solución plausible sin afectar el más mínimo interés de las partes enfrentadas, lo que plantea la existencia de un caso difícil (Navarro, 1992). Simultáneamente, los jueces, en su rol de intérpretes de los instrumentos normativos, se han visto impelidos a la formulación de una doctrina jurisprudencial cada vez más extensa, que responde a las circunstancias y exigencias de los casos particulares que deben dirimir, y que propende por la elaboración de una hermenéutica meditada sobre los alcances de los principios, reglas y directrices jurídicas que orientan el quehacer de la actividad contractual (Güechá, 2017).

Puntualmente, al discurrir sobre los principios de la contratación estatal, y en su interior, hacer precisión sobre el equilibrio económico-financiero del contrato que se celebra entre el particular y la Administración, se revela como una tarea ineludible. Sobre todo, si se tiene en cuenta que el sistema jurídico colombiano no es ajeno a las vicisitudes y cuestionamientos que también han contagiado a otros sistemas legales (que incluso, por su antigüedad, deberían considerarse más robustos y sofisticados frente al tema), y que sólo han dejado modestos puntos de anclaje sobre los cuales puede empezar a darse estabilidad a la discusión.

La legislación contractual colombiana, que en sus inicios se aplicaba indiscriminadamente a los negocios privados y públicos (Güechá, 2017), debió evolucionar a merced de los fenómenos y eventos sociales que ocurrían en la realidad nacional, para empezar a incorporar en su interior, primero, una necesaria (e incluso obvia) distinción entre el régimen de los contratos del Estado y los negocios celebrados exclusivamente entre privados, y segundo, una legislación abarcativa de principios de contratación estatal que tuviesen un carácter imperativo, en tanto su desconocimiento o inaplicación conducen al fracaso del objetivo del susodicho contrato (Jiménez, 2009).

Así mismo, el contrato estatal se desprendió de los vestigios conservadores del tradicionalismo francés, del cual el sistema jurídico nacional heredó, no solamente el sistema de codificación civil positivo, sino además una férrea defensa de la autonomía privada de la voluntad. De lo anterior, deja constancia Fernando Montoya (2005), al aseverar que:

(...) al Código Civil de Napoleón y a los que en él se inspiraron, algunos, especialmente en Latinoamérica, los han visto como la más rancia expresión

del liberalismo y del individualismo contractual, cuya manifestación en el terreno de los principios la encontramos en el dogma de la “autonomía de la voluntad”. (p. 135)

En este mismo sentido, Rocher (1991) afirma con relación a la herencia del código francés de 1804, que:

En todas las legislaciones que son herederas del código francés de 1804 existe una gran influencia marcada por el denominado liberalismo individualista según la cual existe una obligación en sentido estricto de cumplir con el contrato acogido de forma voluntaria por las partes, debido a que si no se cumple no habría justicia. (p. 585)

Como resultado, la doctrina y la jurisprudencia ius-publicista aportaron construcciones teóricas alrededor de la contratación estatal tomando distancia de las visiones civilistas, extremadamente formalistas¹⁷, sobre el concepto de negocio jurídico y las obligaciones correlativas nacidas del mismo, y luego, sobre el equilibrio económico del contrato y su ruptura (Fernández, 2016).

No obstante, vale la pena señalar que, a pesar de la novedad de estas posturas normativas, doctrinales y jurisprudenciales, los teóricos ius-publicistas estudiosos del tema de la contratación administrativa de ninguna manera inventaron una fórmula mágica e innovadora. Por el contrario, decidieron recurrir a premisas antiguas y rescatarlas; desempolvarlas y retirarlas del estante de la historia donde habían sido olvidadas durante

¹⁷ En tal sentido, es indispensable traer a colación el hecho de que el ordenamiento jurídico colombiano durante gran parte del siglo XX y todo el siglo XIX se caracterizó por una fuerte influencia del formalismo jurídico francés, al respecto véase López (2008).

siglos (Jiménez, 2009). En efecto, el principio *rebus sic stantibus*, de origen romano, sirvió como fundamento argumentativo para contraponer razones suficientes que hicieran directa oposición a categorías dogmáticas del positivismo como lo constituye el *pacta sunt servanda*.

Así pues, las exigencias taxativas que imponía el *pacta sunt servanda*, en su calidad de garantía de palabra dada y obligación asumida dentro de la relación negocial (Ghestin, 2015), fue morigerada a partir de la excepción *rebus sic stantibus*¹⁸ que supeditaba la ejecución de las prestaciones debidas a la vigencia y permanencia de las condiciones existentes al momento de celebración del contrato (Franco, 2012). En definitiva, ante una extraordinaria mutación de las condiciones fundadoras del contrato, y una afectación para una de las partes, manifestada en una *excesiva onerosidad* en el cumplimiento de sus obligaciones, la parte lesionada podría solicitar la revisión del contrato, y en general, demandar el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato (Polidura, 2017). En términos de Ortega y Aznar (2014): “La cláusula *rebus sic stantibus* cuya traducción es estando *así las cosas*, tiene por finalidad revisar el contrato por hechos ajenos a las partes, que a su vez tienen la característica de ser excesivamente onerosos para uno de los contratantes” (p. 7).

Por supuesto, las consideraciones a favor y en contra de la aplicación de esta cláusula, que posteriormente se denominaría *La Teoría de la Imprevisión*, no se hicieron

¹⁸ Guillermo Cabanellas (2003, cit. Jiménez, 2009) define este principio del siguiente modo: “Convención del Derecho Romano que se entendía incluida tácitamente en todos los negocios jurídicos. En virtud de la misma, las obligaciones subsistían mientras las circunstancias originales no hubieran experimentado fundamental modificación. De sobrevenir un cambio importante en la situación general o en la prevista por las partes, el obligado podía resolver el negocio jurídico que le resultara en exceso oneroso. Esta cláusula se opone al principio “*pacta sunt servanda*”, que obliga a cumplir en todo caso”. (p. 19)

esperar (Rodríguez, 2011). Sin embargo, los partidarios de esta teoría, en el campo ius-privatista e ius-publicista pregonaron que, en defensa de una justicia real en el contrato y en aras del principio de equidad que informa el ánimo de las relaciones humanas, es preciso identificar la existencia de una situación gravosa para una de las partes, e intentar hallar mecanismos que lo ubiquen en una situación más favorable dentro de la relación negocial. De hecho, la equidad ocupa un papel preponderante como principio constitutivo de la contratación estatal, y de ello da cuenta Canal (2016) quien expone lo siguiente:

La equidad es un principio fundante de la contratación estatal, debido a que ocupa un lugar preponderante dentro de la doctrina universal, especialmente en la jurisprudencia francesa ya que su finalidad es compensar los poderes gigantescos que posee la administración y de esta forma proteger el equilibrio entre el estado y la parte contratada. (p.152)

Sin embargo, la duda que surge, y que constituye la pregunta de investigación de este capítulo, es ¿qué criterios han sido observados por el sistema jurídico colombiano para la aplicación de la teoría de la imprevisión, en las controversias contractuales que involucran a la Administración?

Dicho lo anterior, en lo que sigue se hará una exploración analítica profunda de la naturaleza de la teoría de la imprevisión; su llegada al régimen jurídico colombiano y sus consecuentes choques con la tradición positivista heredada del código napoleónico; su posterior conciliación con el principio *rebus sic stantibus* a través de la jurisprudencia contencioso administrativa y la incorporación positiva en la legislación nacional; y finalmente, los requisitos para su configuración que la distinguen frente a otras formas de ruptura del equilibrio económico del contrato. Sin embargo, previo a esta exploración,

es inexorable exponer el significado del principio del equilibrio económico de los contratos, como presupuesto teórico de la teoría de la imprevisión.

1.2. Metodología.

Teniendo en cuenta la pregunta de investigación planteada el método investigativo que se empleará en este capítulo es el dogmático, por cuanto la finalidad de este, es, la sistematización del derecho a partir de problemas y de principalmente de una exposición ordenada del derecho (Agudelo, 2018), lo que se busca en este capítulo es la sistematización del conjunto normativo relativo a la teoría de la imprevisión en el régimen contractual publico colombiano, para ello se acudirá a normas jurídicas, sentencias principalmente del Honorable Consejo de Estado y doctrina.

2. EL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO: SU LLEGADA, INTERPRETACIÓN E INCORPORACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO.

En este acápite, se examinará de manera sucinta cómo arribó, se interpretó e ingresó al sistema jurídico colombiano el principio del equilibrio económico del contrato. Acorde con lo revisado, tal principio, garante del correcto balance y la adecuada correspondencia entre las prestaciones y beneficios de las partes, así como de su mantenimiento a lo largo de la ejecución del contenido contractual, propende por: 1) la observancia de la fuerza vinculante del contrato, con lo que éste se torna de imperativa

satisfacción para sus integrantes, y en consecuencia, debe ser cumplido a cabalidad; 2) en los casos concretos en que la equidad lo demande, a causa de una situación extraordinaria que altere las condiciones iniciales en que se celebró el contrato, y se genere "una ruptura del equilibrio interno del contrato haciendo que para alguna de las partes la prestación se torne excesivamente onerosa", en aplicación de la cláusula *rebus*, se debe "restaurar el equilibrio de las prestaciones que se ha visto alterado" (Fernández, 2016, p. 296-297). De manera que la regla general del susodicho principio consiste en el reconocimiento de la fuerza vinculante del contrato, cuya excepción está dada por la cláusula *rebus*. Confirmando esta idea, Fernández explica que:

El principio *rebus sic stantibus* aparece como una excepción al principio *pacta sunt servanda*, esto es como una excepción a la naturaleza vinculante de los contratos, pero sin excluir la validez¹⁹ de este último. La relación entre el principio general de vinculación contractual, por un lado, y la posibilidad de reclamar la revisión o resolución del contrato por alteración de las circunstancias es la que media entre la regla y la excepción (Fernández, 2016, p. 299-300).

No obstante, históricamente, la legislación colombiana tuvo (y aún tiene) dificultades para conciliar los principios *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus* como elementos conceptuales constituyentes del principio de equilibrio económico de los contratos, y, por consiguiente, para identificar y aplicar la relación regla-excepción

¹⁹ Sobre la validez de las normas jurídicas véase Agudelo & Prieto (2018b).

existente entre ellos. Esta situación puede ser explicada desde dos perspectivas históricas.

En primer lugar, al heredar la tradición romano-germánica, la tradición codificadora francesa²⁰, y en general, la aplicación de un Derecho continental, Colombia introdujo figuras como la teoría de la imprevisión (propias de la aplicación de la cláusula *rebus*), en un ordenamiento que era acérrimo partidario de la fuerza de ley entre los contratantes y la intangibilidad del contrato. Además, al no estar consagrada positivamente en el sistema normativo, el juez no podía emplear en la resolución de sus casos la teoría mencionada, pues “Si la norma no era preexistente al caso a fallar, se hacía imposible para el juez desarrollar un silogismo jurídico. Esto en la práctica implicaba que el Juez al apartarse del rígido silogismo jurídico, terminaba creando Derecho” (Jiménez, 2009, p. 23). Sintetizando, pues, a mediados del siglo XIX surgió una abierta contradicción entre las normas positivas que expresamente disponían la fuerza obligatoria del contrato para las partes, y una naciente doctrina jurisprudencial que, *creando* Derecho (Prieto, 2017), de manera inhabitual aplicaba la cláusula *rebus*. (Halpérin, 2017)

En segundo lugar, particularmente en el campo de la contratación pública, durante el siglo XIX y gran parte del siglo XX los contratos que celebraba la administración pública colombiana eran regidos por el derecho privado, salvo algunas cuestiones muy puntuales como lo eran la denominada *cláusula de caducidad*, que fue introducida en el

²⁰ El artículo 1134 del Code francés fue reproducido por el artículo 1602 de nuestro código civil: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Puede verse, en efecto, la clara consagración del dogma de la autonomía de la voluntad y el individualismo jurídico, que “pugna abiertamente” con “la restricción de la libertad contractual y la idea de solidaridad social” que comportan la cláusula *rebus*. (Lopera, 1967, cit. Jiménez, 2009, p. 23).

ordenamiento jurídico colombiano hasta el siglo XX. En definitiva, Colombia no contaba con un régimen para los contratos públicos en estricto sentido, sino más bien tenía contratos privados con una regulación especial (Rodríguez L. , 2012). Para comprender mejor esta coyuntura histórico-jurídica, es preciso hacer una breve referencia al *principio de riesgo y ventura* (Rodríguez, 2011).

Ante la inexistencia del régimen contractual público, a los contratos concluidos por la Administración se aplicaban los principios del derecho privado como la *lex contractus* (otra denominación del *pacta sunt servanda*) "que significa que el contrato es ley para las partes y que, al convertirse su contenido en carácter obligatorio, nunca se podría modificar o alterar (...)" (Güechá, 2017, p. 33). Consecuentemente, ante un eventual rompimiento de la ecuación contractual y frente a la ausencia de norma legal que permitiera su restablecimiento, estaba proscrita la revisión del contrato en medio de su ejecución, por lo que ni el precio acordado, ni las condiciones ni las prestaciones pactadas al momento de celebración del contrato eran susceptibles de modificación (intangibilidad del acuerdo).

En vista de ello, los actos de gestión celebrados por la Administración se regían bajo el principio de riesgo y ventura "que significaba riesgo de los mayores costos o ventura de los mayores beneficios" (Güechá, 2017, p. 33). Si en el marco de ejecución de las obligaciones se presentaban imprevistos e inconvenientes, entonces era el contratista quien debía acarrear los riesgos y asumir los debidos costos devenidos, pues "al momento de ejecutar el contrato podía tener el riesgo de perder o la ventura de ganar" (Güechá, 2017, p. 33). Principalmente, este supuesto fue aplicado a los contratos de obra

pública, y a los contratos de tracto sucesivo; negocios jurídicos que, por su naturaleza, están más expuestos a la aparición de contingencias y pormenores.

A raíz del empleo de esta suerte de azar contractual, se generaron diversos incumplimientos sobrevenidos por el advenimiento de eventos externos e imprevistos de toda clase, que hacían exageradamente oneroso para los contratistas la realización de sus obligaciones y que elevaban sustancialmente "el valor del contrato en ejecución" -lo cual, evidentemente, no favorecía a la Administración-. Así mismo, la Administración empezó a faltar a sus deberes para con la comunidad, en tanto vio truncada la prestación de diversos servicios públicos por los numerosos incumplimientos contractuales que afectaron su continuidad y la eficiencia de su prestación (Güechá, 2017, p. 34-35).

Finalmente, el principio de riesgo y ventura fue abandonado por las razones ya acotadas; pero, además, y, sobre todo, porque comenzó a hablarse del rol de *colaborador* que identificaba al contratista en la relación negocial con la Administración. En efecto, debía darse protección al colaborador en su factor patrimonial cuando, por motivos ajenos a él, el contrato estatal le representaba pérdidas económicas que no debía soportar, aun cuando con dicho negocio se alcanzara la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines del Estado. Tampoco podía liberarse al Estado, en miras de su posición dominante en el contrato, de la responsabilidad que le cabía aceptar dentro del mismo.

En oposición al principio ya mencionado, surgió en Francia la Teoría de la Imprevisión, como un mecanismo que permitiera lograr "el cumplimiento de los contratos", al tiempo que protegía al contratista frente a "la superioridad de la Administración". Sobre el particular, afirma Marceu Long (2005, cit. Güechá, 2017):

En 1910, con el fallo del Consejo de Estado francés, en el asunto “Cie. Francaise des tramways”, bajo el marco de un contrato de concesión, expresó:

Es de la esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y el realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas, las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada la honesta equivalencia, entre lo que se concede al concesionario y lo que se exige. Es lo que se llama equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato. (p. 36)

Con el propósito de estimular y preservar esta "honesta equivalencia" entre los beneficios y las prestaciones impuestas en el contrato, así como el mantenimiento de las condiciones económicas imperantes al momento de celebrar el negocio, y en últimas, a partir del nacimiento del principio del equilibrio económico y financiero se logró, primero, el establecimiento del deber de las partes de restablecer dicho equilibrio si hubiese sido quebrado por circunstancias ajenas a ellas, y de compensar al contratista afectado por la excesiva onerosidad de su obligación (teoría de la imprevisión); segundo, la transferencia de "la titularidad del riesgo imprevisible" en cabeza de "la Administración representada en las entidades estatales", pues ellos son los "principales beneficiarios de la ejecución del contrato y su cumplimiento (...) y, por lo tanto, la responsabilidad patrimonial recae en la Administración, no en el contratista" (Escobar Gil, 2003, cit. Güechá, 2017, p. 36); y tercero, una flexibilización del contrato, que rompe el paradigma del formalismo contractual positivista y atiende a las necesidades e intereses reales de las partes.

2.1. El principio del equilibrio económico en el estatuto contractual colombiano.

Algunos intentos de replantear el principio del *pacta sunt servanda*, fueron la Ley 4 de 1964, el Decreto Ley 150 de 1976, la Ley 19 de 1982, y finalmente el Decreto Ley 222 de 1983 (Rodríguez L. , 2012). Por un lado, la ley 4 de 1964, en su artículo 11, estipula que “en los contratos a que se refiere el literal a) del artículo 2º, se pactarán revisiones periódicas del precio alzado o de los precios unitarios, en función de toda variación de cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos”²¹. Según lo establecido en este artículo, en los contratos de obras era de carácter imperativo acordar un reajuste de precios, debido a determinados factores que podían variar el costo inicialmente pactado (Rodríguez L. , 2012).

Por su parte el Decreto Ley 150 de 1976, en su artículo 74²², rezaba, de manera similar al anterior, la facultad para introducir una cláusula sobre la revisión de contratos a precio alzado o precios unitarios, debido a la variación de los factores determinantes de los costos. Vale la pena señalar, además, que el reajuste debía realizarse por medio de ecuaciones aritméticas expresamente consagradas en el contrato, y en todo caso el

²¹ Dicho literal del artículo segundo establece: “Los contratos serán de tres clases, a saber: a) Para construcción, mejoras, adiciones o conservación, por un precio alzado o a precios unitarios”

²² DECRETO LEY 150 DE 1976, ARTÍCULO 74. De la revisión de precios. En los contratos celebrados a precio alzado o por precios unitarios, se podrán pactar revisiones periódicas de los mismos en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos.

Donde ello fuere posible, los ajustes se efectuarán mediante fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato. En ningún caso la suma de los reajustes podrá ser superior al ciento por ciento (100%) del valor original del contrato, a menos que la fórmula pactada fuere matemática.

Los reajustes se consignarán en actas que suscribirán las partes.

resultado de dicho reajuste no podía superar el 100% del valor original del contrato. Finalmente, dichos reajustes debían constar en actas suscritas por las partes.

En la ley 19 de 1982, más específicamente en sus artículos 6 y 8²³, se dio una consagración más precisa de la figura al establecer que, ante una modificación unilateral del contrato, ordenada por la Administración por razones de interés general y que generase mayores costos al contratista, a este último le correspondía el derecho a un reembolso de tales gastos por parte de la Administración. Simultáneamente, se contemplaba que, ante la terminación unilateral del contrato por inoportunidad o inconveniencia de los contratos, el contratista tendría el derecho al pago de los perjuicios que le causara la Administración por esta decisión (Rodríguez L. , 2012).

Posteriormente, el Decreto Ley 222 de 1983 amplió los supuestos en los cuales podían tomarse medidas tendientes al restablecimiento del equilibrio económico del contrato; (arts. 20, literal c); 58, 86)²⁴; e indicó que el equilibrio es una figura aplicable a contratos administrativos de tracto sucesivo (además de los de concesión y obra pública).

²³ Los artículos 6 y 8 de la ley 19 de 1982 expresan lo siguiente: artículo 6: "Cuando de la modificación de los contratos administrativos ordenados por la administración en razón del interés público se deriven nuevos costos a cargo del contratista, éste tendrá derecho a ser reembolsado por ellos. Se establecerá la manera cómo deben acreditarse y liquidarse esos nuevos costos y las circunstancias y la cuantía a partir de la cual el contratista no está obligado a continuar con el contrato" y artículo 8: " En los casos de terminación unilateral por inconveniencia o inoportunidad del contrato se contemplará dentro de la liquidación del mismo una estimativa de los perjuicios que deban pagarse"

²⁴ DECRETO LEY 222 DE 1983, ARTÍCULO 19. Terminación unilateral. Cuando graves motivos posteriores al perfeccionamiento del contrato o sobrevinientes dentro de su ejecución, determinen que es de grave inconveniencia para el interés público el cumplimiento del objeto del contrato, éste podrá darse por terminado mediante resolución motivada. Contra esta resolución procede solamente el recurso de reposición, sin perjuicio de las acciones contencioso administrativas que pueda intentar el contratista. En firme la resolución, se procederá a la liquidación del contrato, para la cual se tomará en cuenta el estimativo del valor compensatorio que el artículo 8º de la Ley 19 de 1982 ordena que se reconozca al contratista... ARTÍCULO 20. Modificación unilateral. Cuando el interés público haga indispensable la incorporación de modificaciones en los contratos administrativos, se observarán las siguientes reglas:

a) No podrán modificarse la clase y objeto del contrato.

Con fundamento en el Decreto Ley 222 de 1983, la jurisprudencia del Consejo de Estado admitió que uno de los derechos básicos del contratista de la administración pública (en calidad de colaborador) era el mantenimiento de las condiciones económicas pactadas, es decir, del equilibrio económico del contrato. (Rodríguez L. , 2012)

Finalmente, la Ley 80 de 1993 decretó de manera taxativa y clara el “mantenimiento de la equivalencia en las prestaciones pactadas en el contrato” como un derecho de todas las partes negociales, erigiéndose, así como una disposición más amplia en su cobertura (Rodríguez, 2012, p. 18). Es en esta norma donde efectivamente se manifiesta una consagración principalista de la "ecuación contractual", la cual puede ser reseñada haciendo una lectura conjunta de los artículos 4 y 27 de dicha ley²⁵. Sin

b) Deben mantenerse las condiciones técnicas para la ejecución del contrato.

c) Deben respetarse las ventajas económicas que se hayan otorgado al contratista.

d) Debe guardarse el equilibrio financiero del contrato, para ambas partes.

ARTÍCULO 58. DE LOS CONTRATOS ADICIONALES. Salvo lo dispuesto en el título IV, cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional. Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. Las relaciones con el plazo sólo requerirán firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías. Serán requisitos para que pueda iniciarse la ejecución del contrato, la adición y prórroga de las garantías y el pago de los impuestos correspondientes.

Los contratos de interventoría, administración delegada, y consultoría previstos en este estatuto, podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo. Las adiciones deberán publicarse en el Diario oficial. En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas...

ARTÍCULO 86. DE LA REVISIÓN DE PRECIOS. En los contratos celebrados a precio global o por precios unitarios, se podrán pactar revisiones periódicas de los mismos en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos. Cuando ello fuere posible, la revisión se efectuará mediante fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato en la forma que lo determine el reglamento. En ningún caso la suma de los reajustes podrá ser superior al ciento por ciento (100%) del valor original del contrato, a menos que la fórmula pactada fuere matemática. Las revisiones se consignarán en actas que suscribirán las partes y se reconocerán con el índice de ajuste correspondiente al mes anterior a aquél en que se pague la obra ejecutada, cuando ésta corresponda al menos a la cuota parte del plan de trabajo previsto en el contrato.

²⁵ **ARTÍCULO 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 (...):

embargo, al ser estos artículos los contentivos del principio del equilibrio económico de los contratos en sentido estricto, en el siguiente acápite se profundizará en un estudio más detallado de dicha premisa a la luz de la misma ley, la jurisprudencia y la doctrina.

2.2. Cómo entender este principio a la luz del derecho público: la contratación estatal y la ecuación financiera del contrato.

El siguiente punto trata de la consagración principialista de la “ecuación contractual” que fue posible gracias a la promulgación de la Ley 80 de 1993, estatuto de contratación pública que permanece vigente en el ordenamiento nacional. De hecho, la doctrina colombiana sobre el tema coincide, en general, en la trascendencia que representa dicha legislación en el desarrollo de los mandatos constitucionales que orientan la función administrativa. Sobre el particular, Santofimio ha dicho que:

Numeral 8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

Numeral 9. Actuarán de tal modo que, por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.

ARTÍCULO 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 construcción de un concepto de contrato estatal o del Estado no está absolutamente circunscrita al principio rector de la autonomía de voluntad conforme al modelo contractual de los particulares. Todo lo contrario, se sujeta real y plenamente a principios constitucionales como los de planeación, interés público propio de la actividad pública, de los cuales se desprenden importantes reglas y garantías con el propósito de evitar y controlar la arbitrariedad administrativa precisamente en la estructuración discrecional de las más importantes decisiones tendientes a la conformación de las bases de los negocios del Estado. (2009, p. 56)

Por su parte, Aponte y Gamarra (2011) manifiestan que:

[el] mantenimiento del equilibrio económico del contrato estatal, plasmado en el principio de la ecuación contractual establecido en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 (...) persigue mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones entre las partes contratantes, habida cuenta que debe existir una equivalencia recíproca entre las prestaciones. (p. 423)

A pie seguido, estos autores agregan que el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato estatal halla su “fundamento jurídico” en dos fuentes: 1) el “desarrollo del interés público”, en tanto eje orientador del quehacer administrativo, y 2) “los principios constitucionales” que justifican, limitan y dan sentido a la función administrativa (arts. 1 y 2 de la Constitución Política) (Aponte & Gamarra, 2011, p. 424).

Por su parte, Libardo Rodríguez introduce a su definición el elemento *restaurativo* propio del principio del equilibrio económico de los contratos²⁶ cuando, al afirmar que "en los contratos administrativos las partes contratantes pactan unas determinadas prestaciones que son correspondientes entre sí, las cuales deben mantenerse durante toda la ejecución del contrato hasta la finalización del mismo" (2012, p. 10), advierte que si dichas condiciones mutan, aún por razones ajenas a cualquiera de las partes, se rompe (o altera) el equilibrio financiero del contrato, y por ende emerge el deber de restaurar las condiciones coetáneas al momento de celebrar el contrato. Sintetizando, Rodríguez concluye:

(...) el principio del equilibrio económico de los contratos administrativos consiste en que las prestaciones que las partes pactan de acuerdo con las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta la terminación del mismo, de tal manera que, si se rompe esa equivalencia, nace para el afectado el derecho a una compensación pecuniaria que la restablezca. (Rodríguez L. , 2012, p. 11).

Finalmente, Jorge Eliécer Fandiño (2014), definirá el principio del equilibrio económico como:

²⁶ El autor citado hace alusión a la doctrina francesa de André de Laubadère e Yves Gaudemet, quienes hacen especial énfasis en el factor *restaurativo* del principio aquí estudiado: "(...) cuando, en algunas condiciones [...], el equilibrio inicialmente considerado se rompe en detrimento del particular cocontratante, éste tiene derecho a que el equilibrio sea restablecido por la administración contratante en forma de una compensación pecuniaria"(2001, cit. Rodríguez, 2012, p. 9).

(...) el equivalente entre cargas y ventajas que el contratante ha tomado en consideración, como un cálculo, al momento de concluir el contrato, y que lo ha determinado a contratar. Sólo cuando ese balance razonable se rompe resulta equitativo restablecerlo, en cuanto se había tomado en consideración como un elemento determinante del contrato. (p. 157)

Las anteriores definiciones, al igual que todas aquellas referentes a este principio, gravitan sobre una interpretación exegética (Halpérin, 2017) del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 que, tal y como se vio, establece el mantenimiento de la equivalencia prestacional surgida al momento en que se convino el contrato. Lo dicho hasta aquí no supone que la lectura del artículo 27 de la Ley 80 no deba realizarse a través del prisma de otras normas y principios como los contenidos en la Constitución Política colombiana, y en el complejo esquema principialista del Estatuto Contractual. Sirva de ejemplo este fragmento de la sentencia C-892 de 2001, pronunciada por la Corte Constitucional:

La Administración Pública tiene el deber jurídico de restablecer el sinalagma económico del contrato y entrar a satisfacer los derechos del contratista afectado por los mayores costos, dando así aplicación a los principios constitucionales de justicia conmutativa (art. 2), igualdad (art. 13) y garantía de los derechos adquiridos (art. 58). (Colombia, Corte Constitucional, C-892, 2001)

Según se verá en adelante, el contenido de dicha disposición, amén de establecer una prerrogativa en favor de las partes contratantes, impone una carga conductual, vertida en el deber de ellas de velar por la conservación de la reciprocidad prestacional y de los beneficios mutuos; lo anterior comporta un actuar leal y la ejecución de buena fe

de las obligaciones bajo un esquema de observancia, no solo de los fines o intereses particulares, sino de la auténtica empatía negocial²⁷. En resumen, estas cargas conductuales que se consignan implícitamente en el contrato, hacen parte de lo que Santofimio (2009) denominará reciprocidad del equilibrio y permanencia de la conmutatividad contractual.

Ahora es momento de examinar, punto por punto, los elementos que componen la definición del principio aquí analizado, a la luz del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, en armonía con otras disposiciones de la misma ley, así como otras normas que complementan la interpretación de este precepto (principalmente, disposiciones del Código Civil).

1) RECIPROCIDAD: Tanto Rodríguez (2011) como Santofimio (2009) concuerdan en que el contrato estatal, y su principio rector, el equilibrio económico, están marcados por la rúbrica de mutua cooperación y mutuo compromiso en la preservación de la estabilidad de las condiciones contractuales. En otras palabras, a diferencia de lo que puede suceder en otros contratos (véanse, los contratos de adhesión, en los que naturalmente hay un desequilibrio negocial *ab initio*), el contrato estatal permite que las partes se exijan entre sí una debida correspondencia; éste se celebra sobre la base de que entre ellas pueden conminarse mutuamente el cumplimiento de las obligaciones y el

²⁷ Esta *empatía negocial* puede interpretarse también como la confianza naciente de la relación contractual. En efecto, Garrido (2011) indica que el surgimiento del contrato como vínculo jurídico requiere "a cada uno de los sujetos intervinientes una necesaria fidelidad a sus promesas"; un actuar recto y honrado de ellos; el origen de la confianza mutua sobre el cumplimiento de las prestaciones; así como la consciencia sobre la capacidad de libertad y responsabilidad; todos ellos, elementos imprescindibles para la convivencia colectiva debidamente organizada (p. 4).

debido pago de las contraprestaciones. Reforzando esta idea, la Corte Constitucional ha sugerido que:

La reciprocidad en las prestaciones contractuales comporta un principio connatural o esencial al contrato administrativo (...) Su aplicación (...) surge (...) ante la apremiante necesidad de garantizar la estructura económica del contrato frente a las distintas variables que podrían afectar su cumplimiento y ejecución material, buscando con ello equiparar y armonizar las exigencias del interés público social con la garantía de los derechos del contratista. (Colombia, Corte Constitucional, C-892, 2001).

Conforme a estas posturas, es válido deducir que de la naturaleza misma del contrato estatal se desprende el principio de su equilibrio económico (y viceversa), ya que su carácter recíproco exige -como bien expone el Máximo Tribunal- una armonía en las condiciones contractuales que, a su vez, haga viable la simetría entre las prestaciones y contraprestaciones que vinculan al Estado y al contratista.

2) CONMUTATIVIDAD DEL CONTRATO (CARÁCTER SINALAGMÁTICO): La conmutatividad de los contratos aparece definida en el artículo 1489 del Código Civil²⁸, y su contenido se aplica para la interpretación del carácter conmutativo que singulariza a los contratos administrativos. Así pues, Ospina y Ospina (1994) describen como características de estos contratos: 1) su onerosidad, 2) la certeza sobre la utilidad del acuerdo, y 3) la equivalencia existente entre las prestaciones, generadoras de "un cierto

²⁸ CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. ARTÍCULO 1498. CONTRATO CONMUTATIVO Y ALEATORIO. El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente o a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida se llama aleatorio.

equilibrio en la economía del contrato". Bajo ese entendido, tanto la doctrina como la jurisprudencia han determinado que "de la conmutatividad del contrato se deriva la equivalencia de sus prestaciones y, así, el derecho en cabeza de las partes a la conservación de la estructura original del contrato" (Canal, 2016, p. 155).

De manera análoga, los autores han sostenido que la conmutatividad está cimentada "sobre la base de equilibrio, del supuesto de igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas (Santofimio, 2009, p. 46). Los efectos de la aplicación de una perspectiva objetiva sobre las prestaciones económicas en el contrato estatal (a partir de su simetría basada en "puntos reales de equilibrio económico") permite distinguirlo de la óptica que visualiza a los contratos del régimen privado, en los que la equivalencia viene a ser morigerada y menos rigurosa (lo conmutativo queda a merced de la autonomía de la voluntad). En síntesis, Santofimio advierte que la conmutatividad del contrato estatal depende de su mantenimiento y permanencia a lo largo de la ejecución del contrato, y no solamente de su vigilancia al momento de proponer o celebrar el contrato (Santofimio, 2009). Por ello, si la conmutatividad se desestabiliza, y en consecuencia, se rompe el equilibrio económico, la parte no afectada debe recomponer el balance perdido:

Bajo este entendido, no sólo se aplica en el contrato estatal la teoría del equilibrio económico al momento de proponer o celebrar el contrato, sino que se edifica su acepción negativa, la cual se refiere a la ruptura de dicha relación objetiva balanceada, que comporta la obligación para una de las partes de restablecer el equilibrio quebrantado. (Canal, 2016, p. 154)

3) ¿A QUIÉN COBIJA ESTE DERECHO?: Aunque, en un principio, en virtud de lo dispuesto por el Decreto-Ley 222 de 1983 y las anteriores leyes que componían el Estatuto de Contratación, se pensaba que el principio del equilibrio económico de los contratos (o mantenimiento de las condiciones económicas, más puntualmente) era una prerrogativa exclusiva del contratista²⁹, teniendo en cuenta que también es quien ocupa la posición menos favorable en el contrato estatal, la Ley 80 de 1993, a través de sus artículos 4, 5³⁰ y 27 hizo extensiva la aplicación de esta figura a las entidades estatales pues, como sugiere Rodríguez "(...) aunque en la realidad (...) solo se conocen aplicaciones del principio a favor de los particulares" dicho principio también puede cobijar a la administración pública, reconociéndose pues "una concepción amplia del principio en el sentido de que beneficia a las dos partes del contrato aunque con particularidades de acuerdo con cada una de las causales de ruptura del equilibrio económico del contrato (2012, p. 11) .

En consonancia con esta postura, el ex consejero del máximo tribunal administrativo, Jaime Santofimio, razona que este principio "es una institución que comprende a las partes involucradas en la relación negocial y no exclusivamente a una

²⁹ Según Fandiño (2014), con base en los criterios de algunos artículos de la Ley 80 de 1993 (arts. 5, num. 1; 14, num. 1 inc. 2; 25, num. 14; 27 y 50) en el contrato estatal se reconoce exclusivamente "el derecho que tiene el contratista al mantenimiento del equilibrio económico, el cual está fundamentado en la equivalencia de las prestaciones y el respeto de las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración". (p. 155)

³⁰ LEY 80 DE 1993. ARTÍCULO 4 DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES: Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: (...) 3. Solicitarán la actualización o la revista de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato. (...)

ARTÍCULO 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. (...)

de ellas", pues "en razón de la reciprocidad, el equilibrio en cuestión tiene una doble dirección indiscutible, y, por lo tanto, a cada una de las partes le corresponde el derecho de obtener el restablecimiento cuando haya lugar a él", y de esa manera se debe adoptar una "visión de contexto de la relación negocial" (p. 47- 48).

4) LA RUPTURA Y EL RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO: Los autores Gorbaneff y Cabarcas (2009) han establecido tres causas de la ruptura del equilibrio económico del contrato estatal: 1) cuando la entidad contratante expide actos particulares que afectan el contrato y al contratista (Ius variandi); 2) cuando el Estado, o la entidad, en papel de autoridad pública, emite un acto general y abstracto que altera el contrato y a las prestaciones del contratista (Hecho del príncipe); 3) por factores ajenos a los contratantes (Teoría de la imprevisión) (p. 76-77). En tales casos, Santofimio señala que la carga del restablecimiento del equilibrio contractual la debe asumir la parte causante de ella, en razón del desarrollo de "un juicio de responsabilidad en el desarrollo del contrato que llama a la parte que actuó de manera antijurídica ocasionando lesiones o daños a la otra a restablecer el equilibrio roto con ocasión de sus actuaciones u omisiones". (2009, p. 49).

No obstante, parafraseando a Fandiño (2014), no es posible predecir o determinar con precisión todos los acontecimientos que pueden representar un trastorno de las condiciones e hipótesis tenidas en cuenta al momento de contratar. Así las cosas, "La jurisprudencia y la doctrina han reconocida que el equilibrio económico de los contratos estatales puede verse alterado durante su desarrollo por factores externos y extraños a las partes y actos de la Administración" (Fandiño, 2014, p. 158). En contraste con el mantenimiento del equilibrio financiero, de cuya titularidad se predicen distintos

argumentos, el restablecimiento de las condiciones económicas es un deber que corresponde a ambas partes negociales³¹ cuando, en aplicación de la teoría de la imprevisión, no hay forma de imputar la carga restaurativa del contrato. De ahí que las partes, en función de su deber de restablecer “el valor intrínseco de la economía del contrato al momento de proponer o de contratar, así como mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer (...) o de contratar (...)” puedan acudir a “los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios” para restablecer el equilibrio financiero del contrato (Santofimio, 2009, p. 55).

Resumiendo, pues, se dirá para terminar que el principio del equilibrio económico funge en el ámbito de la contratación estatal con una doble connotación: como una garantía para las partes consistente en la conservación de la reciprocidad prestacional y de la correlatividad de sus beneficios; pero también, como un deber en doble vía que deben llevar sobre sí mismos para mantener la correcta y justa ejecución de las obligaciones contenidas en el contrato, y que en últimas, busca satisfacer los fines propios de la función administrativa.

³¹ La atribución de “deber” también es respaldada por Canal: cuando la conmutatividad de las prestaciones establecida en la celebración del contrato resulte gravemente afectada, nace tanto para el contratista como para la Administración el derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato; correlativamente, surge en cabeza del cocontratante correspondiente el deber de la restauración del mismo. (2016, p. 147)

3. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA.

La teoría de la imprevisión³² se presenta cuando, debido a la ocurrencia de “actos o hechos extraordinarios o anormales e imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato” temporales o transitorios, se perturba “la ecuación económico-financiera en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución”, pero haciéndolo más gravoso para una de las partes (Fandiño, 2014). Su origen es netamente jurisprudencial, pues nace a raíz de la crisis económica surgida a finales de la primera guerra mundial que afectó, muy especialmente, a los servicios de gas y electricidad³³ (Jiménez W. , 2009).

La doctrina francesa ha contribuido de manera importante y reiterada a la elaboración de esta teoría. Su énfasis se centra en la *no imposibilidad* de la ejecución del contrato (Charles Debbasch) y en la perturbación profunda de la economía del contrato sobre una de las partes (Laubadere y Gaudemet). Por supuesto, destacan la anormalidad del hecho, el cual ocurre sin el concurso voluntario de las partes o de alguna de ellas.

La teoría de la imprevisión puede definirse a partir de los siguientes elementos: 1) Que exista una ruptura del equilibrio económico del contrato público; 2) que se presente

³² Algunos autores incluyen dentro de esta figura a las “sujeciones materiales imprevistas”, comprendidas como “hechos de la naturaleza no previstos e imprevisibles los cuales tienen un efecto técnico sobre el desarrollo del contrato, alterando el equilibrio económico del mismo” y que se presenta, principalmente, en contratos de obra. Al respecto, Fandiño resalta que estas sujeciones no son auténticas circunstancias exógenas a la entidad estatal contratante, cuando éstas se generan debido a su falta de planeación o a fallas en los estudios previos, que afectan el diseño y ejecución de lo contratado. Por ello, tales *sujeciones* estarían vinculadas al ámbito de la responsabilidad contractual de la administración contratante. (Fandiño, 2014)

³³ Al respecto véase el paradigmático fallo del Consejo de Estado francés sobre la Compañía de Gas de Burdeos que es citado y analizado en el capítulo I del presente escrito.

por situaciones imprevistas, ajenas a las partes; 3) que se dé con posterioridad a la celebración del contrato; 4) que altere la economía del contrato haciéndola más onerosa (Rodríguez, 2011).

En este orden de ideas, la excesiva onerosidad es definida por el Tribunal Supremo Español, en palabras de Luna y Bardají (2015) como:

(...) aquellos supuestos en donde la actividad económica o de explotación, por el cambio operado de las circunstancias comporta un resultado reiterado de pérdidas (inviabilidad económica o la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta de carácter retributivo de la prestación). (p. 6)

Según Chirino (2012), la finalidad de esta teoría estriba en "la intervención de los operadores judiciales con la finalidad de modificar el contenido de la obligación o de la prestación y de ésta manera lograr un equilibrio económico con las partes" (p. 317). Sin concentrar su atención en el papel de los tribunales, Montoya (2005) afirma que su propósito se dirige a "efectuar un nuevo reparto de cargas y de beneficios estrictamente económicos, trastornados por la ocurrencia de eventos que escaparon a las previsiones de las partes y que hicieron la prestación a cargo de una de ellas demasiado onerosa". (p. 138)

Por su parte, Pelletier (1995) opina que la teoría de la imprevisión se entiende incorporada tácitamente en los contratos, así éstos son obligatorios siempre y cuando las condiciones en las que se pactó el acuerdo perduren en el momento de su ejecución (de lo contrario, no es predicable la obligatoriedad de las disposiciones contractuales); y

advierde que la excesiva onerosidad ocasionada por el evento imprevisible no debe enmarcarse dentro del denominado “*perjuicio moderado*”, pues éste hace parte del riesgo ordinario de todos los contratos (p. 258-259).

Con respecto a su aplicación, Pelletier (Pelletier, 1995) sostiene que hay un debate polarizado³⁴ alrededor de esta figura: los críticos argumentan que ésta figura no debería aplicarse debido a dos razones: 1) la fuerza vinculatoria del contrato³⁵, y 2) la protección de la estabilidad de los contratos. Mientras tanto, los defensores de la teoría de la imprevisión replican que ésta se encuentra justificada debido a que: 1) el contrato tiene su origen en la voluntad de las partes, 2) debe existir una equivalencia de las prestaciones pactadas, 3) debe existir equidad contractual y, 4) se deben observar otros principios del derecho como la moral, la buena fe, la solidaridad social y la relatividad de los derechos.

El Consejo de Estado Colombiano ha planteado el empleo de la Teoría de la imprevisión en el campo de la contratación estatal desde la década de los 80, basándose en argumentos similares a los pregonados por los defensores de esta teoría pues, como sugiere Jiménez³⁶ (2009):

³⁴ Montoya (2005), concordando con Pelletier, asegura que “la imprevisión contractual se encuentra en el centro del debate, sostenido entre los partidarios de una concepción individualista del contrato y aquellos que (...) defienden una supuesta ideología solidarista del mismo” (p. 135).

³⁵ Sobre la fuerza obligatoria de los contratos, Jacques Ghestin afirma que “desde una perspectiva jurídica, el contrato es un instrumento indispensable de previsión con el cual cuentan los particulares”, particularmente, resalta su función para el acreedor pues “Su fuerza obligatoria es necesaria para la confianza del acreedor (...) Toda restricción a la fuerza obligatoria del contrato disminuye la confianza del acreedor” y perjudica su utilidad. (2015, p. 75-76)

³⁶ Para este autor, el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato a través de la aplicación de esta figura, encuentra fundamento jurídico “en el papel que, mediante la contratación administrativa cumple el contratista, quien se constituye en un colaborador activo de la administración para el logro de los fines estatales.” (Ghestin, 2015, p. 45).

(...) está acorde con el concepto de equidad y la disposición de hacer del contrato una relación justa. Se propugna por hacer prevalecer antes que la literalidad del acuerdo de voluntades, expresado en las cláusulas del documento, los objetivos propuestos y queridos por las partes, privilegiando obviamente la noción de servicio público, que redundaría en una defensa de los intereses del Estado, y de la comunidad general que él representa" (p. 45).

Ahora bien, en lo que toca a la imprevisibilidad del acontecimiento, la jurisprudencia del Consejo de Estado y el precedente arbitral han esclarecido, haciendo alusión a la tesis de Marienhoff, que "para que la teoría de la imprevisión pueda ser aplicada no es indispensable que el «acontecimiento» mismo haya sido imprevisible; basta con que lo sean las «consecuencias» de un acontecimiento ya producido en el momento de celebrarse el contrato (Silva, 2007, p. 47).

Para ilustrar este punto, se describirá el siguiente ejemplo. Los árbitros han utilizado como ejemplo las devaluaciones económicas "de magnitud", como sucesos "válidamente previsibles en economías inflacionarias como la colombiana" pero que "puede desencadenar efectos o consecuencias totalmente imprevisibles sobre la economía" de algunos contratos, especialmente, aquellos de tracto sucesivo, puesto que "las consecuencias de ese acontecimiento sobre la relación negocial" no son susceptibles de ser previstas "por las partes en el momento de la celebración del convenio", y mucho menos de ser avizoradas tales repercusiones sobre las prestaciones futuras, "las que sufrirán los efectos o consecuencias del advenimiento de una circunstancia nueva, extraordinaria, imprevista o imprevisible" (Silva, 2007). Por ello, en casos de este perfil, los laudos arbitrales han concluido que "Es, entonces, respecto de tales prestaciones de

futuro cumplimiento donde debe encontrarse la afectación del equilibrio contractual"³⁷ (Silva, 2007, p. 48).

Simplificando, la teoría de la imprevisión se aplica cuando las consecuencias de circunstancias, hechos o fenómenos fácticos (que pueden ser naturales, económicos e incluso político-sociales), de carácter excepcional, temporales, y por ello, exógenos a las partes (ajenos a su voluntad) y no susceptibles de ser previstas por ellas, provocan una grave alteración de las condiciones de ejecución del contrato para uno de los contratantes, haciendo severamente oneroso el cumplimiento de su prestación, y que da derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato a favor de la parte afectada.

Más allá de los principios que nutren a la contratación pública, existen dos máximas esenciales que informan al Derecho: el principio de buena fe y el principio de equidad (Jiménez W. , 2009), ambos, se encargan de iluminar el actuar de las personas y las instituciones, y de ser un parámetro de corrección del andamiaje jurídico, aminorando el estricto rigorismo formalista de las normas (Castrillón, 2008).

Particularmente, en el ámbito de los negocios jurídicos, la buena fe es el criterio para el mantenimiento del equilibrio prestacional, y junto con el principio de equidad, permiten que dicha estabilidad permanezca en el intercambio durante la ejecución de un contrato. Cuando un contrato sufre desequilibrios en su sinalagma, es decir, en la correcta

³⁷ Laudos arbitrales del 2004 Disputas Caracol, RCN vs la Comisión Nacional de Televisión, Árbitros Antonio José de Irisarri Restrepo, José Alejandro Bonivento Fernández y Ramón Eduardo Madriñán de La Torre.

equivalencia mutua de las obligaciones, los principios de buena fe y equidad entran a corregir tales disparidades. Así, en términos de Jose Félix Chamie (2008):

Buena fe y equilibrio contractual actúan para procurar una justicia contractual y evitar entonces cualquier desproporción grave entre las prestaciones (*gross disparity*), que se traduzca en una excesiva e injustificada ventaja económica para una de las partes en detrimento de la otra [al momento de celebrar el contrato, o durante su ejecución] (...) a causa de un cambio sobrevenido de las circunstancias iniciales que hacen más oneroso el cumplimiento. (p. 114)

Ahora bien, estos principios se presentan, se consolidan y se mantienen en el negocio jurídico desde el momento mismo de su nacimiento y a lo largo de toda su vigencia, sirviendo como fundamento para la creación de los derechos y prerrogativas derivadas del acuerdo de voluntades, pero también siendo la fuente de deberes y obligaciones. En efecto, la obligación contractual (*vinculum iuris*) impone un deber de cooperación entre las partes, basada en la buena fe y la equidad, y establece el deber recíproco de adoptar un comportamiento leal y correcto (Chamie, 2008). Este deber no se traduce únicamente en un conjunto de acciones tendientes al buen desenvolvimiento del contrato, o a la simple responsabilidad de las partes de cumplir con lo pactado, sino que se extiende a la carga de mantener vivo el contrato y de protegerlo frente a eventos extraños que puedan poner en peligro su equilibrio.

En este sentido, Chamie manifiesta que la buena fe impone, con relación a las diversas patologías que pueden afectar en estricto sentido el equilibrio del contrato (como el cambio sobrevenido de las circunstancias iniciales), el deber para las partes de corregir

o adaptar el contrato si su equivalencia prestacional ha sido alterada en su nacimiento o durante su posterior ejecución, respectivamente (2008).

En síntesis, la corrección del contrato emerge a partir de tales principios, y de la "relación de cooperación entre las partes", que obliga a los contratantes a velar por la preservación del equilibrio prestacional cuando se presenta un trastorno en ella, y que sólo puede lograrse "mediante un verdadero y propio deber de renegociación independientemente de la distinta estructura interna de las mencionadas patologías que afectan al contrato en su equilibrio" (Chamie, 2008, p. 115).

A partir de lo anterior, es válido inferir varios aspectos: uno, el principio de buena fe ostenta el carácter de "equidad correctiva" que se manifiesta cuando las partes, en aras a la supervivencia del contrato, cooperan entre sí para restaurar las fallas o desajustes que se presenten en la ejecución del contrato (o su nacimiento); dos, y consecuentemente, la equidad correctiva habilita la regla de la "renegociación" como una fórmula idónea para mantener el negocio jurídico y reparar los desequilibrios prestacionales; tres, la "renegociación" se encuentra contemplada en distintos ordenamientos jurídicos, pues interesa más la conservación de los negocios jurídicos y la continuidad en sus ejecuciones -reparando las desproporciones de cada caso-, que la salida *extrema ratio* de la resolución contractual (o terminación, o rescisión, según el caso).

En Colombia, ha sido recogida en el artículo 868³⁸ del Código de Comercio y trasladada a su vez a los contratos públicos gracias al Estatuto de Contratación. En

³⁸ Código de Comercio. Artículo 868. Revisión del contrato por circunstancias extraordinarias. Cuando circunstancias posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida,

definitiva, el ordenamiento colombiano ha sido coherente con los principios de buena fe y equidad, reconociendo su potencial reparador, y habilitando la revisión del contrato como una vía para evitar al acabose de las negociaciones emprendidas y ya ejecutadas.

Por un lado, el legislador muestra un interés por la conservación del contrato estatal, al evocar la utilidad social que busca satisfacerse a través de la actividad contractual liderada por la Administración, y cuya realización se vería truncada ante una eventual declaración de terminación. Por otra parte, la revisión del contrato representa para el contratista una salida más beneficiosa, que deja abierta la posibilidad de percibir ganancias económicas y ventajas patrimoniales, aun cuando deba asumir mayores costos a raíz de la ocurrencia de un imprevisto que altera las condiciones del contrato. En resumen, pues, las partes afectadas por el desequilibrio sobrevenido tienen el notorio interés de conservar el negocio jurídico, "siempre y cuando se corrija la desproporción, esto es, si se adapta equitativamente (*equitable adjustment*) a las nuevas circunstancias" (Chamie, 2008, p. 117).

De acuerdo a lo dicho, José Félix Chamie (2008) observa que "con el principio de salvación del contrato, resulta evidente la necesidad de sanar la anomalía y tener preferencia por su conservación antes que por su ineficacia, para permitirle así alcanzar el fin práctico al que aspira en cada caso concreto". De tal suerte, que se morigera el principio *pacta sunt servanda* a partir de los principio de buena fe y equidad los cuales, en casos de desequilibrio prestacional y desde la equidad de la cooperación, conminan

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.

a las partes "a revisar el contrato y sanar amigablemente entre ellas cualquier anomalía, antes que abrir el camino a las sanciones que el derecho prevé para estos casos" (p. 117).

Aunque la posibilidad de la revisión de los contratos ha sido ampliamente tratada por nuestros tribunales (en el campo privado, a través de la figura de la excesiva onerosidad; en el campo público, a partir del principio del equilibrio económico de los contratos estatales y su ruptura), en este punto haremos una breve alusión a la jurisprudencia arbitral y a su análisis de la opción de someter a revisión (o modificación) los contratos, entendiendo que en las subsiguientes líneas se hará un estudio más detallado tanto de los pronunciamientos del Consejo de Estado, así como de los Tribunales de Arbitramento, sobre la materia objeto de estudio.

Así pues, hay que partir del concepto que la jurisprudencia arbitral maneja sobre el principio del equilibrio económico de los contratos, al que define como una "institución cuyo sustrato consiste en que los intereses o expectativas económicas que las partes definieron al inicio de la negociación sean correspondientes, equitativos y permanezcan incólumes durante la etapa de ejecución contractual y hasta su terminación", y que deberá repararse cuando una mutación deficitaria la altere (Colombia, Centro de arbitraje y conciliación. Cámara de Comercio de Cartagena., 2013).

Adicionalmente, estos tribunales han indicado que la equivalencia financiera no busca una paridad económica, sino tan sólo que la simetría prestacional resulte indemne durante la ejecución del negocio jurídico. Por esta razón, y en tratándose de contratos de ejecución sucesiva, diferida en el tiempo, los Tribunales de Arbitramento han introducido el concepto de "reciprocidad dinámica", bajo el entendido de que en los contratos pueden

establecer "fórmulas de actualización pactadas desde el comienzo (...) que buscan preservar la conmutatividad que desde el inicio las partes han concebido" (Colombia, Centro de arbitraje y conciliación. Cámara de Comercio de Bogotá, 2014).

De modo similar a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la arbitral destaca tres eventos generadores de la ruptura del equilibrio económico del contrato: el *ius variandi*, el *hecho del príncipe* y la *Teoría de la Imprevisión*, señalando que la finalidad de esta figura consiste en que, "en el evento en que se presenten circunstancias sobrevinientes que modifiquen la ecuación económica del contrato, proceda el juez a restablecer esa ecuación, con el fin de mantener la conmutatividad de aquel" (Colombia, Centro de arbitraje y conciliación. Cámara de Comercio de Cali, 2012).

Con relación a la Teoría de la Imprevisión, los Tribunales de Arbitramento indican que se trata de:

(...) el acontecimiento de hechos extraordinarios, imprevisibles y sobrevinientes a la celebración del contrato, ajenos a las partes (guerra, crisis económica grave), que afectan el equilibrio económico de las prestaciones en forma grave y anormal para una de ellas, sin impedir su ejecución (álea económica). Es un principio de derecho administrativo (Colombia, Centro de arbitraje y conciliación. Cámara de Comercio de Cali, 2017).

En este mismo laudo, se indica que el propósito de esta teoría no es otro que el de "de retornar al equilibrio prestacional del contrato trastocado por circunstancias sobrevinientes a su nacimiento, extraordinarias, imprevisibles y ajenas a la voluntad de las partes", y que su principal sustento jurídico se encuentra en "los principios de equidad

contractual, de continuidad del contrato estatal para su cabal ejecución y la satisfacción del fin general propuesto con él", así como la intangibilidad de la remuneración del contratista en su calidad de colaborador, y finalmente, la cláusula *rebus sic stantibus*.

Por último , un laudo más destaca el carácter esencialmente compensatorio de la figura aquí analizada, diferenciándola de otras instituciones como el *ius variandi* y el hecho del príncipe, en tanto no se está en presencia de un daño imputable a la conducta de la Administración, sino de "un hecho extraño a las partes del contrato que afectan de manera grave, con onerosidad excesiva, el cumplimiento de las prestaciones acordadas entre las mismas", y que sólo da derecho a "la compensación de la parte afectada a un punto de no pérdida y no la indemnización integral que comprende el daño emergente y el lucro cesante" (Colombia, Centro de arbitraje y conciliación. Cámara de Comercio de Cartagena., 2016).

Sin embargo, lo llamativo e interesante a fines del estudio que aquí se realiza, consiste en la clara referencia a la figura de *la revisión del contrato* como un método para la preservación de los negocios, y como la forma adecuada de revertir o conjurar los efectos nocivos ocasionados por un suceso extraordinario e imprevisible sobre la ejecución de un contrato.

Así pues, en el Laudo del 04 de marzo de 2013, se indica que en casos en los que situaciones imprevistas obliguen al contratista "a ejecutar la convención bajo un supuesto disímil al planteado al inicio de la negociación", y que reúnan los requisitos para la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, sus efectos "deben ser reparados en los términos del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 868 del C. de CCIO. [Sic], atendiendo las particularidades de su aplicación tratándose de la

contratación del Estado" (Colombia, Centro de arbitraje y conciliación. Cámara de Comercio de Cartagena., 2013).

Más específicamente, en el Laudo del 14 de octubre de 2014³⁹, el Tribunal manifiesta que el Estatuto de Contratación pública establece el sistema de revisión y reajuste de precios, "en aras de que las condiciones técnicas, económicas y financieras que se presenten durante la ejecución del contrato, sean equivalentes a las que el proponente tenía a la hora de realizar su oferta", y que posee además la doble naturaleza de ser un derecho y un deber de los contratantes "para la consecución de los fines de la contratación estatal" (Colombia, Centro de arbitraje y conciliación. Cámara de Comercio de Cartagena, 2014). Finalmente, el Tribunal afirma que:

Aunque para el ajuste de precios tratado en artículo 86 del decreto ley 222 de 1983 se autorizó el pacto de fórmulas contractuales (matemáticas o no), el legislador extraordinario no las reguló en sí mismas, vacío que suplen las partes dentro de la autonomía de la voluntad y respetando las bases de la realidad económica⁴⁰ (Colombia, Centro de arbitraje y conciliación. Cámara de Comercio de Cartagena, 2014).

³⁹Constructora Montecarlo S.A.S vs Distrito de Cartagena de Indias D.T y C. Departamento Administrativo de Valorización. Árbitros: Juan Expósito, Wilson Toncel, Carlos Pareja. Laudo del 14 de octubre de 2014.

⁴⁰ A pié seguido, el laudo señala que: "Queda claro entonces que la revisión de precios por las partes es consecuencia de su propia previsión en el contrato y de acuerdo con la fórmula acordada, cuando ocurra en la realidad la variación de los costos determinantes de los precios. Esto no significa que si durante la ejecución del contrato varían los costos determinantes de los precios que no podían ser previsibles al momento de ofertar o de celebrar el contrato - que eran imprevisibles - el afectado no pueda reclamar el restablecimiento económico" (Colombia, Centro de arbitraje y conciliación. Cámara de Comercio de Cartagena, 2014).

Todo lo dicho hasta aquí permite concluir lo siguiente: en primer lugar, la legislación colombiana de contratación estatal consagra y protege ampliamente el principio del equilibrio económico de los contratos, y en esa medida, propende por la materialización del fin que se persigue a través de estos: la satisfacción de una necesidad y de un interés social general. En segundo lugar, ante la eventual ruptura de la ecuación financiera y del sinalagma prestacional del contrato estatal, el Estatuto de Contratación se inclina por la supervivencia del contrato, con lo cual deja en manos de "la revisión" la posibilidad de modificar los contratos con el ánimo de corregir o remediar las desproporciones graves de las prestaciones, y cuyo origen se halla en la ocurrencia de un suceso imprevisible, exógeno y ajeno a las partes, y posterior a la celebración del negocio jurídico en cuestión.

Con relación a la revisión del contrato por desequilibrio sobrevenido, Chamie (2008) dirá que dicha figura reviste en este caso la forma de "adaptación al cambio sobrevenido de las bases del negocio", pues la alteración de la economía de la operación es de tal magnitud que, aunque el valor inicial de las prestaciones haya sido el adecuado, para las nuevas circunstancias que rodean su ejecución no resulta equitativo (p. 135). Sin embargo, el mismo autor manifiesta que "el ambiente ideal para la revisión del contrato debe ser el de la cooperación entre las partes, para evitar así poner en acción el mecanismo judicial y mejor componer entre ellas las anomalías, acorde siempre con la buena fe y la equidad correctiva" (Chamie, 2008, pág. 135).

Así pues, la propuesta que se esbozará al final de este capítulo se encaminará en esa misma dirección, en el sentido de fijar algunos argumentos por los cuales consideramos que la revisión de los contratos debe costar de dos etapas: una etapa de

análisis judicial, en la que el juez verifica el cumplimiento de las condiciones o requisitos para declarar una ruptura del equilibrio económico del contrato (y más puntualmente, a raíz de la Teoría de la Imprevisión); y una etapa de "renegociación" contractual, que involucra únicamente a las partes del negocio jurídico, y en las cuales, mediante fórmulas de arreglo propuestas de manera mutua y consensuada, se adapta el contrato a las nuevas circunstancias.

3.1. La configuración de las condiciones para la aplicación de la teoría y sus efectos: Sobre la imprevisibilidad.

En general, tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido comúnmente los siguientes requisitos para la aplicación de la teoría:

SOBRE EL CONTRATO:	1) Deben ser esencialmente conmutativos (Pelletier, Teoría de la imprevisión: remedios contra los efectos de la depreciación monetaria , 1995); Los contratos sinalagmáticos, onerosos, conmutativos y de ejecución sucesiva, periódica o diferida pero pura y simple. Montoya advierte que "no importa que originalmente esa "conmutatividad" o equilibrio inicial previsto por las partes no sea estricta o matemática, lo esencial "es la ruptura del equilibrio tal como ha sido previsto en el momento de la conclusión del contrato lo que da lugar a
---------------------------	---

	su revisión por el juez." (2005, p.141) (Excluidos contratos aleatorios, los de ejecución instantánea, y los unilaterales). 2) De ejecución diferida en el tiempo (tracto sucesivo): "Es necesario que haya un espacio regular entre el tiempo en que el contrato es firmado y su ejecución" (Pelletier, 1995, p. 259). 3) Que se esté en presencia de un contrato administrativo en estricto sentido (Rodríguez L. , 2012). 4) Debe estar ejecutándose: Las obligaciones deben estar "en curso de ejecución": el objeto del negocio jurídico no se ha cumplido totalmente. (Fandiño, 2014). Aunque el contrato esté debidamente perfeccionado, es esencial "que el plazo de ejecución no haya expirado y que quien alega las circunstancias excepcionales no haya ejecutado completamente sus obligaciones". (Montoya, 2005, p. 141) 5) La afectación de la ejecución del contrato debe ser transitoria. (si es permanente, se cae en la esfera de la fuerza mayor) (Fandiño: El acontecimiento debe ser temporal, transitorio: no debe imposibilitar permanentemente la ejecución de las prestaciones. p. 160). 6) Hace más gravosa su ejecución: El contrato debe poder cumplirse, a pesar de que represente una carga excesiva para la parte afectada (de lo contrario, se aplica
--	---

	fuerza mayor (Fandiño, 2014). Santofimio (2009) indica que: “en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible”. (p. 54) 7) El contratista no debe suspender la ejecución de la prestación a su cargo: Fandiño aclara que el propósito de esta teoría consiste en "evitar que se paralice y posponga la satisfacción del interés público del objeto contratado" (2014, p. 160). El contratista debe proseguir con su ejecución. 8) El deudor (contratista) no debe estar en mora.
SOBRE EL ACONTECIMIENTO, CIRCUNSTANCIA O EVENTO:	1) Extraordinario, imprevisible e inevitable: Hechos/situaciones anormales, no augurados o avizorados por las partes, y por ello, no contemplados en el contrato (Pelletier, Teoría de la imprevisión: remedios contra los efectos de la depreciación monetaria , 1995) y (Rodríguez L. , 2012). Si los obstáculos a la ejecución de las obligaciones contractuales son tan importantes que no pueden ser superados sino a través de sacrificios desproporcionados, entonces la ética, la justicia, pero también y sobre todo el derecho, deben intervenir para evitar que un acto de

	disposición de intereses se convierta en fuente de un perjuicio inaceptable. (Montoya, 2014, p. 140) 2) Razonablemente imprevisible: Si la situación pudo ser razonablemente previsible, "las partes debieron regular sus efectos en el contrato y de no hacerlo, deben asumir las consecuencias de su propia negligencia". Este aspecto es "determinante de la obligación de la entidad a reparar la ecuación financiera del contrato" (Fandiño, 2014, p. 160). De otro lado, Santofimio, en el mismo sentido de Marienhoff, señala que "(...) las consecuencias de la circunstancia imprevista excedan, en importancia, todo lo que las partes contratantes han podido razonablemente prever". (2009, p. 52) 3) Fenómenos naturales, distintos al álea administrativo (hecho del príncipe); o económicos: "el acontecimiento extraordinario o imprevisible debe responder a un álea de carácter económico". (Fandiño, 2014, p. 159) 4) Alteración enorme, que cause un grave perjuicio al contratista: excede el álea normal de un contrato. No debe ser ordinario, pues éste siempre lo asume el contratista. (Rodríguez L. , 2012); debe existir un nexo causal entre la imprevisión y el perjuicio. (Rodríguez, 2011)
--	--

	5) Ajeno/extraño a las partes: no se imputa a la conducta de alguna de ellas (hecho exógeno). 6) La afectación debe tener un carácter temporal y no definitivo. (Rodríguez) 8) Acontecer con posterioridad a la conclusión del contrato: que la parte que padece el desequilibrio y sus consecuencias, no haya podido "preverlas en el momento de su conclusión" (Montoya, 2005, p. 140). 9) La circunstancia debe acaecer durante la ejecución del contrato: los hechos deben haber surgido o haber sido conocidos después de suscrito el contrato (Dávila Vinueza, cit. Rodríguez, 2012, p. 102). 10) Debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible, si bien no impidió la ejecución del contrato, hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista: El Consejo de Estado exige que el contratista afectado acredite que "tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impeditivos del fenómeno presentado" (Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de septiembre de 2003. C. P.: Ricardo Hoyos Duque. Exp. 1 4.781)

EFFECTOS DEL ACONTECIMIENTO:	1) Genera una excesiva onerosidad sobreviniente: “debe agravar la onerosidad de las prestaciones sobre una parte contractual” (Rodríguez, 2012, p. 115); pero no hace imposible la ejecución del contrato. 2) Altera las condiciones de cumplimiento observadas al momento de celebrar el contrato (sin hacer inviable su ejecución) (Fernández, 2016). 4) Rompimiento de la equivalencia material de las prestaciones y del equilibrio económico del contrato administrativo: se provoca al contratista un desequilibrio económico considerable (Fandiño, 2014). 5) La solicitud de revisión al juez debe presentarse ANTES del vencimiento del término de ejecución previsto en el contrato: Quien invoca la imprevisión “tendrá que presentar la demanda de revisión después de perfeccionado el contrato, pero antes del vencimiento del plazo de ejecución, si lo hay, sin haber cumplido totalmente, pero sin incurrir en incumplimiento” (Montoya, 2005, p. 142) Si el término ya expiró, se ingresa en la esfera de la responsabilidad contractual. 6) El contratante debe alegar y probar "un déficit, que sufre una pérdida verdadera (...) lo que se deja de ganar no es nunca un álea extraordinario; es siempre un álea normal
--	--

	que debe permanecer a cargo del contratante (Santofimio, 2008, p. 53)
--	---

Tabla 2.

Fuente: Construcción propia a partir de los autores citados en la tabla.

3.2. La imprevisibilidad y lo “razonablemente imprevisible”:

En lo sucesivo, con la finalidad de explicar mejor el significado y el alcance del término “imprevisibilidad”, se esbozarán las ideas expuestas por Alfredo Bullard (1993) desde un análisis económico del Derecho y de los contratos.

En primer lugar, Bullard comienza por establecer que figuras como la teoría de la imprevisión (o de la excesiva onerosidad, en sus palabras), la fuerza mayor, la imposibilidad sobreviniente o la impracticabilidad comercial (propia de la legislación norteamericana), surgen para exonerar a una de las partes del cumplimiento de la prestación asumida en el contrato⁴¹, a raíz de la ocurrencia de circunstancias impredecibles, no avizoradas por las partes al momento de su suscripción, que “modifican la base fáctica o jurídica sobre la que se celebró el contrato” y que, si no hacen imposible la ejecución de las prestaciones en los términos originalmente pactados, por lo menos sí

⁴¹ En opinión de Bullard, “una de las funciones más importantes que tiene el contrato es determinar la distribución de los distintos riesgos que puedan afectar los intereses de las partes” (1993, p. 83). En particular, evitar o mitigar el impacto de la ocurrencia de un riesgo previsible o imprevisible depende de la adecuada distribución de los riesgos efectuada en el contrato; más ello sólo será posible en la medida en que se incurra en determinados “costos razonables” que suministren la información pertinente sobre la ocurrencia o no de tales contingencias.

la dificulta; entonces, aunque “nada impide que el contrato se ejecute según lo acordado, (...) de ejecutarse así se estaría aceptando un desequilibrio evidente entre las prestaciones involucradas”, tornando impráctico su cumplimiento (Bullard, 1993, p. 81-82).

Así las cosas, uno puede preguntar ¿qué puede ser previsible y qué se considera imprevisible? Bullard responde a estas cuestiones de la siguiente manera:

Cuando hablamos de la previsibilidad de un evento nos referimos a los costos de información involucrados para obtener la información necesaria para prever la posibilidad de su ocurrencia (...) Aquello que comúnmente es considerado imprevisible es un evento cuyo costo de previsión es tan alto que no resulta razonable considerarlo en el contrato, pues los costos de previsión superan los beneficios de dicha previsión. (Bullard, 1993, p. 82).

Por tanto, la discusión ahora gira en torno a los costos. Así pues, “los costos de transacción son todos aquellos costos en los que las partes deben incurrir para celebrar un contrato” (Bullard, 1993, p. 84) dentro de los cuales se incluyen los costos para la adquisición de información necesaria para la previsión de un riesgo. En síntesis, Bullard afirma que casi cualquier evento puede ser previsible, si se cuentan con los medios económicos que permitan adquirir la información necesaria para preverlos. Sin embargo, ello no resulta eficiente en términos económicos, y menos aún en la elaboración de un contrato⁴²: El verdadero problema no es si la contingencia es previsible en los hechos,

⁴² Bullard advierte que “los contratos en los que se difiere la ejecución de ambas o de alguna de las prestaciones involucran una dificultad mayor, principalmente porque deben contemplar la asignación de aquellos riesgos vinculados al cambio de circunstancias por el transcurso del tiempo” (1993, pág. 83) como

sino si es razonable, en términos de costos de transacción, contemplar su posible ocurrencia en el contrato, y asignar los riesgos que de ella se deriven. Entonces, por ejemplo, prever un evento inusual, improbable, o cuya posibilidad de ocurrencia sea realmente remota, puede generar costos muy altos “que no guardarían relación alguna con los beneficios” obtenidos o esperados (Bullard, 1993). En otras palabras: un riesgo racionalmente previsible (y, finalmente, un contrato óptimo) es aquel cuyo costo de previsión contractual es inferior frente a los beneficios percibidos *a posteriori*.

Con la intención de conjurar estas dificultades, Bullard propone la utilización de un “Standard de previsibilidad”, una herramienta que permite determinar si es razonable incurrir en ciertos costos económicos para prever (y evitar) determinadas contingencias. Si los costos asumidos para la previsión de un riesgo son racionales, entonces, el contrato es óptimo, y tales gastos se justificarían en tanto pueden ayudar a la obtención de beneficios más rentables. De igual modo, lo que busca este *standard* es que las partes se suministren entre sí la información necesaria sobre la posible ocurrencia de una contingencia para, luego, poder realizar una mejor distribución de los riesgos dentro del contrato. Y ello tiene sentido dado que, las más de las veces, hay una parte que se encuentra en mejores condiciones para adquirir la información necesaria sobre la ocurrencia de un riesgo, es decir, le “cuesta menos” obtenerla. Por tal razón, Bullard considera que:

La parte que pueda suministrar "a menor costo la información de un riesgo razonablemente previsible, debe cargar con la obligación de suministrar

la pérdida del bien, la modificación del precio de mercado, la aparición de nuevas oportunidades para las partes, etc.

a la otra parte de la información relevante durante el proceso de negociación a fin de llegar a una más eficiente distribución de los riesgos contractuales. (1993, p. 85)

De esta manera, no solamente se alcanza un contrato óptimo desde la perspectiva costo-beneficio en la previsibilidad de los riesgos, sino que, además, se crean estímulos para que las partes cooperen entre sí en el suministro de la información necesaria⁴³ sobre la eventual ocurrencia de una contingencia o hecho que pueda afectar la ejecución del contrato; y puedan negociar acerca de cuál de ellas es la que mejor puede asumir el riesgo o asegurarse contra él. Con todo, si se sabe que una de las partes podía prever la contingencia que ocurriera (proporcionando la información relevante), a un costo razonable, y no lo hizo, ésta deberá responder por los efectos nocivos de dicho riesgo, y deberán desestimarse sus pretensiones de liberarse de sus obligaciones por el acaecimiento de tal contingencia pues, en tal caso, se estaría en presencia de un actuar negligente en la ejecución de la obligación (Bullard, 1993).

Sintetizando, pues, es válido afirmar que el standard de previsibilidad razonable busca que “que las partes se informen mutuamente sobre las contingencias que pueden afectar la ejecución posterior del contrato” (Bullard, 1993, p. 90); y de ese modo, “en el caso que una contingencia modifique la base contractual de manera que se genere un desequilibrio entre las prestaciones pactadas” deberá analizarse, como dice Bullard, “la

⁴³ Sin embargo, Bullard aclara que “el standard de previsibilidad que se adopte debe contemplar el carácter asimétrico que pueda existir entre los costos que enfrenta cualquiera de las partes para adquirir la información relevante”. Precisamente, el autor reconoce que “si una parte gasta menos en obtener la información necesaria sobre una contingencia que puede afectar la ejecución del contrato, no significa que también enfrente menores costos para «evadir o neutralizar sus efectos»”, o sea, para evitar que en la realidad afecte la ejecución (1993., p. 85).

previsibilidad a un costo razonable de la contingencia por alguna de las partes, lo que permitirá una correcta asignación del riesgo a aquella que puede tomar las mejores precauciones de haber previsto el evento al negociar el contrato” (1993, p. 85).

Existe, empero, una pregunta adicional, ¿qué sucede con lo realmente imprevisible a un costo razonable? Al respecto, como nadie está obligado a lo imposible, Bullard aclara que “las partes no deberían incurrir en costos irrazonables para prever contingencias realmente imprevisibles”, es decir, aquellas cuyo costo de previsión supera el beneficio (1993, p. 86). De esta manera, si ocurrida la contingencia el contrato todavía es eficiente para las partes, no debería privársele de sus efectos; por el contrario, si la ejecución del contrato genera más costos que beneficios, debería abandonarse⁴⁴. En últimas, es tarea de figuras como la excesiva onerosidad (y en este caso, la teoría de la imprevisión), la de determinar la viabilidad o no de la ejecución del contrato cuando acaece una contingencia imprevisible que altera el natural balance de las prestaciones.

- Efectos prácticos de la aplicación de la teoría de la imprevisión:

Antes de examinar los efectos prácticos a que da lugar la aplicación de la teoría de la imprevisión, es preciso aclarar que ésta no se propone justificar la inejecución del contrato (Santofimio, 2009), ni mucho menos ser una vía para el *acabose* de la relación comercial. Por el contrario, figuras como ésta se interesan por la preservación del contrato,

⁴⁴ De hecho, Bullard insiste en que: “No todo desequilibrio justifica privar de efectos al contrato”. Por ello, “Se busca pues conseguir contratos óptimos en cuanto al nivel de previsión de futuras contingencias, así como mecanismos que garanticen la ejecución de aquellos contratos que sigan siendo eficientes a pesar de las contingencias ocurridas”, y concluye que: “(...) el mejor mecanismo es aquel que incentiva a las partes a ajustar el contrato a términos más realistas dado el cambio de circunstancias” (1993, p. 89-90). Conforme a ese fin, la figura de la teoría de la imprevisión podría ser de utilidad.

en la medida en que sea fuente de beneficios recíprocos para las partes (Orellana, 2016).

En este sentido, Jiménez destaca que la teoría de la imprevisión:

(...) pretende conciliar dos finalidades: por una parte, se busca que, bajo criterios de equidad y justicia, se elimine la excesiva onerosidad que afecta el cumplimiento de las obligaciones. Por otra parte, se pretende insistir en el contrato, perseverando hasta donde sea posible en su eficacia, buscando su cumplimiento. (2009, p. 45)

No obstante, a pesar de que se reconoce la virtualidad de esta institución, al paso se debe agregar que hay situaciones en las que, debido a la manifiesta injusticia que acarrearía para una de las partes el gravoso cumplimiento de su prestación, no hay más remedio que aceptar la posibilidad de dar por terminado el contrato. Claro está que escoger entre una u otra vía de acción depende de las partes primariamente, y del juez (o los árbitros, según el caso) de forma subsidiaria, si sobre él recae el deber de revisar el contrato, para restablecer el equilibrio económico del contrato o decretar su terminación⁴⁵.

Dicho esto, los principales efectos de la aplicación de la teoría de la imprevisión pueden recaer sobre el contrato y sobre el contratista afectado:

A) Sobre el contrato: Marmolejo (2016), Gorbaneff y Cabarcas (Gorbaneff & Cabarcas, 2009), así como Jiménez (2009) y González (González, 2001), están de

⁴⁵En el derecho privado, el Artículo 868 del Código de Comercio otorga esta facultad al juez “dentro del marco de la revisión por imprevisión”. De esta manera: 1) el juez puede “decretar la terminación del contrato cuando no sea posible restablecer el equilibrio de las prestaciones”; 2) se establece una excepción al principio de mantenimiento o conservación del contrato y a su carácter inmutable. (Montoya, 2005, p. 144).

acuerdo en que el contrato puede ser objeto de revisión (para ser modificado), de suspensión o terminación.

1.Revisión: Es la primera medida que cabe tomar cuando los principios jurídicos “pacta sunt servanda y rebus sic stantibus entran en conflicto al ser esgrimidos por los partícipes de una relación contractual” (Jiménez, 2009, p. 45). En concreto, radica en acudir ante una instancia arbitral o una autoridad judicial que, en calidad de tercero imparcial, pueda reexaminar el contrato y tomar medidas tendientes al restablecimiento de la ecuanimidad prestacional. Al respecto, Jiménez (*Ibíd.*) expone que el contenido del fallo puede lograr un “reajuste de algunas de las prestaciones del contrato que equilibre el desbalance originado por las circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles que afectaron el contrato. (p. 46). Puntualmente, sobre los contratos administrativos, Montoya manifiesta que algunas decisiones del Consejo de Estado y de Cortes de Arbitraje han resaltado “la necesidad de situar al contratista en un punto en que el contrato no implique pérdida, esto es, podrá incluso ver desaparecer el beneficio que fundadamente esperaba obtener del contrato en el momento de su celebración”; mientras que “otras decisiones, al contrario, subrayan el imperativo de acordarle sumas de dinero suplementarias a fin de mantener a favor del contratista el margen de ganancia inicialmente previsto” (Montoya, 2005, p. 143).

2.Suspensión: Debido a que las condiciones para la aplicación de la teoría de la imprevisión exigen que el hecho o acontecimiento que altere el equilibrio económico del contrato tenga un carácter temporal o transitorio, es posible tomar la

determinación de “suspender el cumplimiento de las prestaciones a cargo de la parte afectada, hasta el momento en que se modifiquen las circunstancias que afectan el contrato, restableciéndose la normalidad existente al momento de contratar” (Jiménez, 2009, p. 46). Así, cuando hayan desaparecido las causas que generaron los trastornos sobre las condiciones iniciales, podrá “reanudarse el compromiso negocial” de forma que “las circunstancias de las partes estén en equilibrio” (Jiménez, 2009, p. 46). Es importante mencionar que el juzgador debe definir clara y expresamente el término de suspensión respectivo en su fallo.

3.Terminación: Es la *última ratio*, y se llega a ella sólo cuando irremediablemente no hay manera de equilibrar las condiciones del negocio, y persistir en él implicaría una injusticia (Marmolejo, 2016). Una decisión de este calibre comporta “el derrumbe de la relación contractual”, según diría Montoya (2005), pues “si el acuerdo de voluntades estaba encaminado a la celebración de un contrato económicamente conmutativo, la simetría de las prestaciones a cargo de las partes [debería] mantenerse” (p. 140), de lo contrario, afectaría notoriamente a la parte gravada con la excesiva onerosidad sobreviniente.

Adicionalmente, en cualquiera de los 3 casos vistos, las decisiones relativas al contrato y sus prestaciones tienen efectos hacia el futuro debido a la naturaleza jurídica de los contratos a los cuales son aplicadas: contratos de tracto sucesivo⁴⁶ o de ejecución diferida. En palabras de Montoya:

⁴⁶ Por esta misma razón, se usa la expresión “terminación” y no “resolución”, siendo ésta la denominación que se da a la forma de extinción de las obligaciones en contratos de ejecución instantánea en los que es posible regresar las cosas a su estado original (Ospina & Ospina, 1994).

Lo esencial es saber que, habida cuenta que se trata de contratos sinalagmáticos, y las más de las veces de ejecución sucesiva, la decisión del juez en este sentido sólo puede tener efectos hacia el futuro, de suerte que las prestaciones que han sido cumplidas en ejecución del contrato no deberán ser deshechas o devueltas toda vez que resulte imposible poner a las partes en idéntica situación a aquella existente al momento de contratar. (2005, p. 145)

B) Sobre el contratista afectado: La determinación que tome el juez o el Tribunal de Arbitraje deberá estar dirigida a proteger, en primera instancia, el contrato y las prerrogativas derivadas de éste en favor de ambas partes. Sin embargo, la figura en sí misma está diseñada para salvaguardar a la parte contractual que se ve afectada por la excesiva onerosidad sobreviniente. Ahora bien, a partir de la configuración de los demás requisitos exigidos para la aplicación de esta institución, es menester que el contratista perjudicado haya perseverado en el cumplimiento de sus obligaciones (es decir, que no las haya suspendido en razón del acontecimiento extraño e imprevisible) para que pueda predicarse en su favor la existencia de un derecho remuneratorio.

Aunque existen algunas controversias sobre el carácter de este derecho, posiciones doctrinales como las de Miguel Bercaitz, Héctor Escola, Gastón Jeze (Fandiño, 2014) han establecido que “El Estado no está obligado a indemnizar plenamente al contratista” y que “el deber derivado de la teoría de la imprevisión a cargo del Estado es una «obligación compensatoria»” (p. 161). Consideramos que esta postura es correcta, debido a que no se puede hablar, en estricto sentido, de “indemnización”. En efecto, ante la ausencia de imputabilidad por la generación de un acontecimiento

imprevisible y ajeno a las partes, el perjuicio causado en la persona del contratista no puede ser reprochado a título de responsabilidad a ningún ente. De modo que su sacrificio económico, en aras a la satisfacción de las prestaciones asumidas frente a la Administración, debe ser reconocido a manera de compensación pecuniaria; en otras palabras, el contratista tiene derecho a que se le paguen los valores extraordinarios (y no previstos en el contrato) en los que incurrió para cumplir su obligación. Reforzando esta idea, se trae a colación un pronunciamiento del Consejo de Estado que señala:

La teoría de la imprevisión no justifica la inejecución del contrato, se aplica cuando el contrato se ha ejecutado con la alteración de su ecuación económica y da derecho a que el contratista obtenga el restablecimiento mediante la compensación correspondiente. (Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de septiembre de 2003. C. P.: Ricardo Hoyos Duque. Exp. 14.781)

De esta manera, han quedado explicados los efectos de la teoría de la imprevisión que, como se puede ver, está destinada a contrarrestar los efectos nocivos de las contingencias⁴⁷ sobre las relaciones contractuales de la Administración atendiendo, sobre todo, a la conservación de las mismas.

3.3. La teoría de la imprevisión frente a otras formas de ruptura del equilibrio económico del contrato: ius variandi y el hecho del príncipe.

⁴⁷ Montoya: "Se puede apreciar cómodamente, en particular para países en vías de desarrollo, que la teoría de la imprevisión no es más que un instrumento indispensable para minimizar el impacto de los vaivenes de la economía" (2005, p. 146).

La doctrina y la jurisprudencia han identificado otros factores que pueden desencadenar la ruptura de la ecuación financiera del contrato. En cuanto a la teoría de la imprevisión, ésta resulta aplicable cuando los factores desequilibrantes se deben a causas extrañas y ajenas a las partes. En contraste, los fenómenos que se verán a continuación rompen el equilibrio contractual debido a causas imputables a acciones de la Administración, ya sea como contratante (*Ius variandi*) o bien obrando como Autoridad o Estado⁴⁸ (Hecho del príncipe) (Rocher R. , 1991).

Con todo, hay algunas sencillas similitudes entre ellas: la generación de estos factores siempre debe acaecer *durante la ejecución* de las obligaciones contractuales, y su carácter debe ser *imprevisible* (Marmolejo, 2016). Igualmente, todas ellas exigen de la Administración contratante el deber de restaurar el balance financiero y de pagar al contratista los perjuicios causados (a título compensatorio, en el caso de la imprevisión; a título indemnizatorio, por el *Ius variandi* o el hecho del príncipe).

IUS VARIANDI	HECHO DEL PRÍNCIPE:
Por causas imputables a la Administración, en calidad de CONTRATANTE , cuando:	Por causas imputables a la Administración, en calidad de ESTADO/AUTORIDAD , cuando:

⁴⁸ El Consejo de Estado ha dicho que cuando es una ley, emanada de la Nación, o del Congreso, la que afecta el equilibrio económico del contrato, se aplica la teoría de la imprevisión. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de 2007. C. P.: Enrique Gil Botero). En tales casos, la misma corporación ha admitido "la responsabilidad por acto legislativo", en los casos en que se presente un perjuicio al contratista que sea "especial con fundamento en la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas". Para su configuración, se exige además que "La expedición de la norma debe ser razonablemente imprevista para las partes del contrato; debe tratarse de un hecho nuevo para los cocontratantes, que por esta circunstancia no fue tenido en cuenta al momento de su celebración" (Consejo de Estado, Sentencia del 4 de febrero de 2010).

- en virtud de sus poderes exorbitantes, introduce “unilateralmente modificaciones al objeto de contrato estatal, para atender las necesidades de la comunidad que sobrevengan a su celebración”. - Cuando el contratista sufre un desmedro patrimonial, se rompe el equilibrio contractual, por lo cual se debe “conjuguar el principio de la mutabilidad del contrato estatal con el principio de la intangibilidad de la remuneración del contratista, para hacer prevalecer la equivalencia económica de las cargas contractuales”. - El Estado, como contratante, tiene la facultad excepcional de “alterar el alcance de las obligaciones a cargo de cada cocontratante, siempre que compense económicamente todo evento que genere variaciones y que pueda	- En virtud de sus atribuciones legales y constitucionales, como autoridad pública, profiere un acto de carácter GENERAL Y ABSTRACTO (ley o acto administrativo), cuya vigencia: - No modifica ni pretenden modificar directamente el objeto del contrato: “inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste” (Marienhoff, 1998, p. 469, cit. Aponte & Gamarra, 2011, p. 427). - La medida afecta el contrato por “vía refleja”, es decir, son “decisiones adoptadas por alguna esfera oficial que no tienen por objeto el contrato mismo, sino que se refieren de manera general, abstracta, dirigida a toda la población o parte de ella.” (Procuraduría Quinta Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Concepto No. 013 – 06- del 28 de febrero de 2006) - El acto general y abstracto produce “un mayor gasto o afecta las utilidades de un determinado contrato en la medida en que
--	--

afectar la remuneración del contratista particular”. La fuerza obligatoria del contrato también somete a la Administración. (Laudo arbitral del 11 de diciembre de 2001, para resolver las diferencias entre el Consorcio Constructora Norberto Odebrecht – Conciviles y Ferrovías, cit. Silva, 2007) - Los cambios son introducidos a través de la expedición de actos de contenido PARTICULAR "en ejercicio de las potestades de dirección y control incorporando cambios en forma unilateral en las prestaciones a cargo del contratista". (Fandiño, 2014, p. 154) - “Cuando introduce modificaciones unilaterales por fuera de los parámetros legales y en clara violación a la bilateralidad de la relación, que afectan el equilibrio	implica una nueva erogación o una disminución de la utilidad que se previó en la elaboración de la oferta. (Procuraduría Quinta Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Concepto No. 013 – 06- del 28 de febrero de 2006). - “Produce un perjuicio real, cierto, directo y especial al contratista”. (Tribunal de Arbitramento de Cables de Energía y de Telecomunicaciones, laudo de 30 de septiembre de 1996) "No es concebible que un individuo en especial, a través del cumplimiento de un contrato administrativo sufra el detrimento en su patrimonio obedeciendo esto a razones de interés público". (Consejo de Estado, Sentencia de 27 de marzo de 1992). - Sobreviene durante la ejecución del contrato administrativo (Consejo de Estado, Sentencia de 27 de marzo de 1992).
--	---

correspondiente” (Santofimio, 2009, p. 50). - Como la Administración “no cumple en la forma debida con las obligaciones derivadas del contrato”, a causa de su “comportamiento se deriva la responsabilidad para la administración” (Jiménez, 2009): “la responsabilidad contractual del Estado presupone una norma específica relacionada con el contrato administrativo en cuestión” (Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 09 de mayo de 1996. C. P.: Daniel Suárez Hernández. Exp. 10151). - Aponte y Gamarra (2011), lo definen como “un evento típico de desequilibrio financiero del contrato,” presente “cuando un acto particular y	- De álea extraordinario razonablemente imprevisible, al momento de celebración del contrato (Aponte & Gamarra, 2011); cuyas consecuencias son visibles con posterioridad a su conclusión (Rodríguez, 2011) - Afecta de manera anormal y extraordinaria la ecuación financiera del contrato. La medida administrativa altera o trastorna el contenido del contrato, o repercute sobre alguna circunstancia "esencial, determinante en la contratación, y que en ese sentido fue decisiva para el cocontratante” (Consejo de Estado, Sent. 4028, de 29 de mayo 2003). - La carga de la prueba sobre la ruptura del equilibrio económico del contrato corresponde al contratista, y “la acción a interponer corresponde a la acción contractual” (Aponte & Gamarra, 2011, p. 434).
--	---

concreto proferido por la administración contratante, modifica o interpreta el contrato en forma legítima, pero produce la alteración de la ecuación financiera del contrato, en perjuicio del contratista” (p. 433) - Agregan que el Consejo de Estado ha acudido a "principios constitucionales" como "la buena fe y principio de la equidad al establecer que las facultades exorbitantes de la administración en la interpretación unilateral del contrato no pueden conllevar a adoptar medidas frente al contratista que se salgan del campo de la realidad" (Aponte & Gamarra, 2011).	- Cuando se invoca el hecho del príncipe, “no es necesario demandar la nulidad del acto o ley de contenido general y abstracto que rompió el equilibrio económico del contrato. No hay que demostrar la ilegalidad del acto (Consejo de Estado, Sentencia del 5 de mayo de 2005). - Algunos pronunciamientos del Consejo de Estado y fallos arbitrales han afirmado que, en virtud del <i>principio de imputabilidad</i>, el acto general y abstracto que rompe el equilibrio económico del contrato debe emanar de la misma entidad contratante: "se configura cuando la resolución o disposición lesiva del derecho del cocontratante emana de la misma autoridad pública que celebró el contrato, lo cual permite afirmar que constituye un caso de responsabilidad contractual de la administración sin culpa” (Consejo de
--	---

	Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de 2007. C. P.: Enrique Gil Botero). “(...) demostrado el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, como consecuencia de un acto imputable a la entidad contratante, surge para ésta la obligación de indemnizar todos los perjuicios derivados del mismo.” (Consejo de Estado, Sentencia del 4 de febrero de 2010). [Para que una circunstancia puede ser calificada bajo la teoría del hecho del príncipe] “ha de estar referida en todo caso a una decisión o conducta que pueda ser jurídicamente atribuible (...) imputable a la misma autoridad pública que celebró el contrato” (Fallo arbitral del 30 de septiembre de 1996, proceso de Centelsa vs. EEB, Árbitros Antonio José de Irisarri, David Luna Visbal y Jaime Paredes Tamayo, cit. Silva, 2007, p. 45).
--	--

Tabla 3.

Fuente: Construcción propia a partir de los autores citados en la tabla.

De este modo, quedan expuestas las características que distinguen a la Teoría de la Imprevisión frente a otros fenómenos que generan también la ruptura del equilibrio económico de los contratos estatales. Enseguida, se expondrá una propuesta de aplicación de la Teoría de la Imprevisión a partir de los criterios establecidos, de manera reiterada, por el Consejo de Estado a través de sus pronunciamientos.

4. UNA PROPUESTA APLICATIVA DESDE EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL: UNIFICANDO CRITERIOS.

El Consejo de Estado colombiano, de conformidad con las novedosas teorías de derecho público y de contratación estatal surgidas en Europa durante el siglo XX, acogió diversas posturas para la resolución de las controversias contractuales que debía dirimir. Particularmente, en lo que toca al equilibrio económico de los contratos, y la explicación de su ruptura a través del fenómeno de “la Teoría de la Imprevisión”, el Consejo de Estado se ha pronunciado en sendas ocasiones, intentando perfilar una suerte de criterios (que, a su juicio, deben cumplirse a rajatabla) para discutir, caso a caso, la existencia o no de una eventual alteración de la ecuación financiera del contrato; y además, si en tales casos, la susodicha alteración se produjo a raíz de un evento imprevisible y ajeno a las partes del contrato.

Así pues, los criterios jurídicos y fácticos que sobresalen de aquel largo precedente, se analizarán uno a uno, enseguida:

4.1. La ruptura del equilibrio económico del contrato “se da por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación”.

Si se hace referencia a la teoría de la imprevisión, como fenómeno causante de la ruptura de la ecuación financiera, es porque un evento exógeno, es decir, ajeno a la voluntad de alguna de las partes, causó la alteración de las condiciones contractuales; “en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato”. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia de 30 de mayo de 2019. C. P.: Carlos Alberto Zambrano. Exp. 43631). En esta misma ocasión, el Consejo de Estado señaló que:

[L]a ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes (...) En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso (...). (Consejo de Estado, Sala de lo

Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia de 30 de mayo de 2019, C. P.: Carlos Alberto Zambrano, Exp. 43631)

Precisamente, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo define la teoría de la imprevisión como aquella que “se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del contrato en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de febrero del 2004, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar, Exp. 14043).

4.2. La naturaleza imprevisible del acontecimiento.

Al hablar de la previsibilidad de un evento o circunstancia, se concluyó que ésta depende de que las partes, o una de ellas, puedan incurrir en un margen de costos razonable que le permitan prever la generación o no de un hecho determinado. Sin lugar a dudas, éste es el punto más complejo de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión en la práctica, puesto que el Consejo de Estado exige el máximo rigor probatorio para acreditar la configuración de un hecho *absolutamente* imprevisible, o cuyas consecuencias estén marcadas por el mismo carácter.

Para ilustrar este punto, es posible hacer mención a un caso en el cual el contratista argumentaba la *imprevisibilidad* de un suceso que le impedía ejecutar de manera correcta su obligación: las torrenciales lluvias en el departamento donde debían llevarse a cabo sus prestaciones. Al respecto, el Consejo de Estado negó dicha pretensión sobre la base de que

(...) las condiciones climáticas de la zona eran conocidas por el contratista desde el momento de la presentación de su propuesta y de la suscripción misma del contrato, máxime que es bien sabido dado que es un hecho notorio que el departamento del Chocó es una de las zonas más lluviosas del planeta; circunstancias que llevaron a que se efectuaran dos suspensiones del contrato. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia de 16 de mayo de 2019, C. P.: Carlos Alberto Zambrano, Exp. 43306)

A partir de lo anterior, se destaca el carácter *excepcional y extraordinario* que debe comportar el evento imprevisible (en oposición a un *hecho notorio*), así como su naturaleza *razonablemente imprevisible en términos económicos*. Precisamente, las condiciones climáticas de una región, que mantienen un patrón de continuidad en el tiempo, y cuyas características especiales son fácilmente perceptibles -y en consecuencia, previsibles-, son difícilmente aceptadas como *hechos imprevisibles y extraordinarios*. En contraste, ante una situación previsible que no haya sido advertida en el contrato, la parte que podía preverla a un costo razonable asume el riesgo de su aparición pues, según el Consejo de Estado: “si el hecho era razonablemente previsible, no procede la aplicación de la teoría [de la imprevisión] toda vez que estaríamos en presencia de un hecho imputable a la impericia, negligencia o falta de diligencia de las partes contratantes”, y en tal caso “se hace improcedente su invocación para pedir compensación alguna, toda vez que a nadie le es dable alegar su propia culpa en beneficio propio” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

Tercera, Sentencia de 26 de febrero del 2004, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar, Exp. 14043).

En síntesis, el evento acaecido debe ser “excepcional, ajeno a las partes, no ha debido entrar en las previsiones normales que tuvieron en cuenta al celebrar el contrato”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 1989, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 5426). Igualmente, en Sentencia del 29 de mayo de 2003, el Consejo de Estado sintetiza los presupuestos que, a su juicio, estructuran la teoría de la imprevisión con relación a la circunstancia acontecida: existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato, y que no fuese razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de mayo de 2003, C.P.: Ricardo Hoyos Duque, Exp. 14577). Otros rasgos sobre el hecho acontecido, se describen a continuación:

- a) Exógeno: Externo a la voluntad de las partes. “no es dable aplicar la teoría de la imprevisión cuando el hecho proviene de la entidad contratante, pues esta es una de las condiciones que la diferencian del hecho del príncipe, que es imputable a la entidad” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de febrero del 2004, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar, Exp. 14043). Para que el contrato sea objeto de revisión, no sólo debe probarse la alteración de la ecuación financiera, “sino que también es necesario que éste no se origine en causas atribuibles a la parte que lo invoca, es decir, que el acontecimiento le sea ajeno e imprevisible al momento de celebrarse el contrato”,

y de esa manera se pueda lograr “un reajuste por la alteración de las bases del contrato, en los términos del artículo 868 del Código de Comercio” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia de 16 de mayo de 2019, C. P.: Carlos Alberto Zambrano, Exp. 43306).

- b) Extraordinario: anormal, fuera del álea ordinario que debe asumir todo contratista; “el hecho excede los cálculos que las partes pudieron hacer al contratar y que incluyen, normalmente, el álea común a toda negociación, que el cocontratante particular está obligado a tomar a su cargo” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera (B), Sentencia del 28 de junio de 2012, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 21990).

4.3. La alteración extraordinaria y anormal de la ecuación financiera del contrato.

El suceso debe revestir tal gravedad, e infligir un daño de tal magnitud capaz de alterar “en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato”. En otras palabras, “es preciso que existan cargas excepcionales, imprevisibles, que alteren la economía del contrato” y que superen “el límite extremo de los aumentos que las partes habían podido prever. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de mayo de 2003, C.P.: Ricardo Hoyos Duque, Exp. 14577)

4.4. Ruptura generadora de una excesiva onerosidad sobre una de las partes (contratista) y la continuación de la ejecución del contrato por parte del contratista.

Sobre este punto, el Consejo de Estado ha exigido que la prestación debida por el contratista afectado se torne exageradamente gravosa, costosa, al punto de generarle un desmedro patrimonial tan agudo que lo ubique en una situación económica insostenible:

(...) La onerosidad debe ser excesiva, lo que implica que, ante cualquier dificultad en la ejecución, una parte no pueda pretender, con éxito, el restablecimiento del equilibrio económico, pues, además de los requisitos de imprevisibilidad, de presentarse una situación sobrevenida, no imputabilidad a la parte que la reclama, debe producirse y acreditarse una excesiva onerosidad en la ejecución contractual (...) Es indispensable un desequilibrio prestacional cierto, grave, esencial, fundamental, mayúsculo, enorme o significativo, y no cualquiera, a punto de generar excesiva onerosidad transitoria o permanente de la prestación futura (...) suscitad[o] por los acontecimientos sobrevenidos, imprevistos e imprevisibles, con los cuales debe tener una relación indisociable de causa a efecto. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera (B), Sentencia del 05 de agosto de 2019, C. P.: Alberto Montaña Plata, Exp. 36839)

Debe de tenerse de presente que, a pesar de las dificultades ocasionadas por el suceso imprevisible, el contrato debe seguirse ejecutando, y las prestaciones deben estar en vía de cumplimiento, por parte del contratista.

En tal sentido, la ocurrencia del hecho o evento imprevisible y extraordinario no debe ser óbice para dar continuidad⁴⁹ a la ejecución del contrato pues, “Si el cumplimiento del contrato para el contratista se hace más oneroso por situaciones imprevistas, éste no se exonera de cumplir, pero puede pedir a la administración de la revisión del contrato en sus términos financieros”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 1989, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 5426). Reiteradamente, el Consejo de Estado ha indicado que (...) “en este caso de la imprevisión, el contratista no está relevado de su obligación de cumplir y debe ejecutar las obligaciones a su cargo, así ellas sean más gravosas de lo inicialmente pactado” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera (B), Sentencia del 31 de enero de 2019, C. P.: María Adriana Marín, Exp. 37910)

4.4.1. Las prestaciones deben *poder* ejecutarse, aunque con mayores dificultades.

Que no sea imposible cumplir la obligación, a pesar de la evidente dificultad que representa (por ser más costosa, más dilatada, o técnicamente más compleja), es fundamental para la aplicación de esta figura. En contraste, si el evento acaecido imposibilita de manera absoluta la ejecución de la prestación debida, se entra en el

⁴⁹ En caso de que se haya suspendido la ejecución de las obligaciones, éstas deben ser retomadas inmediatamente, para no incurrir en incumplimiento contractual y “darle a la administración justificación para la terminación del contrato. (...) al reiniciar la ejecución se le abría la puerta para la revisión de los términos del mismo”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de abril de 1991, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 6102).

terreno de la fuerza mayor y, en consecuencia, de la exoneración en el cumplimiento del contrato:

[Si] circunstancias sobrevinientes e imprevistas están haciendo seriamente oneroso el cumplimiento de las obligaciones emanadas del mismo, hasta el punto de que pongan de presente el rompimiento de la ecuación financiera del contrato, [el contratista] debe estar cumpliendo, en principio, lo de su cargo, porque las circunstancias anotadas, que hacen posible esa revisión y el restablecimiento del equilibrio del contrato, son aquellas que, por regla general, hacen más gravosa su ejecución y no las que la hacen imposible. Si así lo fuera, la revisión por causas imprevistas se confundiría con la fuerza mayor (...). (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de abril de 1991, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 6102)

Más recientemente, el Consejo de Estado insistió en este aspecto, indicando que:

[S]i se torna imposible la ejecución del contrato, estaríamos frente a un evento de fuerza mayor, causal de justificación del incumplimiento contractual que, por ende, releva al contratista de la obligación de ejecutar las prestaciones a su cargo, sin derecho a reclamación económica alguna; (...) En estos casos, el contratista está obligado a ejecutar el contrato a pesar del hecho imprevisto, para obtener el derecho a que se restablezca la ecuación contractual, como dice la ley, a un punto de no pérdida. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera (B), Sentencia del 31 de enero de 2019, C. P.: María Adriana Marín, Exp. 37910)

4.4.2. El carácter compensatorio del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, por parte de la Administración.

Desde sus inicios, el máximo tribunal de lo contencioso advirtió que “el derecho del contratista se limita entonces a lograr de la administración una ayuda parcial que equilibre el quebranto económico causado por dichas circunstancias”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 1989, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 5426).

En efecto, el precedente jurisprudencial de esta corporación determinó el carácter meramente compensatorio que persigue la Teoría de la Imprevisión, al procurar restablecer el equilibrio económico que ha sido alterado por una situación imprevista y ajena a las partes. Así pues, esta apreciación puede deducirse de varios de sus pronunciamientos: “la teoría de imprevisión no cubre ni asegura ganancias, sólo es una ayuda en las pérdidas” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (B), Sentencia del 27 de junio de 1991, C.P.: Julio Cesar Uribe, Exp. 3600); “surge el deber de compensar al cocontratante afectado el desmedro sufrido (...) sólo nace el deber legal de llevar al contratista a un punto de no pérdida, no surge la obligación de reparar la integridad de los perjuicios” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de febrero del 2004, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar, Exp. 14043); y más recientemente se estableció la

obligación de la Administración de acudir en ayuda⁵⁰ del contratista mediante la asunción de los mayores costos en los que aquel tuvo que incurrir, en los siguientes términos:

(...) la parte afectada tendrá derecho únicamente al reconocimiento de los mayores costos en que haya tenido que incurrir por causa de esos hechos imprevistos, por cuanto el evento extraordinario que afecta de manera grave la ecuación contractual, es ajeno a las dos partes, es decir, que no le es atribuible ni al contratista afectado, ni a la Administración contratante, quien por lo tanto, también es sorprendida por ese hecho inesperado y también resulta afectada, en la medida en que se ve amenazada la correcta ejecución del contrato (Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera (B), Sentencia del 31 de enero de 2019. C. P.: María Adriana Marín, Exp. 37910)

4.4.3. La carga de la prueba corresponde al contratista.

El tribunal ya mencionado ha indicado que sólo cuando el contratista ha logrado demostrar “(...) la ocurrencia del hecho imprevisible, posterior a la celebración del contrato, determinante del rompimiento anormal y extraordinario de la economía del contrato, surge el deber de compensar al cocontratante afectado el desmedro sufrido” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia

⁵⁰ Mediante sentencia del 28 de junio de 2012, el Consejo de Estado realizó esta acotación sobre el carácter compensatorio de la teoría de la imprevisión, para distinguirlo del carácter indemnizatorio (de reparación integral) que ostentan figuras como el *Ius Variandi* o el Hecho del Príncipe. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera (B), Sentencia del 28 de junio de 2012, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 21990).

de 26 de febrero del 2004, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar, Exp. 14043). No obstante, la mayor parte de las acciones contractuales incoadas por contratistas que pretenden que se declare la presencia de un evento imprevisible y ajeno, dentro de la Teoría de la Imprevisión, son infructuosas debido a sus carencias probatorias:

- a) De la naturaleza imprevisible del evento: cuando se trata de acreditar la existencia de una circunstancia imprevisible, los medios probatorios son insuficientes o carecen de pertinencia y conducencia. Por ello, el Consejo de Estado desestima su valor como sostén de las pretensiones elevadas por la parte actora. Véase, por ejemplo, en un proceso en el que se solicitaba la aplicación de la teoría de la imprevisión a la luz del aumento de los precios de unos productos que debían ser adquiridos para su posterior venta:

No se demuestra: 1) que el alza de los precios no haya podido preverse (...) No se demostró la imprevisibilidad de las circunstancias aducidas, pues, por el contrario, varias de ellas son normales en los negocios [dado] el ritmo inflacionario creciente de nuestra economía y las cambiantes decisiones gubernamentales en el manejo económico (...) No debe olvidarse tampoco que a la parte actora le incumbía la prueba de las circunstancias anormales imprevistas y que poco hizo para lograrlo". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 1989, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 5426)

También le corresponde al contratista la prueba de la ruptura del equilibrio económico del contrato: (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

tercera, Sentencia de 30 de mayo de 2019, C. P.: Carlos Alberto Zambrano, Exp. 43631).

- b) De la carga excesiva sobrevenida: No logran comprobar la excesiva onerosidad, el álea extraordinario de carácter natural o económico que afecta el cumplimiento de la prestación: “no se demostró que hubiesen superado el alea normal del contrato, pues la mayoría de las circunstancias alegadas se presentan regularmente en los contratos. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 1989, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 5426).
- c) Del perjuicio extraordinario: sobre el particular, el Consejo de Estado ha sugerido que “(...) Lo primero que debe hacer el contratante es (...) probar que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera”, en el sentido de una afectación pecuniaria⁵¹ a su patrimonio actual. Como resultado, “la falta de ganancia, el *lucrum cessans*, nunca se toma en consideración. Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de mayo de 2003, C.P.: Ricardo Hoyos Duque, Exp. 14577).

Para comprender mejor el concepto de déficit económico como perjuicio extraordinario, se trae a colación lo expresado por esta corporación en sentencia del 05 de agosto de 2019, que la define como “(...) una desproporción grande con su incremento

⁵¹ “Por tanto, lo que se deja de ganar no es nunca un álea extraordinario; es siempre un álea normal que debe permanecer a cargo del contratante” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de mayo de 2003, C.P.: Ricardo Hoyos Duque, Exp. 14577).

desmesurado o sensible disminución de la contraprestación, ya una pérdida patrimonial, por reducción del activo, ora de la utilidad esperada, bien por aumento del pasivo (...)” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera (B), Sentencia del 05 de agosto de 2019, C. P.: Alberto Montaña Plata, Exp. 36839). Precisamente, los gastos adicionales sufragados por el contratista, a expensas del contratante, que tienen lugar por la ocurrencia del evento imprevisible, y que le generan un verdadero deterioro patrimonial, son aquellos que no logran ser acreditados al interior de la controversia judicial como un *álea extraordinario, anormal e injustificado*: “no se probó cuales pérdidas sufridas por el contratista debían ser cubiertas por la administración para que el álea del contrato pasara de un límite extraordinario o anormal, a un límite normal o común” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (B), Sentencia del 27 de junio de 1991, C.P.: Julio Cesar Uribe, Exp. 3600).

- d) De la ocurrencia del acontecimiento con posterioridad a la celebración del contrato:
- Los accionantes fallan al intentar probar que el evento tuvo lugar, en términos cronológicos, con posterioridad a la conclusión del contrato estatal:

No está demostrado que esas circunstancias alegadas se hubiesen presentado precisamente con posterioridad a la celebración del contrato o que por lo menos hubiesen tenido un exagerado pronunciamiento a partir de ese momento (...) Así mismo no probó que esas circunstancias fueron sobrevinientes o posteriores a la celebración del contrato y que fueran de tal magnitud que rompieran en determinada proporción el equilibrio financiero del

mismo”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 1989, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 5426).

4..4.4. La persistencia en la ejecución de los contratos administrativos.

La finalidad de la teoría de la imprevisión, como se ha reiterado en distintas ocasiones, tiene que ver con la supervivencia del contrato mismo pues, como bien advierte el Consejo de Estado, “Todo contrato de la administración se celebra para ser cumplido, porque con ellos está comprometida la satisfacción de un servicio público o de una necesidad igualmente pública”, y para ello “la administración debe estar atenta a propiciar su adecuado cumplimiento y está dotada de los mecanismos coercitivos para lograrlo” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 1989, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 5426). Adicionalmente, este tribunal razona:

Por su lado, el contratista que aspira a obtener un beneficio se constituye por esa vía en un colaborador suyo y mientras la administración contrata sin un afán de lucro o con fines superiores de interés general, el contratista lo hace para obtener un beneficio razonable, particular y concreto. Si circunstancias extraordinarias e imprevistas entorpecen la obtención de ese beneficio porque hacen más oneroso el cumplimiento de la obligación, el contratista no se exonera de cumplir (el interés general impone ese cumplimiento) pero sí puede pedir a la administración la revisión del contrato en sus términos económicos.

De no aceptarse esta solución se rompería el principio de igualdad frente a las cargas públicas. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 1989, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 5426).

Por esta razón, *la ayuda* que la Administración suministra al contratista no solo busca compensar sus gastos excesivos, sino perseverar en el contrato, “porque con ello, se busca precisamente, que el servicio o actividad estatal para el cual se celebró el respectivo contrato, no se vea paralizado o afectado y que pueda llevarse a buen término la ejecución del objeto contractual” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera (B), Sentencia del 31 de enero de 2019, C. P.: María Adriana Marín. 37910).

4.4.5. La satisfacción del interés público no puede diluir los derechos patrimoniales del contratista.

Ahora bien, ante un incumplimiento de la entidad contratante, o ante la ejecución excesivamente onerosa del contrato en perjuicio del contratista, la Administración no puede verse injustificadamente favorecida, no sólo al percibir el beneficio (la utilidad social) del contrato cumplido, sino también al eludir el pago de las compensaciones respectivas al contratista. En vista de ello, se ha consagrado el deber de resarcir al contratista cuando se le ocasiona un perjuicio derivado de la ruptura del equilibrio económico: “[No puede la entidad contratante], para satisfacer el interés público que debía salvaguardar la administración, sacrificar los derechos del cocontratante sin

contraprestación alguna” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia del 18 de junio de 1979, C. P.: Osvaldo Abello Noguera).

4.4.6. Para la discusión ¿puede limitarse la intervención del juez? ¿en qué medida?

Para terminar, vale la pena dar una última y rápida mirada al papel que desempeña el juez al momento de emplear la Teoría de la Imprevisión en un caso concreto. Anteriormente, se establecieron los criterios unificados que el Consejo de Estado ha utilizado para la valoración jurisprudencial del fenómeno de la Teoría de la Imprevisión a lo largo de los últimos 40 años⁵². Con todo, este punto es útil para debatir acerca del rol que desempeña el juzgador en la resolución de las controversias contractuales. Es necesario recalcar que el fundamento de la participación del juez no solamente tiene que ver con la dialéctica entre los intereses de la Administración y los propios del contratista; en esta disputa, subyace un discurso jurídico más profundo y de mayor raigambre en comparación al que se avizora en un primer y superficial momento. Se podría, por ejemplo, hacer referencia a la creación judicial del derecho por parte de los tribunales; se podría hablar sobre el debate entre formalistas y antiformalistas alrededor de la tensión entre sustancia y formas; e incluso, se puede calar más hondo todavía y llegar a la vieja -y al parecer, eterna- tensión entre iuspositivismo e iusnaturalismo. Pero aquí, se hará

⁵² Efectivamente, para la realización de la propuesta aplicativa a partir del estudio de la jurisprudencia contenciosa administrativa, se analizaron pronunciamientos que datan del año 1979 hasta el presente.

alusión a un factor ya transcrito antes: el rol del juez frente al choque principialista *pacta sunt servanda* vs *rebus sic stantibus*.

Quienes sostienen que la revisión del contrato por parte del juez es fundamental para evitar injusticias en la ejecución del contrato, se basan en sólidos argumentos cuyo núcleo principal está vinculado al respeto y observancia de la equidad y la buena fe contractual. Quienes refutan esta posición, también sostenidos en premisas válidas, señalan que la revisión del contrato por el juez es una inoportuna y lamentable intervención de un tercero ajeno al negocio jurídico, atentatoria de la libertad contractual de las partes. En esta ocasión, se quisiera acoger una postura intermedia que recoja lo más valioso de ambos extremos y que conjure la susodicha tensión.

En efecto, la intervención del juez en las controversias contractuales que involucran al Estado y a un particular es de indudable trascendencia. Ello, porque el juzgador emerge como un garante de los derechos y garantías de ambas partes, y sólo él puede analizar las implicaciones y pormenores del contrato desde una óptica libre de sesgos, es decir, imparcial. Así pues, el juez desempeña acá su principal labor por antonomasia: el de juzgar desde un plano de igualdad material.

Sin embargo, la capacidad de juicio del juez atiende, las más de las veces, y casi siempre con más precisión, a tecnicismos jurídicos. En otras palabras, el juez es intérprete de las normas -en general, de todo un sistema jurídico-, y un analista de los supuestos fácticos. Aunque los jueces son personas ampliamente preparadas, e indudablemente avezadas en lo que a su labor respecta, ciertamente hay áreas del conocimiento que huyen de su alcance intelectual. De lo anterior, da constancia Bullard (1993) al decir que las Cortes tienen sendas dificultades para reajustar “adecuadamente

el valor de las prestaciones o contraprestaciones, para reflejar perfectamente el cambio en la estructura de costos”; en síntesis, pues, los tribunales no están avezados “en el cálculo de costos de producción” (p. 89). En este mismo sentido, Montoya (2005) señala que, siendo el juez quien finalmente debe decidir cuáles serán las medidas tendientes a restaurar la ecuación financiera del contrato, éste, en muchos casos, “estará confrontado a problemas técnicos muy variados según la materia sobre la que verse el contrato y la especificidad de las condiciones profesionales de las partes” (p. 143).

Claro. Ante la obvia objeción de que los jueces cuentan con herramientas como el dictamen pericial, un instrumento técnico más preciso a la hora de decidir, se puede confrontar la postura asumida por el mismo Consejo de Estado con relación a los dictámenes periciales:

Frente a este particular se debe recordar que la prueba pericial tiene por objeto proporcionar al juez un mejor entendimiento sobre determinadas circunstancias que son ajenas a su formación jurídica, por ello, en ocasiones, recurre a expertos para tratar de dar respuesta a interrogantes que sirvan para dar fundamento a su decisión, y lo hace dado el conocimiento de algunos principios o prácticas especiales de determinada ciencia o arte, en los cuales son expertos conocedores los peritos. De manera entonces que, resulta de significativa importancia para construir la decisión judicial la labor auxiliar del juez que desempeña el perito.

[Sin embargo] en ocasiones, (...) en sede de apreciación del dictamen, el juez puede apartarse de él cuando no lo encuentre convincente, para lo que la jurisprudencia ha señalado: “que el dictamen pericial nunca

tiene, por sí mismo, una fuerza decisiva”. Al respecto, el juez es —autónomo al valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que el juez no está obligado a aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuere así, estos serían falladores. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 15 de abril de 2010, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 18014)

En resumen, la labor de los jueces para reajustar el equilibrio económico del contrato, a partir de conocimientos que no son necesariamente los suyos (en tanto son de otras ciencias o áreas del conocimiento) puede poner en tela de juicio la virtualidad funcional de la teoría de la imprevisión.

En segundo lugar, la teoría de la imprevisión representa una formidable excepción a un principio pilar de la relación autónoma entre los individuos, como es el *pacta sunt servanda*. De entrada, esta teoría plantea serios cuestionamientos a la rigidez de dicho principio, además de generar inseguridades sobre la fuerza vinculante del contenido contractual. Sobre este punto, Jacques Ghestin señala, desde Pierre Voirin y Georges Ripert, que “la fuerza obligatoria del contrato se justifica por la seguridad que ésta otorga, así como por la naturaleza del contrato que constituye un acto de previsión, «un dominio sobre el porvenir»” (2015, p. 80). Ahora bien, si la fuerza obligatoria del contrato se encuentra restringida a causa de la aplicación de la teoría de la imprevisión (por la revisión que el juez ejerce en aras a estabilizar el contrato desequilibrado), se vulneraría en un segundo momento con las medidas de reajuste que adopte el juez, las cuales directamente ya rompen los convenios alcanzados por las partes (y que podrían alcanzar

nuevamente, si fueran ellos mismos quienes pudiesen reajustar las condiciones del contrato). Por tal razón, la doctrina francesa⁵³ ha limitado (sobre todo en el campo privado) la intervención de los jueces:

(...) en dicho sentido, la ley de las partes debe imponerse también al juez cuya única misión es la de garantizar su aplicación (...) "el juez no dispone ni de los poderes ni de la competencia necesaria para realizar dichas decisiones (adaptar, por ejemplo, el contrato a las circunstancias económicas), y, asimismo, los procesos económicos parecen más aptos a realizar una justicia contractual masiva que si se aplicásemos la vía judicial" (Bruno Oppetit, op. cit. Ghestin, 2015, p. 81)

Sin embargo, esta postura, siendo moderada y modelada según las particularidades del régimen contractual público, puede ser de utilidad. De hecho, una actitud menos intrusiva del juez puede resultar óptima, en términos de celeridad y eficiencia en la solución de la controversia entre las mismas partes. Curiosamente, el Consejo de Estado hizo una breve alusión a esta idea (aunque limitando su aplicación a los contratos de obra pública, exclusivamente) en un pronunciamiento emitido hace varias décadas:

La teoría así introducida en los contratos de obra pública permite a las partes, ante una situación especialmente onerosa que rompa el equilibrio o la ecuación financiera del contrato (sin impedir su ejecución, se aclara) resolver

⁵³ Una consideración histórica apunta a que los franceses demostraron gran recelo en relación a las decisiones de su Parlamento en el Antiguo Régimen. En consecuencia, restaban crédito al poder de las leyes, e invocaban, sobre la base de un fuerte individualismo jurídico, la primacía de sus cláusulas convencionalmente pactadas. Así pues, el juez "no tiene el poder de interpretar las cláusulas ambiguas en las convenciones, e incluso, dentro de esta temática, el juez no debe entrar en contradicción con las bases esenciales y el espíritu general del contrato" (Louveau, op. Cit. Ghestin, 2015, p. 81).

el diferendo entre sí, mediante el expediente del contrato adicional y sin tener que acudir para el efecto, en todo caso, a la decisión de la justicia. Es un sistema bastante práctico y equitativo que busca mantener el equilibrio entre las obligaciones y deberes de las partes, de común acuerdo y sin injerencias ajenas que puedan entorpecer y demorar su solución oportuna. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia del 18 de junio de 1979, C. P.: Osvaldo Abello Noguera, Subrayado fuera del texto original)

De esta manera, el rol del juez consistiría en garantizar la ejecución de un contrato correctamente balanceado, en términos económicos, para las partes. En otras palabras, el juez podrá declarar la existencia de un desequilibrio contractual, impedir que éste se ejecute con tal falencia, y exhortar a las partes a encontrar fórmulas de arreglo⁵⁴ “tendientes a restablecer el equilibrio inicial del contrato, roto por el cambio de circunstancias” (Montoya, 2005, p. 144). En definitiva, bajo esta propuesta alternativa se mantiene vivo el principio *pacta sunt servanda*, mientras persiste la función del juez en la resolución de estas controversias, pues éste se limitará en principio a garantizar la ejecución del contrato, confirmando su fuerza obligatoria, *siempre y cuando* las condiciones óptimas para ello -y para ambas partes- perduren en el tiempo; o, si las circunstancias cambiasen, *siempre* que las partes hubiesen reestablecido el equilibrio contractual alterado. En palabras de Ghestin (2015), al referirse a la inmutabilidad del contrato:

⁵⁴ Montoya dirá que el juez puede ser, en ese contexto, un mediador que propone tales fórmulas, “o en el mejor de los casos, su papel como juez se limitaría a la constatación del cambio de circunstancias y a declararlo así, ordenando en seguida a las partes entrar en negociaciones” (2005, p. 144).

(...) si la regla según la cual las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe permite al juez sancionar el uso desleal de una prerrogativa contractual, dicho dispositivo no lo autoriza a alterar la substancia misma de los derechos y obligaciones legalmente convenidos por las partes. (p. 79)

De lo contrario, se estaría aceptando una intervención tan profunda del juez sobre la vida del contrato, que su decisión estaría creando una *ley particular* (el contrato tiene fuerza de ley para las partes) un acto contentivo de normas jurídicas vinculante para las partes (efectos inter partes), en manifestación de un comportamiento excesivamente intrusivo a la libertad contractual de ellas. En contraste, si son los mismos contratantes quienes, tras la declaración judicial de una situación imprevisible que altera el equilibrio económico del contrato, se sientan nuevamente a la discusión de nuevas cláusulas, es posible alcanzar resultados más eficaces y menos lesivos del pacta sunt servanda.

En suma, la propuesta aquí evocada busca una activa participación del juez para identificar y declarar que hay una ruptura del equilibrio financiero del contrato en aplicación de la teoría de la imprevisión (claro está, cuando se han cumplido todos los requisitos para su configuración). Luego, su actitud debe estar dirigida a motivar a las partes a que encuentren de común acuerdo fórmulas de arreglo que atiendan a sus intereses y necesidades.

5. CONCLUSIONES.

El estudio desarrollado a lo largo de estas líneas cumple un insospechado rol informativo, al dejar de relieve las complejidades actuales que rodean la aplicación de una figura jurídica, como lo es la Teoría de la Imprevisión, y sus vaivenes en el seno del principio del equilibrio económico de los contratos estatales. Desprender, entonces, el estudio de una institución del derecho público, del análisis de las realidades socio-políticas y económicas que convergen en la sociedad, resulta ser un absurdo que no constituye aporte alguno.

Por lo anterior, la investigación aquí esbozada partió de una lectura paralela entre los fenómenos sociales y su evolución histórica, y las instituciones e instrumentos jurídicos creados en tales circunstancias, así como su permanente devenir. Como quedó claro en el capítulo I de este escrito, el principio del equilibrio económico de los contratos se ha venido consolidando en los ordenamientos jurídicos, y particularmente en la legislación colombiana de derecho público, constituye un eje rector y una máxima orientadora de la labor contractual del Estado y sus colaboradores.

No obstante, el capítulo II de esta investigación resaltó que la incorporación de este principio en el ordenamiento colombiano no fue pacífica en sus comienzos. De hecho, la vigencia del *principio de riesgo y ventura*, así como la férrea defensa de la obligatoriedad de los contratos (*pacta sunt servanda*) por parte de jueces y juristas, conminó a los defensores del principio del equilibrio contractual y de la cláusula *rebus sic stantibus* a esperar la extensión de las novedosas tendencias en materia de contratos públicos que se desarrollarían en Europa hasta comienzos del Siglo XX, con las controversias judiciales suscitadas por los eventos de la Gran Guerra.

Aun así, Colombia debería esperar hasta el año 1964 para que una ley de la República, la Ley 4, dispusiera formalmente, aunque sólo de un modo incipiente e implícito, la figura de la revisión de precios a causa de una variación en los costos del contrato. A partir de allí, vendría una serie de leyes y normas jurídicas que contemplaban, cada vez de un modo más amplio y claro, la necesidad de preservar el equilibrio económico de los contratos estatales y la posibilidad de modificar algunas condiciones o cláusulas contractuales con el fin de preservar la ecuación financiera del negocio jurídico ante eventuales cambios sobrevinientes.

Finalmente, la evolución normativa alcanzaría el que -hasta ahora- sería su punto más alto, con la expedición de la Ley 80 de 1993 la cual dispone el derecho y el deber de las partes de mantener el equilibrio económico del contrato, y de restablecerlo mediante las herramientas necesarias cuando éste se hallare afectado. Así mismo, estableció las causales genéricas que darían lugar a un rompimiento del equilibrio financiero: el *ius variandi*, el *hecho del príncipe* y la *Teoría de la Imprevisión*. En síntesis, el equilibrio económico de los contratos estatales se constituía así en una máxima ordenadora de la gestión contractual del Estado, susceptible de tutela por vía judicial o a través de los tribunales de arbitramento, según quedó expuesto.

Como se mencionó anteriormente, la Ley 80 daría paso a la consolidación normativa en el campo contractual público, de la Teoría de la Imprevisión, la cual también se fortaleció a partir de los pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado y por la jurisprudencia arbitral. Sin embargo, también se hizo énfasis en la relación inescindible y fundamental que comporta esta institución de derecho público con el artículo 868 del Código de Comercio colombiano, y que da lugar a la posibilidad de *revisar*, *adaptar* los

contratos cuando éstos han sido afectados por la aparición u ocurrencia de un evento exógeno a las partes, extraordinario, que tiene la virtualidad de modificar las condiciones iniciales en las que se celebró el negocio jurídico.

A pié seguido, se señalaron las diversas y complejas condiciones exigidas por el sistema jurídico colombiano para declarar la configuración de la mencionada teoría. Estas condiciones, además, representan un desafío probatorio para el contratista que pretende alegarla, por lo que son escasas las sentencias y pocos los laudos arbitrales, en los que se ha patentado la conformación de la Teoría de la Imprevisión.

Por lo anterior, es indispensable recordar que, como se analizó durante la exposición llevada a cabo en este escrito, uno de los principales vacíos del régimen contractual público colombiano consiste en la ausencia de criterios unificados sobre la procedencia y aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

Así las cosas, el aporte de este trabajo consistió, primero, en la identificación de los criterios jurídicos, fácticos y probatorios que tienen en cuenta los tribunales contenciosos administrativos y los de arbitramento a la hora de aplicar o no la Teoría de la Imprevisión, y segundo, en la elaboración de una propuesta según la cual el juez debe limitarse a declarar la existencia de una alteración extraordinaria de la ecuación económica del contrato, y a exhortar a las partes a la búsqueda de fórmulas de arreglo tendientes a la corrección o adaptación del contrato.

Así pues, sobre el primer punto se condensan los siguientes criterios:

1. El acontecimiento o evento debe ser: *exógeno*, ajeno a la voluntad o intervención conductual de las partes; *extraordinario*, extraño, y fuera del álea normal de la

actividad del contratista; *razonablemente imprevisible*, es decir, fuera del campo de previsión razonable (en términos de los costos en que debe incurrirse para su anticipación), y no contemplado dentro de los riesgos probables o previsibles de la ejecución de las obligaciones; y ocurrido con *posterioridad a la celebración* del contrato público.

2. La ruptura de la ecuación financiera debe ser generadora de una excesiva onerosidad sobre una de las partes (contratista). Es decir, el hecho debe ser de tal magnitud que rompa todo equilibrio contractual, perjudicando injustificadamente el patrimonio del contratista y llevándolo a un punto de pérdida económica. Por este motivo, el desequilibrio debe ser corregido, restaurado por la administración.
3. Las obligaciones contractuales asumidas por el contratista afectado deben poder ser ejecutables y deben seguir siendo ejecutadas, aun cuando ello signifique para él la asunción de mayores costos. En otras palabras, se busca *la persistencia en la ejecución* de los contratos administrativos, pues si el suceso imprevisto imposibilita el cumplimiento de las prestaciones, ya no se estaría en presencia de la Teoría de la Imprevisión, sino de otras figuras como la fuerza mayor o el caso fortuito, dependiendo el caso.
4. El restablecimiento del equilibrio financiero del contrato que se busca a través de la figura de la Teoría de la Imprevisión ostenta un *carácter compensatorio* por parte de la Administración: en ningún momento se está presentando un daño imputable a la conducta de la Administración; por el contrario, se presenta una situación anormal no reprochable a ninguna de las partes. De ahí que la Administración únicamente deba restablecer el equilibrio económico del contrato, y no indemnizar al contratista, compensándolo económicamente hasta un punto de no pérdida.

5. La carga de la prueba corresponde al contratista, por cuanto es deber suyo demostrar que: se generó un evento que está alterando el equilibrio económico del contrato en perjuicio suyo, que éste le causa un grave daño patrimonial y que el mismo, además de ser imprevisible, sucedió con posterioridad a la celebración del contrato estatal.
6. La satisfacción del interés público no puede diluir los derechos patrimoniales del contratista pues, si bien es cierto que éste debe persistir en la ejecución del contrato público de tracto sucesivo, en ningún momento tal ejecución debe lesionar sus derechos patrimoniales. Así como la Administración al contratar tiene la finalidad de satisfacer el interés general, el contratista tiene la finalidad de obtener un rédito por la actividad que está prestando en favor de la primera, razón por la cual no se puede anteponer la utilidad social del contrato estatal por encima de los beneficios que persigue el contratista, y mucho menos si éste se vio inmerso en sacrificios económicos para desempeñar cabalmente sus obligaciones.

Cumplidos todos estos criterios, el juez entrará a determinar cuáles son las vías de solución posibles, buscando en primera instancia la supervivencia del contrato, para lo cual dispondrá de su revisión o modificación. En este caso, el juez ordenará a la Administración *compensar* económicamente al contratista afectado hasta un punto de no pérdida. Empero, ante la imposibilidad de ejercer modificaciones plausibles al contrato que sirvan al propósito de restaurar el equilibrio financiero alterado, el juez se verá obligado a declarar la terminación del contrato.

Ahora bien, como se dijo arriba, el segundo aporte de esta investigación esbozó una propuesta según la cual el juez debe limitarse a declarar la existencia de una

alteración extraordinaria de la ecuación económica del contrato, y a exhortar a las partes a la búsqueda de fórmulas de arreglo tendientes a la corrección o adaptación del contrato.

En efecto, vale la pena analizar el papel que las partes cumplen en el intento de corregir la alteración del contrato, proponiendo estrategias útiles y convenientes a sus mutuos intereses para la resolución del problema. Desde esta propuesta, se busca una activa participación del juez en la identificación y declaración de la ruptura del equilibrio financiero del contrato, mediante la aplicación de la teoría de la imprevisión (claro está, cuando se han cumplido todos los requisitos ya enumerados para su configuración). Luego, la motivación del juez debe estar dirigida a exhortar a las partes a que encuentren, de común acuerdo, fórmulas de arreglo que atiendan a sus intereses y necesidades.

Dicho de otro modo, primero, el juez declara la ruptura del equilibrio económico del contrato, y por lo tanto, la aplicación de la teoría de la imprevisión; luego, insta a las partes para que corrijan tal alteración; y finalmente, avala tal acuerdo si existe ánimo conciliatorio de las partes. Sólo en los casos en los que no exista una voluntad modificatoria de las partes el juez podrá, por medio de una sentencia judicial, corregir la ruptura del equilibrio financiero.

Esta propuesta se formula teniendo en cuenta que son los mismos involucrados en el negocio jurídico quienes tienen los conocimientos pertinentes sobre la materia que atañe al contrato; incluso, conocimientos que rebasan los alcances del operador judicial. Y se construye, finalmente, sobre el propósito de conciliar la -aparente- lucha irreconciliable entre el principio *pacta sunt servanda* y la cláusula *rebus sic stantibus*, garantizando en últimas, la protección de la autonomía privada de la voluntad de las partes y su libre capacidad de disposición y negociación contractual.

REFERENCIAS.

- Aarnio, A. (1990). La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*(8), 23-38.
- Agudelo, O. (2015). La enseñanza de los textos jurídicos en sede indeterminista. En O. Agudelo, J. León, & M. Prieto, *Teoría jurídica y enseñanza del derecho* (págs. 53-75). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Agudelo, O. (2017). Subsunción y aplicación en el derecho. En O. Agudelo, J. León, M. Prieto, & Y. Reyes, *Lógica aplicada al razonamiento del derecho. 2ª edición* (págs. 23-58). Bogotá, D.C.: Universidad Católica de Colombia.
- Agudelo, O. (2018). Los calificativos del derecho en las formas de investigación jurídica. En O. Agudelo, *La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación* (págs. 17-44). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Agudelo, O., & Prieto, C. (2018a). A vueltas con la legitimidad democrática. El caso de la explotación minera. *Utopía y praxis latinoamericana. Revista internacional de filosofía iberoamericana y teoría social*, 23(2), 26-36.
- Agudelo, O., & Prieto, C. (2018b). La argumentación jurídica vista desde los desacuerdos entre juristas. *Revista Filosofía UIS*, 17(2), 41-61.
- Alchourrón, C., & Bulygin, E. (2013). *Sistemas normativos. introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Bogotá: Universidad de Medellín.

- Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic. (2001). *Tratado de las obligaciones* (Vol. 3). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Alonso, H. (2012). Los principios implícitos. Su relevancia en la aplicación del Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*(35), 157-172.
- Aponte, E., & Gamarra, M. (2011). El Hecho del Principe como causal de rompimiento del equilibrio económico en los contratos administrativos. *Revista Iustitia No. 8*, 421-440.
- Aponte, E., & Gamarra, M. (2011). El Hecho del Príncipe como causal de rompimiento del equilibrio económico en los contratos administrativos. *IUSTITIA*(9), 421-437.
- Arcos, F. (2002). La seguridad jurídica en la aplicación judicial del Derecho. De la previsibilidad a la argumentación. *Anuario de filosofía del derecho*(19), 191-217.
- Atienza, M., & Ruiz, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*(10), 101-120.
- Atria, F. (2016). *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios*. Madrid: Marcial Pons.
- Ávila, H. (2012). *Teoría de la seguridad jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Bahamón, M. (2018). *Elementos y presupuestos de la contratación estatal*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

- Bayón, J. (2003). Propositiones normativas e indeterminación del derecho. En J. Bayón, & J. Rodríguez, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales : el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas* (págs. 27-66). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Benítez, V., & González, G. (2007). Kennedy como pretor: una crítica desde los estudios críticos del Derecho a la teoría de la adjudicación judicial y a las teorías dominantes en Colombia (Formalismo-Antiformalismo). *Universitas Estudiantes No. 4*, 157-173.
- Bix, B. (2006). Teoría del Derecho: tipos y propósitos. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*(25), 57-68.
- Bullard, A. (1993). ¿Hay algo imprevisible? La excesiva onerosidad y la impracticabilidad comercial. *Thémis* 25, 81-90.
- Bulygin, E. (2005). Creación y aplicación del derecho. En F. Atria, E. Bulygin, J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez, & J. Ruiz, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial* (págs. 29-44). Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Cabrillac, R. (2016). El nuevo derecho francés de los contratos. *THÉMIS-Revista de Derecho*(70), 59-66.
- Canal, M. (2016). La aplicación del principio del equilibrio económico a contratos estatales sometidos al régimen normativo del derecho privado. *Revista Digital de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia*(15), 143-161.

- Canal, M. (2016). La aplicación del principio del equilibrio económico a contratos estatales sometidos al régimen normativo del derecho privado. *Revista Digital de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia*(15), 143-161.
- Castañeda, M. (2015). El principio pacta sunt servanda y la cláusula rebus sic stantibus en el sistema normativo mexicano, iusinternacional y comparado. *Tohil. Revista Jurídica de la Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Yucatán*, 15(36), 7-39.
- Castrillón, V. (2008). La libertad contractual. *Revista de la Facultad de Derecho de México. Universidad Nacional Autónoma de México*, 58(250), 155-181.
- Castro, J. (2013). *Aplicación De La Teoría De La Imprevisión En El Derecho Alemán Tras La Reforma De 2002. Ventajas Y Breves Comentarios Al Caso Colombiano*. Bogotá, D.C.: Universidad Católica de Colombia.
- Chamie, J. (2008). Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato. *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*(14), 113-138.
- Chirino, J. (2012). Teoría de la Imprevisión. En J. Domínguez, & J. Sánchez, *Conmemoración de los 80 años de vigencia del Código Civil del Distrito Federal* (págs. 317-330). México D.F. : Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cicerón, M. (1788). *Los oficios* (Vol. Tomo I). Madrid: Imprenta real.
- Colombia, Centro de arbitraje y conciliación. Cámara de Comercio de Bogotá, CADSA S.A.S y otros contra Instituto Nacional De Vías – INVIAS (Presidente: David Luna Bisbal 20 de 02 de 2014).

Colombia, Centro de arbitraje y conciliación. Cámara de Comercio de Cali, Sociedad REURVALLE S.A.S vs Departamento del Valle Del Cauca (ÁRBITROS: Gilberto Peña Castrillon, Juan Pablo Cárdenas Mejía, Jorge Enrique Crespo Botero 08 de 10 de 2012).

Colombia, Centro de arbitraje y conciliación. Cámara de Comercio de Cali, Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. vs Distrito de Buenaventura (ÁRBITROS: Martha Lucia Becerra Suarez, Amparo Marmolejo De Giraldo, Fernando Jordan Mejía 31 de 05 de 2017).

Colombia, Centro de arbitraje y conciliación. Cámara de Comercio de Cartagena, Constructora Montecarlo S.A.S vs Distrito de Cartagena de Indias D.T y C. Departamento Administrativo de Valorización (ÁRBITROS: Juan Carlos Expósito Vélez, Wilson Toncel Gaviria, Carlos E. Pareja Emiliani 14 de 10 de 2014).

Colombia, Centro de arbitraje y conciliación. Cámara de Comercio de Cartagena., Consorcio Vial Isla Barú vs Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Departamento Administrativo de Valoración Distrital de Cartagena de Indias. (ÁRBITRO (S): Juan Carlos Exposito Velez, Germán Alonso Gómez Burgos, Wilson Toncel Gaviria. 4 de 03 de 2013).

Colombia, Centro de arbitraje y conciliación. Cámara de Comercio de Cartagena., Portal Calicanto S.A.S vs TRANSCARIBE S.A (ÁRBITROS: Rafael Lafont Pianeta, Juan Carlos Expósito Vélez, Patricia Mier Barros 2 de 05 de 2016).

Colombia, Congreso de la República, Ley 19, Por la cual se definen nuevos principios de los contratos administrativos... (22 de 01 de 1982).

Colombia, Congreso de la República, Ley 4, Por la cual se dictan disposiciones sobre la industria de la construcción, concursos y contratos (30 de 09 de 1964).

Colombia, Congreso de la República, Ley 80, Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (28 de 10 de 1993).

Colombia, Consejo de Estado, Expediente. 1991-07391-01(14043), Seccion Tercera (Consejero Ponenete: German Rodriguez Villamizar 26 de 02 de 2004).

Colombia, Consejo de Estado, Expediente. 1995-00009-01 (15665), Seccion Tercera (Consejero Ponenete: Enrique Gil Botero 04 de 02 de 2010).

Colombia, Consejo de Estado, Expediente. 1996-4028-01 (14577), Seccion Tercera (Consejero Ponenete: Ricardo Hoyos Duque 29 de 05 de 2003).

Colombia, Consejo de Estado, Expediente. 25000-23-26-000-1998-03066-01(20912), Sección Tercera (Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth 27 de 03 de 2014).

Colombia, Consejo de Estado, Expediente. 3785, Seccion Tercera (Consejero Ponenete: Jorge Valencia Arango 04 de 09 de 1986).

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Exp. 14577, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque (29 de 05 de 2003).

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera (B), Exp. 21990, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio (28 de 06 de 2012).

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera
(B), Exp. 3600, Consejero Ponente: Julio Cesar Uribe (27 de 06 de 1991).

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera
(B), Exp. 36839, Consejero Ponente: Alberto Montaña Plat (05 de 08 de 2019).

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera
(B), Exp. 37910, Consejera Ponente: María Adriana Marín (31 de 01 de 2019).

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera,
Consejero Ponente: Osvaldo Abello Noguera (18 de 06 de 1979).

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,
Exp. 14043. , Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar (26 de 02 de
2004).

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,
Exp. 18014, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez (15 de 04 de 2010).

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera,
Exp. 43306, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano (16 de 04 de 2019).

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,
Exp. 5426, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo (18 de 04 de 1989).

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,
Exp. 6102, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo (16 de 04 de 1991).

Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera.

Expediente: 43631, Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano (30 de 05 de 2019).

Colombia, Corte Constitucional, C-892, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil (22 de 08 de 2001).

Colombia, Presidencia de la República, Decreto Ley 150, Presidente de la república, Alfonso López Michelsen (Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas 27 de 01 de 1976).

Colombia, Presidencia de la República, Decreto Ley 222, Presidente de la república, Belisario Betancur (Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones 02 de 02 de 1983).

Cueto, J. (1998). La axiología jurídica y la selección de métodos de interpretación. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, II(21), 111-119.

Dávila, L. (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá: Legis.

De Vroey, M. (2009). El liberalismo económico y la crisis. *Lecturas de Economía. Universidad de Antioquia*, 70, 11-38.

Dworkin, R. (1997). *¿Es el derecho un sistema de reglas?* Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Eizaguirre, J. (2012). Civil law: la vigencia de una categoría convencional. *Anuario de derecho civil*, II(LXV), 533-546.

- Escobar, F. (1998). El derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura. *Ius Et Veritas*(16), 280-298.
- Fandiño, J. (2014). *La Contratación Estatal*. Bogotá: Leyer Editores.
- Fasso, G. (1982). *Historia de la filosofía del derecho* (Vol. 1 Antigüedad y edad media). Madrid: Ediciones Pirámide.
- Fernandes, R. (2013). *De la resolución del contrato por costo excesivo*. Salamanca: Editorial Ratio Legis.
- Fernández, E. (2016). La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y la doctrina rebus sic stantibus. Génesis y evolución de un principio jurídico. *Persona y Derecho Vol. 74*, 291-318.
- Fernández, J. (2016). *Derecho administrativo. Colección INEHRM*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Franco, J. (2012). La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil: una aproximación desde la perspectiva de la jurisdicción civil en Colombia. *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*(23), 245-277.
- Gaos, J. (1960). Notas sobre la historiografía. *Historia Mexicana*, 9(4), 481-508.
- Garrido, J. (2017). Ciencia del derecho en la escuela histórica y la jurisprudencia de conceptos. *Derechos y libertades*, II(37), 207-232.
- Garrido, M. (2009). La predecibilidad de las decisiones judiciales. *Ius et Praxis*, 15(1), 55-72.

- Garrido, M. (2011). Lo que queda del principio clásico Pacta Sunt Servanda. *Derecho y Cambio Social*, 8(25), 1-8.
- Ghestin, J. (2015). La Fuerza Obligatoria del Contrato. *Revista Ius Et Veritas No. 50*, 72-84.
- González, J. (2001). La excesiva onerosidad frente a la imposibilidad absoluta de incumplimiento. *Revista de derecho - Universidad del Norte*, 168-175.
- González, J. (2010). La teoría de la imprevisión. *Revista el Mundo del Abogado*(129), 6-10.
- Gorbaneff, Y., & Cabarcas, G. (2009). Equilibrio económico y la contratación pública en Colombia. *Revista de Derecho, No. 31. Universidad del Norte*, 67-91.
- Güechá, J. (2017). *Los principios de la contratación estatal: una mirada desde la comparación entre el equilibrio económico y financiero y la igualdad de las partes en el contrato*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Gutiérrez, J. (2008). Análisis económico del derecho. Revisión al caso colombiano. Economía aplicada al derecho. *Con-texto. Revista de derecho y economía*, 24, 11-30.
- Guzmán, A. (2006). *Historia de la Codificación Civil en Iberoamérica*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Halpérin, J. L. (2017). Exégesis (escuela) (Traducción de Andrés Botero). *Revista de Derecho No. 48*, 263-277.

- Hernández, A. (1997). *Las ideas políticas en la historia*. Bogotá: Universidad Externado De Colombia.
- Hernández, F. (2010). A vueltas con la obediencia debida: ¿mandatos antijurídicos obligatorios? *Revista jurídica*(22), 145-170.
- Hernández, K., & Guerra, D. (2012). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa. Universidad de Málaga*(12), 27-46.
- Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las obligaciones* (Vol. 2. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jiménez, W. (2009). La teoría de la imprevisión ¿regla o principio? *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, No. 2, 15-49.
- López, D. (2008). *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.
- López, D. (2012). Los principios jurídicos en el “viejo” y en el “nuevo” derecho. Examen del contraste entre el “rigor formal” y la “flexibilidad basada en principios” en la teoría jurídica romanística. *Revista de Derecho Privado. Universidad de los Andes*(47), 1-24.
- Lozada, A., & Ricaurte, C. (2015). *Manual de Argumentación Constitucional. Propuesta de un Método*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Luna, Á., & Bardají, M. (2015). Rebus sic stantibus: ¿Un paso atrás? Comentario a la STS, 1ª, 15.10.2014 (Ar. 6129) y a la jurisprudencia posterior de la Sala Primera

- del Tribunal Supremo sobre la regla rebus sic stantibus. *INDRET - Revista para el análisis del Derecho*, 1-13.
- Magoja, E. (2012). La teoría de la imprevisión: el gobierno de la equidad en la ejecución de los contratos. *Prudentia Iuris*(74), 233-248.
- Margadant, G. (1986). *La segunda vida del derecho romano*. México D. F.: Grupo Editorial Miguel Angel Porrúa.
- Marienhoff, M. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Contratos administrativos*. Abeledo Perrot: Buenos Aires.
- Marmolejo, D. (2016). *Teoría de la Imprevisión y conflicto armado en proyectos de infraestructura energética colombiana*. Bogotá: Universidad Santo Tomás de Aquino.
- Montoya, F. (2005). La imprevisión frente al dilema solidarismo-individualismo contractual. *Revista de Derecho Privado No. 8*, 135-146 .
- Morales, B. (1998). Teoría de la imprevisión. *Revista de Derecho. Universidad de Concepción, LXVI*(203), 421-427.
- Moreno, J. (2015). *Contratos públicos y nuevas tecnologías*. Bogotá: Temis.
- Navarro, P. (1992). Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*(14), 243-268.
- Navia, F. (2008). La terminación unilateral del contrato de derecho privado. *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia* (14), 35-67.

- Orellana, L. (2016). "Rebus Sic Stantibus": Una cláusula no tan peligrosa. Comentario a la STS, Núm. 591/2014, de 15 de Octubre (RJ 2014, 6129). *Revista Boliviana de Derecho*, No. 21, 276-293.
- Ortega, S., & Aznar, A. (2014). *¿Cumplir o no cumplir un contrato afectado por la actual crisis económica? La cláusula "Rebus Sic Stantibus" versus las cláusulas "Hardship"*. Valencia: Hispajuris.
- Ospina, F., & Ospina, A. (1994). *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Bogotá: Temis.
- Ospina, G., & Ospina, F. (2019). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis.
- Pelletier, R. (1995). Teoría de la imprevisión: remedios contra los efectos de la depreciación monetaria. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2(25), 247-264.
- Péquignot, C. (1945). *Théorie générale du contrat administratif*. Paris: Pedone.
- Pérez, A. (2000). La Seguridad Jurídica. Una Garantía del Derecho y la Justicia. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*(15), 25-38.
- Polidura, A. (2017). El restablecimiento de las condiciones contractuales frente al desequilibrio sobreviniente en el derecho privado colombiano. *Revista de Derecho Privado*, No. 57, 1-36.
- Prieto, C. (2015). ¿Es la teoría de la argumentación jurídica una superación de la teoría del derecho? *Revista Gaceta Jurídica. Udes*, 8, 15-22.

- Prieto, C. (2017). *La decisión judicial. Problemas en torno a la creación del Derecho y el contexto del descubrimiento*. Bogotá, D. C.: Leyer Editores.
- Quiroga, E. (2014). Riesgos y desequilibrio económico en los contratos estatales. Nociones básicas desde el análisis económico del derecho. En L. Amador, C. Blanco, & D. Monroy, *Análisis económico del derecho: nuevas vertientes y diferentes aplicaciones* (págs. 101-149). Bogotá: Universidad Externado De Colombia.
- Ramírez, N. (2007). Cláusula Rebus Sic Stantibus: ¿una opción para el problema del agua en la frontera del norte? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, VII, 623-641.
- Rawls, J. (2002). *La justicia como equidad: Una reformulación*. Barcelona: Paidós.
- Redondo, M. (1997). Teorías del derecho e indeterminación normativa. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*(20), 177-196.
- Rico, F., & Garza, P. (2010). Teoría de la imprevisión. *Revista Mexicana de Derecho*(12), 117-134.
- Rico, L. (2005). *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. Bogotá: Leyer.
- Rivera, J., & Barcia, R. (2016). Aspectos generales en torno a la cláusula Rebus Sic Stantibus (Teoría de la imprevisión) en España. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLVII*, 117-150.

- Rocher, R. (1991). La inmutabilidad de las convenciones y la teoría de la imprevisión. *Revista de derecho privado. Universidad Nacional Autónoma de México*, 2(6), 585-596.
- Rodríguez, C. (2012). *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogota D.C.: Siglo del hombre editores.
- Rodríguez, L. (2011). El equilibrio económico en los contratos administrativos. *Revista Derecho PUCP* No. 66, 55-87.
- Rodríguez, L. (2012). *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. Bogotá: Temis.
- Rojas, G. (2018). *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Ruiz, P. (1993). Los discursos del método histórico. En P. Ruiz, *La historiografía* (págs. 47-77). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Santofimio, J. (2009). El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. *Revista Digital de Derecho Administrativo* No. 1 , 1-58.
- Séneca, L. (2014). *Sui benefici*. Roma: Laterza.
- Silva, F. (2007). Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva arbitral. *Revista e-Mercatoria* Vol. 6, 2 , 1-64 .
- Tamayo, A. (2004). *Manual de las obligaciones*. Bogotá: Temis.

- Tapia, J. (2011). La teoría de la imprevisión en el Código Civil para el Distrito Federal. *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, 7(13), 255-276.
- Vallejo, G. (2016). La etapa contractual en los negocios de la administración. Estudio de las figuras jurídicas reguladas por el estatuto general de contratación. En J. Cubides, J. Pinilla, & J. Torres, *Derecho público en el siglo XXI. Regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos* (págs. 37-64). Bogotá, D.C.: Universidad Católica de Colombia.
- Von Beyme, K. (1985). El Conservadurismo. *Revista de estudios políticos. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*(43), 7-44.
- Welsen, H. (1979). *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*. Madrid: Aguilar.