

**DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS ESTATALES  
POR EL AUMENTO DE LA TASA REPRESENTATIVA DEL MERCADO**

**EDWIN GILBERTO MURILLO VARGAS**

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA**

**FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA**

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**Bogotá D.C., 2015**

**DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS ESTATALES  
POR EL AUMENTO DE LA TASA REPRESENTATIVA DEL MERCADO**

**EDWIN GILBERTO MURILLO VARGAS**

**DIRECTOR**

**Dr. IGNACIO GONZALEZ BUITRAGO**

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA**

**FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA**

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**Bogotá D.C., 2015**

**NOTA DE ACEPTACIÓN**

---

---

---

---

**Presidente del Jurado.**

---

**Jurado.**

---

**Jurado.**

**Fecha:**

## CONTENIDO DE LA MONOGRAFÍA

	PAG.
CAPÍTULO I	
ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	6
1.1 LÍNEA DE INVESTIGACIÓN.	6
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	6
1.2.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:	6
1.2.2 PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN:	7
1.2.3 HIPÓTESIS	6
1.1 OBJETIVOS	7
1.3.1 OBJETIVO GENERAL	7
1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	7
1.4 ANTECEDENTES	8
1.5. MARCOS DE REFERENCIA	9
1.5.1 MARCO CONCEPTUAL	9
1.5.2 MARCO TEÓRICO	12
1.5.2 MARCO JURÍDICO	21
1.5.4 MARCO JURISPRUDENCIAL	20
1.6 METODOLOGÍA APLICADA	20
	22
CAPÍTULO II	

EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DE LOS CONTRATOS ESTATALES.	23
2.1 POLÍTICA CAMBIARIA	23
2.2 PRECIOS DEL PETRÓLEO	24
2.3 AFECTACIÓN DE LAS FINANZAS PÚBLICAS POR EL AUMENTO DEL DÓLAR	26
2.4 POSICION DEL CONSEJO DE ESTADO FRENTE AL DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL	27
2.5 POSICION DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE A LA TEORIA DE INPREVISION	29
CONCLUSIONES	32
BIBLIOGRAFÍA	34

## **CAPÍTULO I**

### **ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1.1 Línea de Investigación.**

La presente investigación se inscribe a la línea central de investigación de la Universidad la Gran Colombia denominada Derecho para la Justicia, la Convivencia y la Inclusión Social y en la Sub-Línea de Derecho Constitucional, Reforma de la Administración de Justicia y Bloque de Constitucionalidad.

#### **1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

##### **1.2.1 Formulación del problema:**

En el periodo que comprende entre septiembre del año 2014 y febrero de 2015 la tasa representativa del mercado, esto es la cantidad de pesos colombianos por un dólar de los Estados Unidos, aumentó de manera considerable, significando lo anterior que los productos que se importaban al país los cuales se negocian indefectiblemente en dólares aumentaron sus precios en pesos colombianos, así como los contratos que se celebraron en dólares.

En efecto, esta situación afectó de manera directa los contratos que celebraron las entidades estatales sometidas al régimen de contratación estatal (Ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y decreto 1510 de 2013), especialmente los de compraventa de bienes que necesariamente necesitan ser importados y los de suministro de combustible que se pactan en dólares, entre otros.

De la anterior situación puede observarse que por un lado las Entidades Estatales tienen que disponer de mayores recursos para cubrir los costos originados en dichos contratos, y por otro, los contratistas para cumplir los compromisos adquiridos con ocasión al cumplimiento de los respectivos contratos incurrir en sobrecostos que no fueron tenidos en cuenta la momento de presentar la propuesta económica ante la entidad estatal.

Merece destacarse que el aumento o disminución de la tasa representativa del mercado (TRM) obedece a factores externos de los contratos estatales; sin embargo surge el interrogante de si dicho fenómeno resulta ser previsible dentro de los riesgos normales establecidos en los contratos y de ser así quien lo asume, entidad pública o contratista, igualmente ¿los riesgos financieros son absolutos?, en consecuencia, ¿cuándo se justifica la traslación de los riesgos normales que operan durante la vigencia del negocio jurídico a la Administración Pública?.

### **1.2.2 Pregunta de investigación:**

¿El aumento desmedido de la tasa representativa del mercado (TRM) entre septiembre de 2014 y el mes febrero de 2015 justifica la traslación de los riesgos normales que operan durante la vigencia del negocio jurídico a la Administración Pública en los contratos de compraventa de bienes que necesitan ser importados y suministro pactados en dólares?

### **1.2.3 Hipótesis**

Frente a la problemática planteada es preciso afirmar que el aumento de la tasa representativa del mercado (TRM) entre septiembre de 2014 y febrero de 2015 desfinanció los contratos de compraventa de bienes que necesitan ser importados y los contratos de suministro establecidos en dólares que celebraron las entidades públicas sometidas al régimen de contratación estatal, afectando de esta forma el presupuesto establecido por las entidades estatales, así como obligó a los contratistas a incurrir en costos adicionales que se encontraban previstos en los riesgos establecidos en dichos contratos, pero que no tenían o desbordaron las proyecciones realizadas.

## **1.3 Objetivos**

### **1.3.1 Objetivo General**

Analizar, de acuerdo con la doctrina, la jurisprudencia y la ley, el desequilibrio económico financiero del contrato estatal de compraventa con importación de bienes y el contrato de suministro de combustibles frente al inesperado aumento del dólar, durante la ejecución del contrato.

### **1.3.2 Objetivos específicos**

- Establecer el precedente de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado frente al desequilibrio económico presente en los contratos estatales.
- Analizar, a partir de los aportes que han hecho las altas cortes a la evolución de la teoría del hecho del príncipe y la imprevisión ante los contratos estatales pactados en dólares, sobre los elementos que se involucran en el tratamiento por parte de la administración de ese posible desequilibrio.
- Proponer posibles soluciones para mitigar los efectos del aumento del dólar en los contratos estatales de compraventa con importación de bienes y el contrato de suministro de combustibles.

### **1.4 ANTECEDENTES**

Dentro del marco del régimen de la contratación estatal en Colombia, encontramos que las entidades públicas cuando celebran contratos con los particulares buscan el cumplimiento de los fines esenciales del estado (art. 2 CN), *la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados*, actividad esta que debe enmarcarse en el respeto de los principios emanados de la constitución.

En este sentido es preciso establecer que la autonomía de la voluntad, así como la igualdad o equivalencia de derechos surgidos en la relación contractual, resultan ser el eje central de las relaciones que surgen entre la administración y los contratistas, quienes en últimas coadyuvan en el cumplimiento de los fines de estado.

En este orden de ideas, la actividad contractual no puede ser producto de la improvisación, sino que la misma se desarrolla en estricto respeto de los postulados de la selección objetiva y del principio de planeación; principios estos que garantizan que las condiciones de la relación negocial no se modifiquen de manera arbitraria por parte de la administración, obligándole a la misma tener en cuenta los riesgos inherentes al negocio jurídico.



Sin embargo es importante resaltar que existen circunstancias que escapan a las previsiones normales de la relación contractual como eventos macroeconómicos que no controlan tanto la Entidad como el contratista, pero que incide de manera directa en la ecuación económica del contrato.

Así las cosas, la legislación, así la como jurisdicción especializada han desarrollado de manera suficiente los eventos en los cuales las entidades del estado están obligadas a restablecer la ecuación económica del contrato estatal. No obstante lo anterior y a pesar de las previsiones jurisprudenciales, atinentes al respeto del precedente jurisprudencial de las altas cortes, las Entidades no hacen uso de los medios legales a efectos de mantener el equilibrio económico de los contratos, dejando que sea la jurisdicción la que se pronuncie sobre el particular.

En consecuencia, el actual trabajo de investigación pretende abordar el impacto del aumento de la tasa de cambio representativa del mercado en los contratos que celebren las entidades del estado que se encuentren sometidas por el actual régimen de contratación estatal (Ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y decreto 1510 de 2013), cuando su objeto esté dirigido a la compraventa de bienes que necesariamente deban ser importados y de los contratos de suministro de combustible que su precio se pacte en dólares, analizando si dicho fenómeno se puede constituir en un desequilibrio de la ecuación económicas de dichos contratos.

Para abordar la anterior problemática, resulta pertinente estudiar los eventos en que la ecuación económica y financiera de los contratos estatales se pueda afectar, así como la asignación de los riesgos derivados de la ejecución de los respectivos contratos y las posibles soluciones o propuestas que permitan mitigar la incidencia de factores macroeconómicos como el aumento de la tasa representativa del mercado.

## **1.5. MARCOS DE REFERENCIA**

### **1.5.1 MARCO CONCEPTUAL**

- **Fines esenciales de la contratación pública**

Artículo 3º.- De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

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

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

- **Principios de la contratación.**

En los procesos de contratación, se tendrán en cuenta los principios consagrados en la Constitución Política, especialmente los contemplados en los Artículos 209 y 267, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y principalmente los de buena fe, debido proceso, primacía del derecho sustancial sobre lo material, planeación, igualdad, anualidad, responsabilidad, economía, celeridad, oportunidad, publicidad, selección objetiva y transparencia.

En los procesos de contratación se seguirán los lineamientos establecidos para cada modalidad de selección y los pliegos de condiciones indicarán los requisitos y objetivos necesarios para participar en los procesos de selección, definiendo reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole y aseguren la escogencia objetiva del contratista.

El Presidente o el Secretario General, en su calidad de Ordenadores del Gasto, dispondrán lo necesario para que en los procesos de contratación se deje evidencia documental de las actuaciones y decisiones que ocurran dentro del mismo.

- **Contratos de compraventa con importación de bienes.**

Es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio. (Código civil art. 1849)

- **Contratos de suministros**

El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios. (Código de comercio art. 968)

- **Ecuación Contractual.**

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, 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. (Ley 80 de 1993 art. 27)

- **Pérdidas.**

El término pérdida se aplica a resultados negativos, que vienen determinados por la diferencia entre los ingresos (ventas, prestación de servicios, etc.) y los gastos necesarios para generar dichas ventas (compras, gastos salariales, gastos generales, etc.)

- **Garantía del patrimonio.**

En la planeación del Proceso de Contratación, la Entidad Estatal debe identificar las garantías a solicitar de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones del contrato.

Los proponentes o contratistas para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones frente a Entidades Estatales en Procesos de Contratación pueden otorgar, a su elección, cualquiera de las siguientes garantías: (i) contratos de seguro, (ii) fiducia mercantil de garantía o (iii) garantías bancarias o cartas de crédito stand by. La suficiencia y la vigencia de las garantías deben ser las establecidas en los artículos 118 a 125 del Decreto 1510 de 2013.

- **Igualdad de la ley ante las cargas públicas.**

La responsabilidad del Estado legislador se colige de varias disposiciones, como son el artículo 90 de la Constitución Política, que consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, bien sea de orden extracontractual, precontractual, contractual de igual manera el artículo 13 de la Constitución señala el derecho a la igualdad de todas las personas ante la ley, del cual se desprende a su vez la igualdad frente a las cargas públicas, la igualdad de trato por parte de las autoridades públicas y de oportunidades.

## 1.5.2 MARCO TEÓRICO

- **Equilibrio económico y financiero de los contratos estatales.**

La doctrina extranjera ha definido el equilibrio financiero del contrato como *la*

*“... relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del contratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes.”* (Marienhoff, 1999, pág. 469)

Para la doctrina nacional autorizada, la equivalencia económica del contrato debe entenderse como “la garantía que el derecho le otorga a la órbita patrimonial del

*contratista, como un justo límite a la supremacía que ostenta la Administración Pública en sus relaciones jurídicas, como titular del poder de imperium del Estado y gestora del interés público.*"(Rodrigo , 20000, pág. 401)

- **HECHO DEL PRINCIPE**

La doctrina, al abordar el estudio del hecho del príncipe o el *factum principis*, sostiene que 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”. De allí que “en cuanto se traduzca en una medida imperativa y de obligado acatamiento que reúna las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzcan (relación de causalidad) un daño especial al contratista, da lugar a compensación, en aplicación del principio general de responsabilidad patrimonial que pesa sobre la Administración por las lesiones que infiere a los ciudadanos su funcionamiento o actividad, ya sea normal o anormal”. (García De Enterría & Fernández, 1983, pág. 681)

El hecho del príncipe como fenómeno determinante del rompimiento de la ecuación financiera del contrato, se presenta cuando concurren los siguientes supuestos:

- La expedición de un acto general y abstracto.
- La incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal.
- La alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto.
- La imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato.

En relación con la condición de la autoridad que profiere la norma general, para la doctrina y la jurisprudencia francesa el *hecho del príncipe (le fait du prince)* se configura cuando la resolución o disposición lesiva del derecho del contratante 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 (Puede decirse que el principio del equilibrio del contrato administrativo juega con respecto a la responsabilidad contractual sin falta, un papel análogo al que juega el principio de igualdad frente a las

cargas públicas con respecto a la responsabilidad extracontractual sin falta). (De Laubadere, Moderne, & Delvolvé, 1983, pág. 554) La justificación de esta posición radica en la ausencia de imputación del hecho generador del perjuicio cuando éste proviene de la ley, por cuanto el autor del acto (Nación, Congreso de la República) puede ser distinto de la administración contratante. No obstante no se priva al contratista de la indemnización, ya que podrá obtenerla a través de la aplicación de la teoría de la imprevisión.

La jurisprudencia española ha tipificado los supuestos propios del *factum principis* en los siguientes términos:

*“1. Debe tratarse de una medida general de índole económica; las modificaciones específicas y concretas de carácter técnico siguen un régimen especial.*

*2. Debe tratarse de un acto de autoridad con eficacia bastante para ser impuesto en la ejecución de los contratos; esto es, debe haber una relación directa de causalidad entre la disposición administrativa y la elevación de los precios o salarios. (...).*

*3. Debe ser imprevista (si se hubiera estipulado otra cosa en el pliego de condiciones particulares, se estaría a la *lex contractus*) y posterior a la adjudicación.*

*4. El daño causado por el acto de autoridad debe tratarse de un daño cierto y especial: no se tomarán en cuenta, pues, disposiciones que impliquen únicamente reducción de beneficios: así las cargas fiscales directas (impuesto complementario sobre la renta, impuesto industrial o sobre las rentas de sociedades); tampoco aquellas que tienen un carácter absolutamente general, que afectan a todos, cuyas consecuencias pueden ser consideradas como cargas públicas impuestas a la colectividad. Librar de ellas al contratista sería un privilegio en relación con los demás (...)*

*5. La falta concomitante del contratista (dolosa o culposa) exime a la administración de toda responsabilidad por el *factum principis* (la mora en el cumplimiento de la obligación impide gozar del beneficio...”*

*Para la doctrina española “la justificación de la indemnización en el caso del *factum principis* es, en definitiva, la misma que la de la responsabilidad extracontractual de la administración: <el principio de la responsabilidad objetiva por el cual la Administración está obligada a indemnizar toda lesión, todo perjuicio antijurídico (aquel que el titular del patrimonio no tiene el deber jurídico de soportar), aunque el agente que lo ocasione obre, él mismo, con toda licitud, es decir, aunque el perjuicio no haya sido causado antijurídicamente>”. Se habla pues allí de “una responsabilidad extracontractual aunque liquidable en el seno de un contrato; por esa razón de que se trata de una interferencia incidental de poderes rigurosamente extracontractuales, de un sacrificio puro y simple de la*

*posición material que el contrato precisamente aseguraba” (Cfr. García de Enterría) cita original (Ariño Ortiz, 1968, pág. 266 a 268)*

Al respecto sostiene Riveró:

*La teoría no interviene jamás cuando la medida que agrava las obligaciones del contratante emana no de la persona pública contratante, sino de otra persona pública, por ejemplo, cuando un decreto acto del Estado, agrava, en materia social, la situación de los contratantes de las colectividades locales. En este caso, hay una asimilación del área administrativo al área económico y la aplicación eventual de la teoría de la imprevisión.*

*La teoría puede intervenir cuando la persona pública contratante dicta una medida general que agrava las cargas del contratante; pero esto no sucede sino cuando la medida tiene una repercusión directa sobre uno de los elementos esenciales del contrato (por ejemplo: creación de una tarifa sobre las materias primas necesarias a la ejecución del contrato)” (Riveró, 1984, pág. 141)*

En esta misma línea, el profesor argentino HECTOR JORGE ESCOLA (Ediciones Depalma, 1977, pág. 466), afirma:

*En primer lugar, debe precisarse qué se entiende, a los fines de esa teoría, por “poder” o “autoridad pública”, designación, esta última, que hemos de preferir.*

*En este sentido, y compartiendo la opinión sostenida por una parte importante de la doctrina, entendemos que el hecho del príncipe debe ser siempre una decisión o una conducta que pueda imputarse a la misma autoridad pública que celebró el contrato.*

*De tal modo, no quedan comprendidas dentro del concepto de hecho del príncipe aquellas decisiones y conductas que correspondan a autoridades públicas distintas de aquella que es parte en el contrato de que se trate ya sea que pertenezcan al mismo orden jurídico o a otro distinto.*

*En este sentido, el hecho del príncipe se diferencia del hecho de la administración en que mientras que este último se relaciona directamente con el contrato, con el carácter que tiene la administración en él como parte contratante, es decir, con verdaderas conductas contractuales, el hecho del príncipe se vincula a decisiones o conductas que la autoridad pública adopta, no como parte en el contrato, sino en su carácter de tal, no influyendo en el contrato de manera directa sino refleja. No hay una conducta contractual, sino la conducta de una autoridad que está actuando en ejercicio de sus potestades y atribuciones y en su carácter y condición de autoridad pública.*

*Por tanto, se entenderá que existe hecho del príncipe cuando se esté frente a decisiones o conductas que emanen de la misma autoridad pública que celebró el contrato administrativo y que ésta realiza en su carácter de tal autoridad pública debiendo cumplirse, además, las condiciones que seguidamente se indicarán.*

*En primer término, el hecho del príncipe debe haber ocasionado, realmente, un perjuicio al contratante particular perjuicio que deberá ser cierto y directo, pudiendo consistir tanto en una pérdida como en una disminución del beneficio razonablemente esperado. Además, el perjuicio debe ser el resultado de una situación diferencial o especial del contratante, es decir, no debe tratarse de consecuencias que lo afecten de la misma manera que al resto de las personas que se hallan en su misma situación general, o sea, como comerciante, industrial, etc.*

*En segundo lugar, el hecho del príncipe debe constituir una circunstancia o una situación que el contratante no haya podido prever en el momento en que celebró el contrato, ya que si hubiera podido preverlo, debía haberlo tenido en cuenta, especialmente para la fijación del precio contractual.*

*Por último, el hecho del príncipe, para poder ser invocado, debe haber ocasionado una alteración extraordinaria o anormal de la ecuación económica - financiera del contrato administrativo, puesto que los perjuicios comunes u ordinarios que constituyen el área normal de toda contratación no pueden dar lugar a resarcimiento.*

*Podemos, pues, completar la noción del “hecho del príncipe”, diciendo que es tal toda decisión o conducta que emane de la misma autoridad pública que celebró el contrato y que ésta realiza en su carácter y condición del tal, que ocasione un perjuicio real, cierto, directo y especial al contratante particular, que éste no haya podido prever al tiempo de celebrar el contrato y que produzca una alteración anormal de su ecuación económico - financiera.” (se subraya). (Hoyos Duque, 2003)*

- **Teoría de imprevisión.**

Sobre la teoría de la imprevisión la doctrina ha sostenido que:

Para efectos de la distinción, y de acuerdo con la doctrina (Peirano Facio, 1981, pág. 451 a 459) se entiende que la fuerza mayor debe ser:



“1) *Exterior*: esto es que ‘está dotado de una fuerza destructora abstracta, cuya realización no es determinada, ni aún indirectamente por la actividad del ofensor’.

“2) *Irresistible*: esto es que ocurrido el hecho el ofensor se encuentra en tal situación que no puede actuar sino del modo que lo ha hecho’

“3) *imprevisible*: cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por quien lo alega, era imposible pronosticarlo o predecirlo. (1962)

- **Teoría económica.**

### **Tasa de Cambio – Tasa Representativa del Mercado**

La tasa de cambio muestra la relación que existe entre dos monedas. Para el caso de Colombia, ésta expresa la cantidad de pesos que se deben pagar por una unidad de la moneda extranjera. En nuestro caso, se toma como base el dólar, porque es la divisa más utilizada en Colombia para las transacciones con el exterior. Al igual que con el precio de cualquier producto, la tasa de cambio sube o baja dependiendo de la oferta y la demanda: cuando la oferta es mayor que la demanda (hay abundancia de dólares en el mercado y pocos compradores), la tasa de cambio baja; por el contrario, cuando la oferta es menor que la demanda (escasez de dólares y muchos compradores), la tasa de cambio sube.

### **Tasa de cambio Representativa del Mercado (TRM)**

La tasa representativa del mercado (TRM) es el valor oficial de la tasa de cambio. Ésta se calcula de acuerdo con la información de las operaciones de compra y venta de divisas efectuadas en los bancos comerciales y corporaciones financieras de Bogotá, Cali, Medellín y Barranquilla. (Banco de la República)

Cuáles son las variables que determinan el precio del dólar.

Los factores que inciden sobre el mercado de divisas, mercados de creciente volatilidad por las características que hoy los singularizan son: la libertad de movimientos de capital, la rapidez de las transacciones, la existencia de una gama muy amplia de activos financieros, y la importancia de la inversión institucional. El mercado cambiario implica el sistema de cambio el cual está influenciado por la oferta y la demanda de divisas;

## **Factores que intervienen en la Oferta y la Demanda**

La cotización o tipo de cambio se determina por la relación entre la oferta y la demanda de divisas; alternatively, puede decirse que el tipo de cambio se determina por la relación entre oferta y demanda de moneda nacional para transacciones internacionales del país.

Las variaciones de la relación oferta – demanda de divisas determinan las fluctuaciones del tipo de cambio; sin embargo, hay un tipo de cambio normal o de equilibrio en torno al cual se efectúan las variaciones y que debe corresponder al equilibrio de los pagos internacionales.

### **Origen de la Oferta de Divisas**

La oferta de divisas se origina en las transacciones activas o créditos de la balanza de pagos, tales como: exportación de bienes y servicios, ingresos sobre inversiones del país en el extranjero, donaciones y remesas recibidas por residentes o importación de capital no monetario. El componente más estable de la oferta es el que se origina en la exportación de bienes y servicios.

### **Origen de la Demanda de Divisas**

La demanda de divisas se origina en las transacciones pasivas o débitos de la balanza: importación de bienes y servicios, pagos por rendimientos de la inversión extranjera en el país, donaciones y remesas enviadas por residentes y exportación de capital no monetario; el componente más estable de la demanda es el referido a la importación de bienes y servicios. (Morera Cruz, 2004)

## **Riesgos contractuales, específicamente Económicos.**

- **Riesgo Macroeconómico**

**Riesgos económicos:** Son aquellos que se derivan del comportamiento del mercado, tales como la fluctuación de los precios de insumos, desabastecimiento y especulación de los mismos, entre otros.

Por ejemplo, es usual que en contratos que involucran la ejecución de actividades en cuya estructura se ha definido un marco cambiario, se identifiquen alteraciones por el comportamiento de la moneda o circunstancias colaterales que imponen una incidencia crítica. Así mismo, en los contratos de suministro de bienes o prestación de servicios, donde no es posible llevar a cabo el objeto del contrato por desabastecimiento o especulación dentro del mercado propio de los insumos. Su inclusión dependerá de la posibilidad de previsión del mismo.

Para el ejercicio de asignación de los riesgos previsibles y teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 423 de 2001 para la política de riesgo, se recomienda tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. El tipo y modalidad de contrato son relevantes para la determinación del nivel de transferencia de responsabilidad del contratista.
2. Transferencia de los riesgos debe ser proporcional a la cantidad de información con la que se cuente para su mitigación.
3. Se sugiere la realización del ejercicio de asignación de los riesgos previsibles atendiendo a las capacidades de los contratistas para su administración y a la existencia en el mercado de garantías que constituyan soporte o respaldo financiero o asegurador del proyecto.
4. El traslado del riesgo no tiene connotaciones infinitas por lo que se recomienda no incluir en los pliegos de condiciones y en las matrices de riesgos traslado de riesgo o de responsabilidad en abstracto sin tipificación y estimación o cuantificación.

**Riesgos económicos:** Se recomienda que por regla general y bajo la premisa de contar con información suficiente y con las condiciones necesarias para llevar a cabo el objeto contractual, el riesgo se traslade al contratista en atención a su experticia en el manejo y posibilidad de administración efectiva de los riesgos económicos. Desde luego, ello no podrá hacerse en relación con riesgos que el mismo no pueda controlar, como condiciones macroeconómicas no previsibles, las cuales por ser imprevisibles escaparían a la órbita de aplicación del artículo 4 de la ley 1150 de 2007.

### **1.5.3 MARCO JURÍDICO**

El marco normativo del presente trabajo en primera instancia se encuentra referenciado en la constitución política de Colombia, principalmente en su artículo segundo, debido a que son los fines del Estado los que soportan constitucionalmente la actividad contractual del Estado, la cual se encuentra legalmente desarrollada a través del Estatuto de la contratación pública (Ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, Conpes 3714 de 2011, decreto-ley 019 de 2012 y el decreto 1510 de 2013).

En efectos dichas normas deben estar articuladas con los principios y valores emanados de la norma superior, en especial con las relaciones jurídicas que contrae la administración con particulares a efectos de garantizar los servicios públicos y de esta forma cumplir con los fines esenciales del Estado. En dichas relaciones jurídicas la reciprocidad en las prestaciones contractuales juega un papel en suma importante, en la medida que el particular coadyuva a la administración en el cumplimiento de sus fines, sin embargo es deber de la administración garantizar la estructura económica del contrato.

Así las cosas, las entidades públicas cuentan con los mecanismos constitucionales y legales, a efectos de prevenir y evitar o que situaciones económicas adversas afecten el equilibrio económico de los contratos que celebren con los particulares, garantizando de esta forma los derechos adquiridos por los contratistas.

### **1.5.4 MARCO JURISPRUDENCIAL**

- **ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.**

- 1. C-892-01 M.P Rodrigo Escobar Gil.*

Esta sentencia es importante porque define los criterios constitucionales que se deben tener en cuenta cuando se afecta la ecuación económica de los contratos estatales contemplando de esta la reciprocidad en las prestaciones contractuales y la necesidad de garantizar la estructura económica del contrato frente a las distintas variables que podrían afectar su cumplimiento y ejecución material, buscando con

ello equipar y armonizar las exigencias del interés público social con la garantía de los derechos del contratista.

En este sentido que 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. 2º), igualdad (art. 13) y garantía de los derechos adquiridos (art. 58) a los que ya se ha hecho referencia.

- **ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.**

Andrade Rincon, Hernan. 2014. Acción de Controversias contractuales. 25000232500019980147801, 20864. Bogotá: Consejo de Estado, 12 de marzo de 2014. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de febrero 13 de 2013, Expediente 24996, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Estas sentencias en son carácter fundamental porque recopilan los pronunciamientos del Consejo de Estado en cuanto al desequilibrio económico de las contratos estatales, estableciendo los eventos en los cuales se puede alterar la ecuación económica de la relación negocial que suscribe la administración con los particulares, en efecto se determina que el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce cuando una situación afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida por las partes al celebrar el contrato.

*a. Hoyos Duque, Ricardo. 2003. Acción controversias contractuales. 14577, R-4028. Bogotá: Consejo de Estado, 29 de mayo de 2003.*

Esta jurisprudencia establece que sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. Cuando la misma proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión.

*b. Gil Botero, Enrique. 2009. Acción de reparación directa. 6600-23-00-01-1998-0091-00, 17251. Bogotá: Consejo de Estado, 23 de septiembre de 2009.*

Esta sentencia establece que tanto la fuerza mayor como el caso fortuito son especies de la eximente de responsabilidad denominada causa extraña, y, por tanto, imposibilitan la imputación de un daño antijurídico al obligado y/o demandado. En este sentido de manera restrictiva establece como requisito sine qua non que se estructuren tres condiciones esenciales i) la exterioridad; ii) la imprevisibilidad; y iii) la irresistibilidad, de faltar algunas de estas en el caso concreto no operara la fuerza mayor o caso fortuito como eximente de responsabilidad.

**c. Saavedra Becerra, Ramiro. 2003.** Acción controversias contractuales. 70001-23-31-000-1996-05631-01, Bogotá: Consejo de Estado, 18 de Septiembre de 2003.

En esta sentencia la corporación fija su postura afirmando que la relación negocial que surge entre la administración y el particular opera prima facie el principio de autonomía de la voluntad, en el cual partes asumen obligaciones correlativas, sin embargo cuando surge situaciones sobrevinientes que afecten el equilibrio económico del contrato se pueden revisar dichas circunstancias bajo el marco de la teoría de la imprevisión y así mantener las condiciones iniciales del negocio jurídico.

## **1.6 METODOLOGÍA APLICADA**

La metodología de investigación que utilizamos para este trabajo es deductivo descriptivo donde analizamos el equilibrio económico y financiero de los contratos estatales.

El objetivo de la investigación descriptiva consiste en llegar a conocer las situaciones, costumbres y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas. Su meta no se limita a la recolección de datos, sino a la predicción e identificación de las relaciones que existen entre dos o más variables. Los investigadores no son meros tabuladores, sino que recogen los datos sobre la base de una hipótesis o teoría, exponen y resumen la información de manera cuidadosa y luego analizan minuciosamente los resultados, a fin de extraer generalizaciones significativas que contribuyan al conocimiento.

## Capítulo II

### EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

El aumento de la tasa representativa del mercado como se explicado en el capitulo anterior a producido la afectación en la ecuación contractual la cual se ha visto afectada de tal manera que los contratistas han tenido que disponer de mayor presupuesto para cumplir con los contratos establecidos con el estado y observar las variables que ocasionaron dicho aumento.

La Constitución Política de 1991 estableció que “El Estado, por intermedio del Banco de la República, velará por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda”. Posteriormente, la Corte Constitucional en Sentencia C-481 de julio 7 de 1999 profundizó sobre la coordinación que debe haber entre las políticas monetaria, cambiaria y crediticia a cargo de la Junta Directiva del Banco de la República (JDBR), y la política fiscal, salarial y de empleo a cargo del Gobierno nacional: “[...] la actividad del Banco para mantener la capacidad adquisitiva de la moneda debe ejercerse en coordinación con la política económica general [...]”.(REPUBLICA, 2015, pag. 6)

#### 2.1 POLÍTICA CAMBIARIA

El banco de la republica mediante informe anual de marzo de 2015 explica y enumera las posibles medidas que se pueden tomar frente al mercado cambiario de divisas que actualmente opera en Colombia.

*Desde septiembre de 1999 Colombia tiene un sistema de tasa de cambio flexible, según el cual la cotización del peso frente a otras monedas se da mediante la libre oferta y demanda de divisas en el mercado cambiario. Este régimen, además de ser coherente con la estrategia de inflación objetivo, tiene las siguientes ventajas:*

- *La flexibilidad cambiaria es deseable en países que con frecuencia enfrentan choques reales. Por ejemplo, fuertes caídas en los términos de intercambio suelen estar acompañadas de devaluaciones nominales que contribuyen a suavizar el choque. Así, los movimientos en el tipo de cambio tienden a acomodar los precios relativos de la economía y hacen que el impacto de los choques sobre la actividad y el empleo sea menor.*

- *En un régimen de flotación cambiaria las autoridades de una economía pequeña y abierta, como la colombiana, tienen mayor autonomía en su política monetaria, hecho que les permite reaccionar a sus propios ciclos económicos. En caso contrario, cuando se tiene una tasa de cambio fija frente a una moneda de un país desarrollado, la política monetaria estaría supeditada a las decisiones de la autoridad monetaria externa. De esta forma, si los ciclos económicos no están sincronizados, las acciones monetarias del país desarrollado podrían generar efectos negativos sobre el producto y el empleo del país emergente.*

*No obstante, el Banco de la República como autoridad cambiaria tiene la potestad de intervenir en el mercado de divisas. Así, la estrategia de inflación objetivo bajo un régimen de flexibilidad cambiaria debe evaluar si una política de intervención es coherente con el logro de la meta de inflación en el mediano plazo. De esta manera, el manejo de la tasa de cambio reconoce la importancia de la flexibilidad como un elemento central de dicha estrategia. Desde que se implementó el régimen de tasa de cambio flexible, el Banco ha participado en el mercado cambiario con intervenciones esterilizadas, sin pretender fijar o alcanzar algún nivel específico de la tasa de cambio.*

*Las principales razones de dichas intervenciones han sido las siguientes:*

- *Mitigar movimientos de la tasa de cambio que no atiendan claramente al comportamiento de los fundamentos de la economía. Con ello se pretende evitar que posteriores correcciones en la cotización de la moneda pongan en riesgo la meta de inflación.*
- *Disminuir la volatilidad de la tasa de cambio alrededor de su tendencia.*
- *Incrementar el nivel de reservas internacionales para reducir la vulnerabilidad externa y mejorar las condiciones de acceso al crédito externo.*
- *Garantizar la liquidez necesaria en moneda extranjera”. (REPUBLICA, 2015, Pag. 8 a 10)*

## **2.2 PRECIOS DEL PETRÓLEO**

**Mediante este artículo se plantean las diferentes variables que operan en la baja de los precios del petróleo y se analiza el comportamiento a futuro de los precios del crudo:**

*Los precios internacionales del petróleo presentaron una fuerte caída que alcanzó el 60% entre finales de junio de 2014 y mediados de enero de 2015, al pasar de USD 115 por barril a USD 45,8 barril para la referencia Brent. Este choque obedeció a una conjugación de factores, dentro de los cuales predomina la consolidación del incremento en la oferta de petróleo y, en menor medida, la reducción en las perspectivas de la demanda. La mayor oferta de petróleo ha estado asociada principalmente con el incremento en la extracción de crudos no convencionales en América del Norte y la decisión de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) de no recortar su cuota de producción. Por su parte, el debilitamiento en las perspectivas de demanda ha respondido, principalmente, a las menores expectativas de crecimiento económico mundial y la mayor eficiencia en el uso de combustibles. A esto se suma la apreciación del dólar, que debilita aún más la*



*demanda de crudo, al reducir el poder adquisitivo de las monedas de los países compradores” (Banco Mundial, 2015)*

El precio del petróleo se redujo alrededor de 60% entre junio de 2014 y septiembre de 2015, como consecuencia, principalmente, de una mayor oferta mundial de crudo.

*Desde julio de 2014 la economía colombiana ha enfrentado un choque externo negativo debido al descenso del precio del petróleo, comportamiento que se acentuó en el cuarto trimestre del año. Si bien es probable que su efecto neto sobre el crecimiento de la economía mundial sea positivo, sus impactos sobre los países importadores y exportadores netos del crudo son distintos. Por una parte, los países importadores se beneficiarán gracias al alivio en el presupuesto de los hogares, por el menor costo de los insumos y la mejora de su posición externa y fiscal. Por otra parte, los países exportadores de petróleo, como Colombia, se verán afectados por la caída de sus ingresos externos y fiscales. Los efectos de un menor precio del petróleo se transmiten a la economía nacional mediante diversos canales. El más importante es el descenso en los términos de intercambio. Ello se refleja en un deterioro del ingreso nacional y en una caída en la inversión, al igual que en una desmejora del balance comercial y fiscal. La caída de las cotizaciones del crudo también reducen las entradas de capital, sobre todo las relacionadas con la inversión extranjera directa, especialmente la dirigida al sector petrolero”. (REPUBLICA, 2015, Pag.39)*

La revista dinero en uno de sus artículos analiza el por qué la baja del precio del petróleo y la consecuencias que le trae a las finanzas publicas de Colombia y el fenómeno de afectación frente TRM.

*Siendo el petróleo una materia prima anteriormente controlada en precios y cantidades por la Organización de Países Productores y Exportadores de Petróleo (Opep), las expectativas del precio siguen estando en picada pues **Arabia Saudita llegó a volúmenes producidos históricos e Iraq logró producir 1 millón de barriles diarios (mbd).***

*A pesar de que la producción de **Iraq continúa siendo inferior a los 3 o 4 millones de barriles diarios (mbd) producidos durante los últimos 3 años**, el nuevo volumen ha empujado aún más la caída del precio, hasta cotizarse por debajo de los US\$50.*

*Esto se debe a la abundancia innecesaria de petróleo en el mercado, que no es absorbida por los tradicionales consumidores más grandes (Estados Unidos y China).*

*Para Goldman Sachs, la gran sorpresa es que la producción de petróleo **por fuera de los países pertenecientes a la Opep, también han incrementado su producción** hasta en 235 miles de barriles diarios en el primer semestre de 2015, alcanzando los 47,3 millones de barriles diarios (mbd) en el segundo trimestre del año, especialmente, promovido por Rusia y países cercanos al océano nórdico.*

*Por esta razón, la banca de inversión sugiere que continuará una sobreoferta induciendo a los precios del WTI a US\$45 para el próximo año.*

*El escenario para el **Brent** tampoco es alentador, pues los pronósticos fueron también revisados a la baja. **Para el cuarto trimestre de 2015 el precio objetivo disminuyó desde US\$53 hasta US\$45**, para el precio promedio de todo este año la disminución fue desde los US\$58,2 a \$53,7. Por su parte, el precio promedio proyectado para el año 2016 lo disminuyeron de US\$62 a US\$49,5, es decir una reducción del 20%.*

*De acuerdo con la banca de inversión, el aumento de la producción por fuera de Estados Unidos es suficiente para cubrir la caída de la producción que informó ayer la Agencia de Investigación de Energía (EIA) de Estados Unidos, quién aseguró que la producción en Estados Unidos cayó en 316.000 de barriles diarios, desde sus volúmenes máximos en abril.*

*Pese a las expectativas negativas de los analistas de que los principales demandantes del petróleo sobre la recuperación de su economía, como China y con la sobreoferta de la Opep y de los países que no pertenecen a la organización, la EIA aseguró que el bajo precio está desincentivando las compañías productoras que **tienen altos costos de producción y pronostica que los precios del petróleo empezarán a estabilizarse al alza nuevamente en el próximo año por lógica económica.***”(Precio del petróleo no vislumbra pronta recuperación, 2015)

**Para muchos el aumento de la producción petrolera es una medida de castigo o control por parte de estados unidos contra Rusia ya que como se evidencia en las noticias internacionales desde el año pasado el conflicto por el territorio de Crimea antes perteneciente a ucrania.**

### **2.3 AFECTACIÓN DE LAS FINANZAS PÚBLICAS POR EL AUMENTO DEL DÓLAR**

**El incremento del dólar es un factor determinante para las finanzas públicas ya que nosotros como exportadores de petróleo dependemos de las utilidades que produce la exportación del crudo; dichas importaciones se han visto afectadas por la sobre oferta de petróleo en el mundo como se puede evidenciar en el siguiente artículo de la revista dinero:**

*Un dólar de doble filo ha incrementado tanto los ingresos del gobierno como sus salidas, siendo estas últimas las ganadoras. El ajuste es una realidad y podría ser necesaria una mayor tributación en el futuro.*

*En el último año la caída en picada de los precios del petróleo provocó que las finanzas públicas de los países que **dependen en gran medida de los ingresos por materias primas se vieran duramente afectadas.***

*El precio del crudo tipo Brent desde **septiembre del año anterior ha caído 50,88% diezmando prácticamente los ingresos del gobierno**, al ser este el accionario mayoritario de Ecopetrol y el dueño del efectivo en la balanza de pagos.*

*Sin embargo, hay un pequeño colchón que ha permitido al gobierno solventar varios problemas relacionados con sus menores ingresos. **Como efecto secundario de la desconfianza en la economía Colombiana y su desaceleración**, el peso se ha revaluado significativamente llegando a valores máximos de \$3.100 en agosto de 2015.*

***Esta devaluación del peso de 52,33% desde septiembre de 2014**, permite en primera instancia que las deudas en dólares del gobierno sean mucho más difíciles que pagar. **Ya no hay que dar \$1.850 por cada dólar sino que ahora hay que dar poco menos del doble.***

*Al revisar el Plan Financiero 2015 del Ministerio de Hacienda, se observa un déficit proyectado para el presente año de \$123,8 billones o 3% del PIB.” (¿Qué tanto ha afectado el dólar a las finanzas públicas?, 2015)*

## **2.4 POSICION DEL CONSEJO DE ESTADO FRENTE AL DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL**

**El consejo de estado ha tenido una postura clara, determinando los factores que son necesarios para invocar la teoría de la imprevisión y hecho del príncipe en sus sentencias; cabe resaltar que en las acciones contractuales interpuestas se han negado las pretensiones del demandante por parte del consejo de estado argumentando que los demandantes no cumplen con los requisitos. .**

*El Consejo de Estado colombiano, siguiendo muy de cerca las tesis del Consejo de Estado francés, sustentado en la teoría del servicio público y la noción de equilibrio financiero del contrato, ha planteado desde los años 80 la aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos del Estado. Se ha afirmado que en contratos como el de suministro y en general en los contratos de tracto sucesivo, obra civil, concesión, arrendamiento, etc., se puede presentar un desequilibrio financiero del contrato. Conforme con la ley administrativa, artículo 20 del Decreto 222 de 1983 y el artículo 14 de la ley 80 de 1993, la administración puede modificar unilateralmente el contrato.*

*En tales eventos, debe compensar al contratista de los mayores costos que ello le pueda aparejar.*

Sería de gran utilidad que las instituciones estatales se concientizaran que con la modificación unilateral del contrato se evitarían procesos engorrosos ante la jurisdicción administrativa y se cumplan principios como la igualdad consagrados en nuestra constitución.

*Cuando se rompe el equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, a pesar de que el particular deba asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio. Ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante que lo prive de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones convenidas. El fundamento jurídico del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, se encuentra 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.*

*Además, porque no resultaría justo ni equitativo privar al particular que contrata con el Estado, del derecho a obtener la satisfacción de sus aspiraciones contractuales dentro de lo razonable y legal. El particular no debe ser sacrificado en aras de una finalidad estatal, porque la atención de la misma corresponde, de conformidad con lo establecido por las normas superiores, a la administración.*

Al contratar con el estado el contratista dentro de sus fines esta cumplir de manera satisfactoria con el contrato y que producto de este cumplimiento se genere una utilidad que acreciente su patrimonio.

*Al respecto el Consejo de Estado manifestó: “La teoría del equilibrio financiero del contrato es aplicable a todos los contratos conmutativos de la administración, no cabe por tanto al respecto distinción alguna entre los negocios jurídicos que celebra la administración, de lo cual se infiere que su aplicación no es ajena al contrato de suministro ni al de arrendamiento.”*

*“Como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia, el equilibrio económico puede verse alterado durante la ejecución del contrato, por las siguientes causas:*

- 1. Por actos o hechos de la entidad administrativa contratante.*
- 2. Por actos de la administración general como estado. Hecho del Príncipe.*
- 3. Por factores exógenos a las partes del negocio. Teoría inicialmente llamada de la imprevisión.*

*La primera causa se presenta cuando el rompimiento de la ecuación financiera del contrato estatal se produce por la sola actuación de la administración como contratante; por ejemplo, no cumple en la forma debida con las obligaciones derivadas del contrato, de cuyo comportamiento se deriva la responsabilidad para la administración.*

*La Segunda causa, conocida como Hecho del Príncipe, se presenta por causas imputables al Estado, como el ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general.*

*La tercera causa, tiene que ver con la teoría inicialmente enunciada como de la imprevisión que involucra circunstancias no imputables al Estado, externas al contrato pero con incidencia en él.*

El consejo de estado en una de sentencias niega el las pretensiones invocadas bajo la teoría de la imprevisión argumentando que el contrato que genero la controversia contractual no es tracto sucesivo si no un contrato de compraventa.

*La diferencia fundamental entre las dos primeras causas, como lo señala Marienhoff, consiste en que “El hecho del príncipe” presupone una norma general emanada de la autoridad pública, en tanto que la responsabilidad contractual del Estado presupone una norma específica relacionada con el contrato administrativo en cuestión; la responsabilidad por el hecho del príncipe no es directa, sino refleja: incide en el ámbito jurídico del contratante, causándole un daño resarcible por ser éste diferencial respecto a los demás habitantes.*

*Resulta trascendente destacar en la teórica propuesta por el Consejo de Estado, la clara diferencia de tratamiento que dicha corporación propone en la solución de los conflictos entre contratistas y el Estado, frente a la solución prevista por la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en relación con los conflictos de incumplimiento contractual entre particulares, derivados de modificaciones o alteraciones en el equilibrio prestacional del contrato. La solución propuesta por el Consejo de Estado 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 redunde en una defensa de los intereses del Estado, y de la comunidad general que él representa.” (GIL, 2009, Pag. 30)*

## **2.5 POSICION DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE A LA TEORIA DE INPREVISION**

### *1. C-892-01 M.P Rodrigo Escobar Gil.*

Esta sentencia define los criterios constitucionales que se deben tener en cuenta cuando se afecta la ecuación económica de los contratos estatales, contemplando de esta la reciprocidad en las prestaciones contractuales y la necesidad

de garantizar la estructura económica del contrato frente a las distintas variables que podrían afectar su cumplimiento y ejecución material, buscando con ello equipar y armonizar las exigencias del interés público social con la garantía de los derechos del contratista.

En este sentido que 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. 2º), igualdad (art. 13) y garantía de los derechos adquiridos (art. 58) a los que ya se ha hecho referencia.

Se han producido tres análisis de la teoría de la imprevisión en nuestra Corte Suprema de Justicia a partir del Código de Comercio de 1972, sin embargo, hay dos antecedentes jurisprudenciales anteriores que es conveniente considerar.

En octubre 29 de 1936, la Corte Suprema de Justicia se refirió así sobre la teoría:

*Ante el principio de la autonomía de la voluntad y el postulado de que los contratos son una ley para las partes, se ha suscitado la cuestión de si los tribunales pueden corregir o modificar cómo se ha de ejecutar un contrato cuando han surgido posteriormente a la ejecución de éste ciertos hechos que vienen a constituir un desequilibrio en la prestación de alguna de las partes, hechos extra contractuales y que no pudieron ser previstos cuando el contrato se celebró".*

*"Sobre el aforismo de los glosadores del derecho romano rebus sic stantibus, o sea que hay que suponer que las partes han entendido mantener el contrato si las circunstancias en que se celebró no cambian, se ha fundado la teoría de la imprevisión, que se encamina a darle al juez la posibilidad de modificar la ejecución de un contrato cuando han variado de tal manera las circunstancias, que se hace imposible para una de las partes cumplir lo pactado, sin que sufra lesión en sus intereses.*

*"Aun cuando entre los modernos expositores del derecho existe discrepancia sobre la adopción de esta teoría y aun cuando en este fallo no se trata de su aplicabilidad, todos los expositores están de acuerdo en que ella no tiene cabida, **ni puede aplicarse sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos, porque entonces el acto jurídico ya no existe**, de suerte que por más que pudiera ampliársela no se pudiera llegar a la revisión del contrato por ministerio de la justicia, puesto que la teoría sólo se inspira en la idea del equilibrio contractual"*

No aplica la teoría la Corte Suprema de Justicia en esa oportunidad, pero sus consideraciones sobre ella son importantes, por ser la primera vez que este Tribunal las observa en Colombia.

En mayo 23 de 1938, con la ponencia del Dr. Arturo Tapias Pilonieta, nuevamente la Corte Suprema de Justicia aborda el problema de la teoría de la imprevisión, en esta ocasión de una manera más amplia y sistemática.

Dicen algunos apartes de esta jurisprudencia:

*La teoría de la imprevisión que según Demogue nació en el derecho canónico debido a los esfuerzos de los canonistas de la Edad Media que impusieron su aplicación por los tribunales eclesiásticos, impidiendo así el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, como algo contrario a la moral cristiana, supone como subentendida en los contratos una cláusula rebus sic stantibus, según la cual sus autores explicaban que las partes implícitamente se reputan haber subordinado la subsistencia de sus respectivas obligaciones, en los términos en que se habían convenido, a la persistencia de las condiciones de hecho existentes al día del contrato. La fórmula completa es: contractus qui habent tractum succesivum et dependiam de futuro rebus sic stantibus inteliguntur. "Esta teoría, radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir que se trate de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, la dificultan en forma extrema, haciéndola tan onerosa, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc. ",*

De igual manera podemos asegurar como se argumenta en varias jurisprudencias que nadie está obligado a lo imposible y por lo tanto de no poderse cumplir las obligaciones que se pactaron en el contrato por factores externos, imprevisibles y autónomos se podrá invocar el principio de imprevisión.

*Aceptada casi unánimemente esta teoría en los últimos años por la doctrina y la jurisprudencia extranjera en el campo del derecho administrativo, no ha tenido sin embargo igual acogida en el campo del derecho civil, objetándose de contraria a la integridad y firmeza de los contratos. En Francia, la jurisprudencia de los tribunales civiles durante todo el siglo pasado rehusó aplicar la teoría, porque le daban primacía al principio de la autonomía de la voluntad. Solamente en los años posteriores a la gran guerra, 1914-1918, los grandes*

*tratadistas a merced del abandono de la interpretación exegética de los textos tratan de incrustarla dentro de la doctrina de los códigos de tradición napoleónica, aun cuando entre ellos surgen desacuerdos cuando se le dedican a darle el verdadero fundamento científico. Así a la escuela espiritualista de Ripert, fundada sobre el predominio de la noción de moral, se oponen las opiniones de Bonnecasse y de Domugue, para quienes la noción de derecho y la función económica y social del contrato, bastan a justificar la teoría".*

Cabe resaltar que la corte suprema de justicia no puesto en práctica la teoría de la imprevisión solo se limitó a declárala exequible mediante sentencia.

En esta oportunidad, tampoco la H. Corte aplicó la teoría al caso debatido, pues la misma fue alegada en casación y en opinión de la Corporación, se debió haber invocado en instancia, para poder considerarla en el recurso extraordinario. Sin embargo, el aporte de la H. Corte es bastante considerable, para observar los lineamientos con los cuales se comenzó a esbozar la teoría en Colombia.” (ARRUBLA PAUCAR, 2010)



## Conclusiones

Bajo el presente análisis esta investigación se evidencia que el fenómeno presentado en la TRM comprometió de manera directa los recursos de las Entidades estatales, desbordando la previsión económica del Banco de la República, que aunque a partir de 1999 adoptó un "...sistema de cambio flexible, en el cual la cotización del peso frente a otras monedas se da mediante la libre oferta y demanda de divisas en el mercado cambiario...", el cual se implementó con el propósito de proteger la economía interna de los riesgos de la desaceleración económica internacional, regulando de igual forma la tasa de interés entre otras variables a propósito de evitar inestabilidad financiera.

Sumado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la caída del precio internacional del petróleo le impidió al Banco de la República estabilizar el precio del dólar, sacando al mercado las reservas internacionales de esta divisa y así regular el mercado cambiario, en la medida que uno de los principales ingresos del Estado colombiano provienen de las exportaciones de dicho combustible, en consecuencia como factor de compensación el emisor central se abstuvo de intervenir en la depreciación del peso frente al dólar.

Finalmente, este factor de compensación macroeconómico utilizado por el emisor central no tuvo en cuenta que las entidades estatales suscribieron contratos en los cuales el precio del dólar es determinante para establecer los costos directos e indirectos de los mismos, es por ello que resulta relevante analizar a fondo la problemática para así determinar cuáles son las causas y proponer una serie de soluciones que en corto y largo plazo le permita a las Entidades estatales mitigar los riesgos que implica este fenómeno.

Al analizar la posición de la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** se evidencia que ha dejado claro los criterios constitucionales que se deben tener en cuenta para que se vea afectada la ecuación económica y se presente la figura jurídica de teoría de la imprevisión como lo expresa la sentencia *C-892-01 M.P Rodrigo Escobar Gil*.

El **CONSEJO DE ESTADO** frente a las controversias contractuales que han invocado la teoría de la imprevisión ha manifestado que la teoría del equilibrio financiero del contrato es aplicable a todos los contratos conmutativos de la administración y que cuando se rompe el equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, asumiendo el particular el riesgo normal y propio de cualquier negocio.

Al igual que la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** el **CONSEJO DE ESTADO** establece los factores para invocar la teoría de la imprevisión; al revisar los fallos de la jurisprudencia en los cuales se invocó la teoría de la imprevisión se evidencia que no se concedieron las pretensiones de la parte demandante por falta de los requisitos expuestos por las altas cortes; como referencia podemos tomar las sentencias **SC 10113-2014 Ref.: Expediente No 68001 31 03 005 2003 00366 01** del 31 de julio 2014 **MP MARGARITA CABELLO BLANCO** y la sentencia del **CP**: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ del 29 de enero de 2014 RADICACIÓN: 25000232600020021616 01 EXPEDIENTE: 28402 ACTOR: OROMAX LTDA. DEMANDADO: NACION - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA REFERENCIA: CONTRACTUAL – APELACIÓN SENTENCIA.

Queda planteado el interrogante si con este fenómeno de la baja en los precios del petróleo las altas cortes abrirán la puerta para el uso de la teoría de la imprevisión como herramienta de defensa para los contratistas afectados por el alza del dólar producto de un hecho **Exterior, Irresistible e imprevisible como lo argumentan las Altas Cortes.**

Una de las soluciones que planteamos para mitigar la caída del precio de petróleo es el aumento del interés por parte del BANCO DE LA REPÚBLICA intentando de esta forma atraer inversionistas extranjeros que ingresen dólares a nuestra economía generando un riesgo ante la posible aparición de capitales golondrina.

## BIBLIOGRAFÍA

- DINERO*; ¿Qué tanto ha afectado el dólar a las finanzas públicas? (2015). .  
(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil 13 de noviembre de 1962).  
Acción constroversias contractuales, 14577 (Consejo de Estado 29 de mayo de 2003).
- Ariño Ortiz, G. (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*.  
Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.
- ARRUBLA PAUCAR, J. A. *CONTRATOS MERCANTILES*.  
Banco de la República. (s.f.). *Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República*.  
Recuperado el 23 de Abril de 2015, de  
<http://www.banrepultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/economia/econo112.htm>
- De Laubadere, A., Moderne, F., & Delvolvé, P. (1983). *Trité des contrats administratif*.  
Paris: L.G.D.J.
- Ediciones Depalma. (1977). *Tratado Integral de los Contratos administrativos*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- García De Enterria, E., & Fernández, T. (1983). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- GIL, W. J. (2009). LA TEORIA DE LA IMPREVISION ¿REGLA O PRINCIPIO?  
*MISION JURIDICA MISION JURIDI REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES* , 30.
- Marienhoff, M. (1999). *Tratado de Derecho Administrativo, Contratos Administrativos Teoría General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Morera Cruz, J. O. (20 de Enero de 2004). *Como funciona el mercado cambiario*.  
Recuperado el 23 de Abril de 2015, de <http://www.gestiopolis.com/como-funciona-el-mercado-cambiario/>
- Peirano Facio, J. (1981). *Responsabilidad Extracontractual 3a ed.* Bogotá: Temis.
- Precio del petróleo no vislumbra pronta recuperación. (2015). *DINERO* .
- REPUBLICA, I. D. (27 de 3 de 2015).  
[http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/ijd\\_mar\\_2015.pdf](http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/ijd_mar_2015.pdf). Recuperado el 24 de 9 de 2015
- Rieveró, J. (1984). *Derecho Administrativo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

Rodrigo , E. (2000). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública* .

Bogotá: Legis Editores.

**SENTENCIAS:**

Sentencia de Unificación , AC-7715 (Consejo de Estado 13 de Julio de 1999).

Sentencia judicial, 12423 (Consejo de Estado 15 de Junio de 2000).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil 13 de noviembre de 1962.

Acción constroversias contractuales, 14577 (Consejo de Estado 29 de mayo de 2003).

Acción controversias contractuales , 14781 (Consejo de Estado 11 de Septiembre de 2003).

Acción controversias contractuales, 70001-23-31-000-1996-05631-01 (Consejo de Estado 18 de Septiembre de 2003).

Acción de Controversias contractuales, 25000232500019980147801 (Consejo de Estado 12 de marzo de 2014).

Acción de reparación directa, 6600-23-00-01-1998-0091-00 (Consejo de Estado 23 de septiembre de 2009).

Acción judicial, 13090 (Consejo de Estado 27 de noviembre de 2002).