

# EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL

Jaime Oviedo Gomez<sup>1</sup>

Luz Dary Esteban<sup>2</sup>

## RESUMEN

La ecuación contractual y el consecuente equilibrio económico del contrato ha sido un tema muy debatido en la doctrina y jurisprudencia colombiana, ya que a causa de esta, se han presentado muchas interpretaciones que han llegado al litigio entre la entidad contratante y el contratista, en la mayoría de las veces el contratista ha utilizado este principio como una oportunidad de negocio, porque el estado con esta norma es garantista de las utilidades del contratista, a pesar que se ha hecho un esfuerzo enorme para contrarrestar esta situación por medio de políticas emitidas por el CONPES, artículos que fueron agregados en la ley 1150 de 2007 y los diferentes pronunciamientos que ha hecho el consejo de estado sobre el tema, las entidades estatales continúan siendo vulnerables ante los contratistas cuando se presentan situaciones imprevistas durante la ejecución del contrato, aprovechando este principio para no mitigar los riesgos que se pueden presentar a causa de saber que siempre el estado será garante de sus utilidades.

---

<sup>1</sup> Administrador Empresas, estudiante de la especialización en Contratación estatal, Universidad la gran Colombia, email: *jaog\_44@hotmail.com*,

<sup>2</sup> Abogada, estudiante de la especialización en Contratación estatal, Universidad la gran Colombia, email: *Luzdaryeste@hotmail.com*

## **ABSTRACT**

The contractual equation and the consequent economic equilibrium of the contract has been one of the much debated subject in the Colombian doctrine and jurisprudence, because of this, many interpretations have been presented that have reached the litigation between the contracting entity and the contractor, Most of the times the contractor has used this principle as a business opportunity, because the state with this, guarantee the contractor's profits, although a huge effort has been made to counteract this situation through policies issued by the CONPES, articles that were added in Law 1150 of 2007 and the different pronouncements made by the state council on the subject, state entities continue to be vulnerable to contractors when unexpected situations arise during the execution of the contract, taking advantage of this principle so as not to mitigate the risks that may arise because of knowing that the state will be guarantor of its utilities.

**PALABRAS CLAVES:** Ecuación contractual, Equilibrio Económico, Conmutatividad, Riesgo Contractual, Teoría de la Imprevisión, Riesgos previsibles.

## **INTRODUCCIÓN**

Es de vital importancia tener presente los problemas que ha tenido la contratación estatal a lo largo de la historia, los vacíos normativos y las interpretaciones que se le han dado a los diferentes artículos establecidos en las leyes que la han regido, para efectos de la presente investigación nos centraremos en particular a la ecuación contractual y el consecuente equilibrio económico del contrato, analizando en forma general, cómo la interpretación de este principio ha afectado económicamente al estado y los perjuicios que le ha representado, viéndose reflejado en la poca gestión que puede tener el

contratista en el planeamiento contractual de los riesgos previsibles que se pueden presentar en la ejecución del contrato al saber que el estado es garante de las utilidades que el negocio contractual representa para él, cuando se presente una imprevisión, trayendo consigo que exista el riesgo moral y la selección adversa.

En el ordenamiento jurídico colombiano, el principio del equilibrio económico para los contratos administrativos se consagra con el Decreto 222 de 1983 y con la expedición de la Ley 80/93 se establece el derecho de ambas partes al restablecimiento de la igualdad o la equivalencia de las prestaciones como lo establece el artículo 27, cuando esta se altera por causas no imputables a la parte afectada.

En el presente trabajo, analizaremos cómo el concepto de ecuación contractual y el consecuente principio del equilibrio económico incentiva el oportunismo del contratista y desincentiva su eficiencia, Identificando las diferentes interpretaciones y aplicaciones que se le han dado al concepto de la ecuación contractual y el principio del equilibrio económico en la contratación estatal para determinar las circunstancias que incentivan el oportunismo económico por parte del contratista.

Estableceremos los antecedentes históricos del concepto del equilibrio económico en la Contratación Estatal a partir de la ley 80 de 1993, haciendo una reseña de los antecedentes legales y jurisprudenciales del artículo 27 de la ley 80 de 1993, con el fin de determinar cómo el principio atenúa la importancia de la teoría de gestión del riesgo por parte del contratista, para de esta forma entender cuando los riesgos previsibles e imprevisibles afectan el acuerdo de voluntades del cual las partes establecieron las obligaciones.

## ECUACIÓN CONTRACTUAL DEL CONTRATO ESTATAL

La ecuación contractual es definida en la jurisprudencia y la doctrina como la equivalencia entre derechos y obligaciones pactados al suscribirse el contrato, durante la vigencia del contrato se debe mantener esta relación con el fin de no afectar el equilibrio económico del contrato, respetando así la conmutatividad del contrato.

Verificando el contexto histórico la ley 80 en su artículo 5 determinaba que los contratistas tienen el derecho a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de la no pérdida por la ocurrencia de las situaciones imprevistas que no les sean imputables, siendo esta norma utilizada por el contratista a su favor.

las interpretaciones dadas a este principio obligaron al consejo nacional de planeación mediante documento CONPES 3107 “Políticas de manejo de riesgo contractual del estado para procesos de participación privada en infraestructura” y CONPES 3133 “ Modificaciones a la política de manejo del riesgo contractual del estado para procesos de participación privada en infraestructura”, buscar un criterio preventivo a todas las contingencias que se pudieran presentar durante la ejecución del contrato, con el fin de vincular en el contrato los riesgos previsibles como una obligación para la parte al que le fue asignado, la ley 1150 de 2007 en su artículo 4 “de la distribución del riesgo en los contratos estatales: los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”, es en esta ley en donde de manera imperativa se obliga a todos los responsables de la contratación pública estatal y para todos los contratos públicos a

analizar las contingencias a las que estos pueden estar sujetos, tipificarlos y distribuirlos a quien mejor los puede soportar, norma que hace que a partir de su entrada en vigencia, todos los contratos del estado se incorporen bajo el concepto de previsibilidad o de contingencias plenas como lo denomina la doctrina, (Santofimio, 2008, p 43-44);

Con el fin de ayudar a la interpretación y utilización de este artículo, el Departamento Nacional de Planeación mediante documento CONPES 3714 “Del riesgo previsible en el marco de la contratación pública” nos suministró una serie de lineamientos por medio de tablas que ayudan al planeamiento de los riesgos y así la administración pueda establecer todos los planes de contingencia necesarios para el cumplimiento de los fines del estado.

## 1. CAUSAS DE LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

Las causas no están definidas taxativamente en la norma, siendo deducidas de la doctrina, tomando en consideración las causas que la pueden generar, estas pueden provenir del estado, de la entidad contratante, del contratista y a las causas ajenas a la voluntad de las partes así;

### 1.1 Causas Imputables a la Entidad Contratante

#### 1.1.1 Ius Variandi

Se materializa cuando la entidad utiliza una de las potestades excepcionales propias de la contratación estatal tales como la interpretación, modificación, terminación unilateral del contrato, fuera de los parámetros legales sin un debido acuerdo de voluntades alterando las prestaciones pactadas desde el inicio del contrato y con esto causando un mayor valor al contemplado inicialmente en el contrato.

#### 1.1.2 Incumplimiento de la entidad contratante – Responsabilidad contractual

Esta se materializa cuando la entidad no cumple con las obligaciones relacionadas en el contrato, igualmente con la no planeación debida en los estudios previos que puedan afectar la ejecución contractual, tales como diseños en el caso de contratos de obras, adquisición de predios generando mayor tiempo en permanencia de obras.

La noción equívoca del equilibrio contractual. En primer lugar, si las condiciones de ejecución del contrato se ven alteradas por el incumplimiento de una de las partes, no se está frente a un evento de desequilibrio financiero del contrato, pese a que así lo afirme el artículo 5.1 de la Ley 80. En ese caso no se está frente a la modificación de las condiciones iniciales del contrato, sino ante la ocurrencia de un comportamiento reprochable de una parte, que genera una obligación de reparación integral. Por ello, la consecuencia no es el reequilibrio de la ecuación inicial, sino la indemnización de todos los perjuicios generados por el incumplimiento. (CUELLO, 2009, pág. 153).

Algunos autores se han centrado en comparar si se trata de un equilibrio económico o una indemnización por un daño causado, para nuestro parecer no depende de la forma como se contempla, siempre la consecuencia es la misma, llegando a causar un litigio por medio del contratista alegando el desequilibrio económico del contrato.

## 1.2 CAUSAS IMPUTABLES AL ESTADO

### 1.2.1 Hecho del príncipe

Se da cuando la administración pública toma decisiones que afectan gravemente la ecuación financiera del contrato, como por ejemplo impuestos, cambios de normas aduaneras, (SERRANO, 2013, pág. 253) la define como aquella prerrogativa de la cual gozan las autoridades públicas para tomar decisiones que si bien, tienen la finalidad de proteger el interés público, alcanzan particularmente a alterar la ecuación económica de un contrato de una manera grave y anormal, haciendo más onerosa su ejecución a la parte afectada con la medida.

## 1.3 CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

### 1.3.1 Teoría de la Imprevisión

Se puede definir como aquellos eventos sobrevinientes durante la ejecución del contrato, causados por fenómenos extraordinarios, imprevistos o ajenos a la voluntad de las partes, esta teoría está regulada por el código de comercio en el artículo 868 donde manifiesta que cuando surjan circunstancias ajenas e imprevistas que sean posteriores a la celebración del contrato y alteren o agraven el cumplimiento del objeto contractual por una de las partes y que a causa de este se genere una ostentosa onerosidad se podrá solicitar la revisión del contrato por circunstancias extraordinarias.

El fundamento de la teoría de la imprevisión en el derecho público, según un sector de la doctrina, estriba en la conmutatividad propia de los contratos estatales, así como en la necesidad de una justicia contractual (RODRIGUEZ, 2009, pág. 107), esta definición

nos ayuda a entender el principio de la conmutatividad en los contratos estatales, concluyendo que estos de ninguna manera pueden ser aleatorios ya que al presentarse algún hecho imprevisto toda la carga no debe caer en el contratista.

### 1.3.2 Requisitos para su aplicación

Debemos tener claro las definiciones anteriores, para su aplicación, los fenómenos extraordinarios, imprevistos deben obedecer a hechos de la naturaleza, económicos, mas no a las causas expuestas anteriormente (hechos del príncipe, *lus variandi*, incumplimiento de obligaciones), algunos autores se han referido a las causas que generan su aplicación así:

- Debe existir un contrato estatal de tracto sucesivo en ejecución, aunque la doctrina no descarta su aplicación en contratos de ejecución instantánea sometidos a plazo (HERRERA, 2004, pág. 322).
- Es necesario que el fenómeno sea de tal envergadura que haga excepcionalmente onerosa la ejecución del contrato, causando una verdadera pérdida a la parte afectada, que exceda el alea normal y previsible (BERCAITZ, 1980, pág. 452).
- Los aleas económicos, que se refieren a las alteraciones en las condiciones económicas externas que hacen más gravosa la ejecución del contrato (RODRIGUEZ, 2011, pág. 82).
- En el derecho comercial para que se presente imprevisión se requiere que se presenten situaciones extraordinarias, imprevistas o imprevisibles; en el régimen de la contratación pública, basta con que se presente una diferencia entre derechos y obligaciones, independientemente de que las causas que lo originen



sean ordinarias o extraordinarias, para que proceda la aplicación del equilibrio de la ecuación contractual (CONPES 3714, DNP, 2011).

## 2. TEORIA DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

La normatividad en contratación quiso diferenciar el concepto de los riesgos previsibles e imprevisibles mediante el artículo 4 de la ley 1150 en el cual exige que en “los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”, con el fin de prever los eventos futuros que pueden acaecer en la ejecución del contrato, afectando la ecuación contractual de este, dándole importancia al principio de previsibilidad y obligando desde la etapa de planeación a analizar las posibles contingencias que se podrían presentar, exigiendo el análisis de los Riesgos y la forma de mitigarlos desde los estudios previos.

El código de comercio en su artículo 1054 define el riesgo como “el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador” igualmente define los eventos que no constituyen riesgo “los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”, esta definición se acomoda a los riesgos imprevisibles o teoría de la imprevisión mencionada anteriormente.

Para una mejor comprensión del riesgo previsible el departamento de planeación nacional mediante CONPES 3714 dio lineamientos para comprender de mejor forma los “riesgos previsible” del contrato con el propósito de:

Convertirse en una herramienta para el mejoramiento continuo en la aplicación de la normatividad existente; buscar el establecimiento de reglas claras frente a posibles alteraciones del equilibrio financiero de los contratos; generar seguridad jurídica; y, en general, sentar las bases para el fortalecimiento y la homogeneización de los pasos que se surten en la etapa precontractual para el establecimiento de los riesgos previsible de la contratación.

Con el fin de que el contratista sea un colaborador de la administración, tendrán la oportunidad antes de presentar la oferta, de analizarlos y de modificarlos si es necesario, esta oportunidad la tiene el contratista en la audiencia de asignación de riesgo establecida para la licitación pública.

Asimismo, y en atención a que las normas que reglamentan los riesgos previsible establecen que la presentación de las ofertas implica la aceptación por parte de los proponentes de la distribución de riesgos previsible efectuadas por la entidad en estudios y documentos previos que acompañan los Pliegos Definitivos, lo cual implica que el proponente debió haberlos discutido y definido con la Entidad en el marco de su deber de colaboración con el Estado. (CONPES 3714, DNP, 2011).

Este documento CONPES fue el que esclareció cual era la finalidad de esta norma y concluyó que el objetivo de que el contratista interactúe con la administración antes de realizar su oferta, es que ayude a la planeación, ya que es el oferente el que conoce el negocio y es indispensable su experticia y conocimiento adquirido en la experiencia

propia de su negocio, sea compartida para que el contrato sea lo más completo posible, esta ayuda permitiría que no se presenten litigios y problemas que puedan afectar la ejecución paralizando el servicio público contratado.

Durante el desarrollo del trabajo de investigación trataremos de responder las siguientes preguntas, ¿Cuál sería la motivación del contratista en ayudar a la planeación de los riesgos contractuales, sabiendo que el estado es garante de sus utilidades?, ¿cómo podría el estado incentivar al contratista, al esté ayudar en la planeación?, ¿Qué riesgos podría correr la administración al ser garante de las utilidades del contratista?

### 3. TEORÍA ECONÓMICA DEL CONTRATO

Para analizar los riesgos que asume la administración siendo garantes de las utilidades en la contratación con la administración, es necesario definir dos variables que la teoría económica nos define.

#### 3.1 selección adversa o Información asimétrica

La selección adversa, es un término usado en economía, que describe aquellas situaciones previas a la firma de un contrato, en las que una de las partes contratantes, que está menos informada, no es capaz de distinguir la buena o mala calidad de lo ofrecido por la otra parte. El proceso que seguirá a esta asimetría de las partes es un fenómeno de selección adversa por el que solo se ofrecerán las peores calidades. Existen, no obstante, medios que tratan de evitar este resultado como es la señalización por algún

método de los productos o clientes de buena calidad, así como aprobación de leyes para prevenir el oportunismo y facilitar el escrutinio, las comparaciones independientes y los estándares y certificaciones de calidad. (Requejo, 2007)

En Colombia no existe una ley que permita evaluar el cumplimiento en cuanto a calidad de los bienes o servicios prestados, el contratista solo queda inhabilitado para contratar con el estado cuando se le aplica la caducidad en un contrato o cuando se multa 5 veces durante una vigencia fiscal, (Requejo, 2007) da un ejemplo cuando “el agente conoce antes de firmar el contrato un elemento relevante de la relación que el principal desconoce. La solución a este problema sugiere ofrecer distintas alternativas contractuales que lleven al agente a revelar su información”, y esta solución está lejos de presentarse a causa de lo garantista que es la norma colombiana al no exigirle al contratista que esté presente en la audiencia de asignación de riesgos, dejándole toda la carga de planeamiento a la entidad contratante.

### 3.2 Riesgo Moral

El riesgo moral es un concepto económico que describe aquellas situaciones en las que un individuo tiene información privada acerca de las consecuencias de sus propias acciones y sin embargo son otras personas las que soportan las consecuencias de los riesgos asumidos. El riesgo moral nos informa cómo los individuos asumen en sus decisiones mayores riesgos cuando las posibles consecuencias negativas de sus actos no son asumidas por ellos, sino por un tercero. (Krugman, 2010)

Mediante la anterior definición y dándole aplicabilidad en la contratación estatal, podemos estar incurriendo en un error al ser tan garantes con el contratista, por medio de las normas, anteriormente expuestas, (CANO, 2009) expone que “en las situaciones

de riesgo moral el principal no puede controlar el comportamiento del agente. En este caso, la solución pasa por transmitir incentivos a través del contrato”, en este caso el agente sería el contratista y autor propone una solución en buscar cualquier tipo de incentivo para evitar que este tipo de situaciones se presenten, en el análisis del problema planteado, ese incentivo sería de tipo restrictivo o contributivo dependiendo de las circunstancias de cada caso.

La siguiente definición ratifica lo anteriormente expuesto y nos da una visión más clara sobre los problemas que se pueden presentar en la implementación del artículo 4 de la ley 1150 de 2007 durante la tipificación, estimación, y asignación de riesgos.

(Krugman, 2010) Existe riesgo moral cuando una persona tiene una mayor información acerca de sus propias acciones que el resto de los individuos, esta situación provoca que, en caso de que sea otra la persona que soporta los costes asociados a la falta de esfuerzo o responsabilidad, los incentivos a esforzarse o ser responsables estén distorsionados. El riesgo moral reduce la capacidad del mercado para **asignar eficientemente el riesgo**. (Negrilla fuera de texto)

Sabiendo que los objetivos del contratante y el contratista entran en conflicto, ya que mientras uno busca la satisfacción del bien general mediante la adquisición de unos servicios públicos, el otro busca un beneficio personal por medio de unas utilidades, siendo dos objetivos diferentes, lo que es un costo para uno, es un ingreso para el otro, como está diseñada la implementación de los riesgos en la contratación actual y con el fin de que se realizará un contrato lo más completo posible, ameritaría que el contratista se esfuerce antes de presentar su oferta en realizar un planeamiento adecuado con la

entidad, generando costos sin saber que efectivamente el contrato le será adjudicado, pero ¿Estaría dispuesto el contratista a asumir esos costos?.

## REGULACIÓN LEGAL DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

La normatividad que da a la aplicación de la ecuación contractual está regulada en diferentes artículos de la ley 80 de 1993, estableciéndose como un principio, un derecho y un deber de ambas partes, con el propósito de cumplir con la finalidad de gestionar la continuidad de los servicios públicos para velar por el interés general de la comunidad, en las siguientes normas subrayamos los apartes más importantes para un mejor desarrollo del ensayo, así:

Inicialmente el artículo 4 del Estatuto General de la Contratación menciona acerca de la forma de actuar de la entidad estatal concerniente a cuando se presente o se produzcan fenómenos donde se altere o causen cambios en contra del equilibrio económico y financiero del contrato, se revisarán estas alteraciones. Así mismo el artículo 5 señala que dentro de los deberes y derechos del contratista éste tendrá derecho a recibir la retribución que se pactó al iniciar el contrato y que en caso que se rompa el equilibrio económico por ocasión de hechos imprevisibles al mismo y que no sean imputables al contratista se le restablezca por parte del Estado esos valores, se utilizarán mecanismos de ajustes y revisión de precios en donde se hubiere realizado licitación o contratación directa y si estos no resultaren se pactaran intereses moratorios. También el Contratista deberá actuar de manera rápida y oportuna acordando los mecanismos y procedimientos pertinentes para no causar una mayor onerosidad en el cumplimiento de sus obligaciones.

El artículo 14 alude a indicarnos cuales son esos medios que pueden ser utilizados por parte del Estado para que se cumpla el objeto contractual, y es que será de esta parte quien ejercerá el control y vigilancia a fin de evitar una paralización o afectación grave y que se encamine al no cumplimiento de dicho objeto, igualmente bajo las potestades excepcionales que le son otorgadas al Estado están las de ordenar y reconocer pagos de compensaciones e indemnizaciones a fin de mantener la ecuación económica del contrato.

De la misma forma el artículo 27 hace referencia de la Ecuación Contractual al indicar que en estos se mantendrán la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones y si por causas no imputables este se rompe y afecta a alguna de las partes, se determinará el menor tiempo para que se restablezca utilizando acuerdos o pactos sobre cuantía y condiciones para pagar gastos adicionales que se presenten.

Para concluir el artículo 28 de la misma Ley resalta la interpretación de las reglas contractuales, que se debe tener en cuenta los fines y los principios que trata la misma, los mandatos de la buena fe, la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracterizan los contratos conmutativos.

Es importante citar algunas partes de la doctrina que han interpretado este artículo para ver si las definiciones son concordantes entre los diferentes autores que la han definido. “En los contratos administrativos se establece una proporción entre las obligaciones del cocontratante y su remuneración, si la administración en la medida en que tiene derecho a hacer variar estas obligaciones, automáticamente debe variar la retribución para restablecer el equilibrio del sistema a fin de que la resultante sea

constante" (Cuello, 2009, Página sec 1:153) otros autores han afirmado que el equilibrio del contrato "no es otra cosa que el mantenimiento durante la ejecución del mismo, de la equivalencia entre obligaciones y derechos que se establece entre las partes al momento de su celebración" (SILVA, 2016), otras definiciones más sencillas afirman que "la ecuación contractual se concibió, por razones de equidad, para solucionarle a una de las partes la ruptura del equilibrio económico contractual" (ÁVILA, 2009, *pág.* 189) y por último en una forma más explícita adicionan los riesgos definiéndose como "la relación de equivalencia o igualdad entre las obligaciones, derechos, responsabilidades y riesgos de la administración con las obligaciones, derechos, responsabilidades y riesgos del contratista. La relación de equivalencia significa que lo que paga la administración es igual a lo ejecutado por el contratista, obedeciendo a la conmutatividad de los contratos" (MELO, 2017, *pág.* 70).

Podemos observar que las definiciones de los diferentes autores son similares, no habiendo discrepancias con las interpretaciones, siendo importante de forma general realizar una comparación de la aplicación de este principio en el derecho privado, en donde (PRAT, 2009, *pág.* 307) lo ha comparado así; "el equilibrio del contrato de derecho privado, en base a su inmutabilidad, es estático. Las partes se han comprometido a determinadas obligaciones que son invariables durante su cumplimiento. En cambio, el equilibrio del contrato administrativo es dinámico".

## CONMUTATIVIDAD EN LOS CONTRATOS ESTATALES



Es importante entender el concepto y las características de la conmutatividad para las interpretaciones de las reglas contractuales a que hace referencia el artículo 28 de la ley 80 de 1993.

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 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.

Es necesario conocer la aplicación que se le ha dado a este principio en el derecho privado y administrativo, (GAMBOA, 2008) argumenta que;

En los contratos entre particulares la equivalencia es que la relación sea exacta y objetiva o que deba mantenerse durante la vida del contrato. Lo que se desprende de una lectura directa del Código Civil en la materia es que de hecho la equivalencia no es proporcional y tampoco garantiza que de existir esa exactitud la misma deba mantenerse, mientras que en el contrato estatal el fenómeno de la conmutatividad se plantea sobre la base de equilibrio, del supuesto de igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas.

Las diferentes interpretaciones doctrinarias que se le han dado a las normas que regulan la ecuación contractual es que el legislador buscó una equidad como contrapeso a las cláusulas excepcionales con que cuenta la administración y con esto proteger las ganancias esperadas por el contratista durante toda la ejecución del contrato, (AVILA, 2009) dice que “solo procede el restablecimiento del equilibrio económico para la parte afectada, hasta el punto de no pérdida que permita una utilidad razonable al contratista”,

pero en la práctica calcular cuantitativamente esa utilidad sería garantizar las ganancias que se esperaban desde el inicio de las obligaciones, dándole alcance al presente trabajo, analizaremos más de fondo las definiciones por la jurisprudencia,

#### Factores que rompen el equilibrio económico

Para la Consejera Ponente (VALLE DE LA HOZ,2003 ), infiere que el contratista debe revisar los pliegos de invitación pública para los cuales se presenta y manifestar desde su experiencia las vicisitudes que se podrían prever y colaborar con la administración a contribuir a la planeación del objeto contractual, a su vez también manifiesta en concordancia con otras sentencias acerca de los hechos imprevistos, estos deben ser de condiciones externas de carácter grave y persistente y superen lo razonablemente previsible, resalta que hay ruptura del equilibrio económico a causa de hechos imprevistos cuando se demuestre que el evento ocurrido no corresponde al alea normal del contrato, siendo externo, extraordinario, imprevisible y con ocasión a un perjuicio grave para el contratista (p.23).

Para la magistrada ponente es importante tener claridad en determinar según doctrina y jurisprudencia cuales pueden ser los factores que afecten el equilibrio económico en los contratos estatales, (CORREA,2012):

Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo -ius variandi-, sean éstas abusivas o no, b. Actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”,

como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato. c) Factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato, pero con incidencia en él.

Siendo esta última la que tomamos como referencia y dan sustento a nuestra investigación, de igual forma hace referencia la magistrada Ruth Stella Correa Palacios en sentencia 21990 en concordancia con los 3 factores por los cuales se rompe el equilibrio económico, a su vez, analizaremos las siguientes sentencias que dan luces a la teoría que planteamos en esta investigación.

Para la subsección tercera del consejo de Estado sentencia 32774 del 9 de abril 2015 contra el Instituto Nacional de vías -INVIAS-, Consejero Ponente Santofimio Gamboa Jaime Orlando, la demanda se basa en la excesiva prolongación del plazo para la ejecución de las obras pues se amplió el plazo y no se tuvo en cuenta los ajustes suficientes para mantener el equilibrio económico en el contrato y este se rompió, el fallo del Tribunal es a favor del contratista y condenando a INVIAS a pagar la suma de \$ 4.448.171.572.86 pesos, costas, liquidación y pago de intereses moratorios.

Utilizan el recurso de apelación con fundamento en que el contratista conoce de la labor para la cual fue contratado, así mismo conoce, estudia, calcula y proyecta las ganancias o pérdidas que tendrá al celebrar el contrato y también tiene la posibilidad de manifestar las condiciones a contratar, manifiestan que no existe desequilibrio económico alegado pues estos ítems del contrato y sus adicionales tienen una correspondencia

razonable con los precios ofrecido y con los valores del mercado en el momento en que se suscribió el contrato.

Santofimio, afirma en lo relativo a la fórmula de reajuste de precios como alternativa para mantener la conmutatividad del contrato;

Por estas razones es que el fenómeno de la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse.

Para la Sección Tercera en cabeza de la magistrada Velásquez en sentencia del radicado 34454 es importante clarificar el concepto de la Teoría de la imprevisión y sus presupuestos de operatividad, de la siguiente manera:

La teoría de la imprevisión, se caracteriza porque se presenta una situación extraordinaria ajena a la voluntad de las partes contratantes, que no podía preverse al momento de la celebración del contrato y que afecta gravemente la economía del mismo, sin impedir su ejecución.

La teoría de la imprevisión regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribir, una situación

preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible. En general, estas tres situaciones se encuentran reglamentadas, principalmente, en los artículos 4° numeral 3° y 8°; 5° numeral 1°; 25 numeral 14; 27 y 28.

Es claro cuando afirma el Consejo de Estado que las partes contratantes pueden prever la ocurrencia de hechos imprevistos y pueden convenir el mecanismo de reajuste y revisión de precios el cual consagra el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, que el contratista tiende a confundir el apartado anterior con la no obtención de utilidades esperadas por el mismo, también hace un llamado a la desatención por las partes pero en particular del contratista de las cargas de diligencia de cuidado, de rigor y seriedad que les resulta exigibles al momento de estructurar la oferta.

Santofimio destaca en la sentencia que la teoría de la imprevisión exige entre otros requisitos que el desequilibrio no sea imputado a ninguna de las partes pues por lo tanto se trataría de un incumplimiento contractual.

Lo anterior también lo plasma en la sentencia radicado 55855 y aunque comúnmente se utilice esta teoría no siempre el contratista debe obtener lo que espera pues cualquier imprevisto no conduce al restablecimiento económico. Es claro al manifestar que se ocasiona un desequilibrio económico cuando se demuestre que se alteró de forma grave y anormal la economía del contrato tras ocurrir hechos imprevisibles e irresistibles y a su vez que fue manifestada la inconformidad oportunamente. También para la sala contempla el principio de la buena fe objetiva como parte fundamental de la

relación contractual y que su nacedero es en el Código de Comercio art. 871 y en concordancia del Código Civil art. 1603 donde ordena que los contratos deben ejecutarse a partir de la buena fe y que obligan a lo que en ellos se pacte y a todo lo que corresponda a su naturaleza, respetar su esencia, cumplir obligaciones del contrato suscrito, persistir en la ejecución de lo convenido y no sino el más relevante en este caso en particular el de informar a la otra parte en el momento oportuno y preciso de las inconformidades.

El estado debe buscar los incentivos para que la planeación del contrato se haga de una forma conjunta con el contratista y el esfuerzo que este realice se vea recompensado bien sea como un factor de ponderación para la adjudicación del contrato o halla una remuneración en el valor del contrato por el esfuerzo realizado, el contrato estatal siempre será incompleto, porque nadie conoce las circunstancias que se podrán presentar en el futuro y tratar de prever todos los riesgos que se puedan presentar durante la ejecución del contrato, generarían contratos excesivamente onerosos ya que se volverían una obligación para el contratista generando mayores costos en la presentación de las ofertas y podrían atentar contra el principio de economía contractual para la entidad estatal, ya que los procesos se demorarán al tratar de prever todos los riesgos que se podrían presentar.

Ahora bien, no se trata, de no realizar una adecuada planeación de los riesgos que se pueden prever atentado con el principio de previsibilidad del contrato estatal, se trata de realizarlos de manera eficiente generando incentivos para cuando se realicen de forma adecuada o sanciones para cuando estos se materialicen durante la ejecución del objeto contractual, actualmente el Artículo 2.2.1.2.1.1.2. del decreto 1082 de 2015, obliga a las entidades a realizar audiencias de asignación de riesgos, pero no es obligación del

contratista su asistencia (ausentandose la mayoría de las veces), esto se debe a que no hay incentivos en la parte precontractual ni sanciones en la parte contractual para solucionar los problemas que se pueden presentar en caso de llegar a presentarse una situación imprevista.

Analizando las diferentes interpretaciones dadas por la doctrina y la jurisprudencia expuestas anteriormente, nuestra propuesta de solución al problema, cuando se presente una situación imprevista durante la ejecución de las obligaciones contractuales, es regirnos el artículo 868 del código de comercio como una causal para la terminación unilateral del contrato cumplido el debido proceso de revisión de precios y renegociación con el contratista.

**REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS;** Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

Incluir dentro de las cláusulas exorbitantes con que el estado cuenta, siendo más preciso, dentro de las causales de Terminación Unilateral del contrato “si dentro de la ejecución del contrato se presenta algún hecho imprevisible y las partes no llegasen algún acuerdo sobre la revisión de precios que impida culminar con la ejecución del contrato, este se podrá terminar unilateralmente“ la administración a través de un acto administrativo motivado dará por terminado el contrato de forma unilateral reconociendo al contratista las obligaciones cumplidas al momento de la terminación del contrato.

Estos hechos imprevisibles además de la fuerza mayor y caso fortuito, aplicarán las situaciones que pudieron ser previsibles durante la planeación contractual por medio de la entidad contratante en su deber de planeación ni por el contratista en su deber de colaborador y conduzcan a la paralización del contrato afectando notablemente el servicio prestado.

#### APROXIMACIÓN A LA SOLUCIÓN PLANTEADA

En diferentes sentencias emitidas por el consejo de estado se le ha dado la importancia al principio de planeación refiriéndose a la importancia de prever todas las contingencias que se puedan presentar durante la ejecución del contrato, para dar cumplimiento a los fines de la contratación estatal establecidos en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, siendo estos; (i) el efectivo logro de los fines del Estado, (ii) la prestación eficiente y continua de los servicios públicos y (iii) la efectividad de los derechos e intereses de los particulares.

En sentencia del 24 de abril de 2013 No. 68001-23-15-000-1998-01743-01 (27315) y sentencia No. 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24809); del 13 de junio de 2013 con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio, se fundó el precedente según el cual la violación del principio de planeación en un contrato estatal trae como consecuencia la declaratoria de nulidad absoluta de por objeto ilícito, en donde ambos contratistas alegaban un incumplimiento imputable a la entidad contratante y hubo un salvamento de voto por parte del magistrado ponente GIL BOTERO en donde textualmente expone que el contratista “no tiene que ser responsable por el acatamiento del deber de planeamiento en la etapa precontractual”.



En ambas sentencias la relación fáctica es prácticamente la misma, en donde la entidad contratante no compra unos predios necesarios para la realización de las obras, esto conlleva a que se paralicen las obras a tal punto que se hace casi imposible su ejecución, con el fin de resolver el problema el magistrado declara la nulidad absoluta por objeto ilícito, argumentando que el contratista como colaborador de la administración en la etapa de planeación del contrato, debió prever junto con la entidad todas las contingencias que se podrían presentar, entre ellas; diseños, licencias ambientales, compra de terrenos necesarios, etc.

Durante la actividad precontractual la oportunidad más relevante para hacer parte de la planeación del negocio jurídico, es en la audiencia de asignación de riesgos estipulada como obligatoria en la modalidad de licitación pública, estamos alineados con la solución que se dio en dichas sentencias, de no tomar esta decisión el contrato quedaría en un limbo jurídico sin solución alguna, no habiendo ninguna figura jurídica capaz de resolver esta situación que se presentó.

## CONCLUSIONES

Desde la implementación del principio de la ecuación contractual en la ley 80 de 1993, han habido muchas interpretaciones y en muchos casos “provecho” por parte de los contratistas en la aplicación de este, en un principio la ley taxativamente en el artículo 3 de la ley 80 de 1993 protege la obtención de utilidades, garantizando la ganancia de los contratistas, esto produjo mucho daño patrimonial al estado porque los contratistas aprovechándose de las garantías del estado, utilizan cualquier oportunidad que se

presentará durante la ejecución del contrato para sacar provecho de él, esto fue cambiando con los diferentes pronunciamiento del consejo de estado, en donde daba pautas más estrictas para alegar un desequilibrio económico del contrato, trayendo consigo el artículo 4 de la ley 1150 en donde obliga a la entidad estatal a tipificar, estimar y asignar los riesgos previsibles que se pudieran presentar durante la ejecución del contrato garantizando así unos contratos más completos y obligando a la entidad contratante a utilizar el principio de planeación de forma más eficiente, a pesar de los esfuerzos realizados por el legislador a nuestro parecer lo contratistas siguen utilizando este principio como la forma más sencilla de lucrarse con el estado, generando aún muchos litigios en la actividad contractual, en este artículo defendemos la posición que la ecuación contractual y el consecuente equilibrio económico del contrato genera oportunismo por parte del contratista, por lo tanto se propone que en los eventos imprevisibles, la administración puede negociar por medio de la revisión de precios el contrato nuevamente y en caso de no llegar a ningún acuerdo, se pueda mediante acto administrativo motivado realizar la terminación unilateral del contrato, con el fin de prestar un continuo y eficiente servicio público, finalmente debe advertirse que se debe buscar la forma en futuros trabajos, de encontrar los incentivos correspondientes para que el oferente se vincule más en la planeación del contrato con el fin de aprovechar su conocimiento del negocio objeto del contrato y brindarle a los administrados unos servicios de calidad, como también se debe buscar la forma de sancionar la falta del deber de colaboración del contratista al no involucrarse de forma adecuada en la planificación de los riesgos.

Con base en la teoría de la imprevisión se puede generar la ruptura del equilibrio económico de los contratos y que muchas veces el contratista alega sin los fundamentos esenciales para demostrar que se cumple con los elementos que producen una alteración a la proporción de la economía del contrato.

Queda claro para que un hecho o acontecimiento altere la ecuación contractual y sea aplicable el equilibrio económico del contrato, el hecho debe ser imprevisible y no imputable al contratista; igualmente se debe presentar posterior a la celebración del contrato; debe afectar en forma grave y anormal la economía del contrato haciéndolo más gravoso y la oportunidad para hacer el reclamo debe ser en el tiempo cuando sucedan los hechos con el fin de no vulnerar el principio de la buena fe contractual.

Los Tribunales en algunos casos estaban fallando a favor de los contratistas en primera instancia y algunos otros no pero cuando el contratista observaba que el fallo no cobija sus pretensiones apelaban a la siguiente instancia, hasta llegar a que en revisión del Consejo de Estado Sección Tercera confirmara las providencias anteriores, mostrando así el contratista la perseverancia por querer alcanzar la obtención de millonarias indemnizaciones por parte del Estado.

Estos esfuerzos que ha tenido la administración con el fin de realizar una mejor planeación del contrato estatal en cuanto a la previsión del riesgo, no han sido suficientes para la reducción de litigios y controversias contractuales, ya que existe asimetría en la información, es decir, el contratista conoce y tiene más información sobre el negocio que la administración y al momento de planear los riesgos previsibles que se pueden

presentar durante la ejecución del contrato, no le pone el interés suficiente sabiendo que la administración garantizará el equilibrio económico durante la ejecución del contrato.

## REFERENCIAS

Benavides, J. (2002). El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia Radicación número: 73001-23-31-000-1996-4028-01(14577) (C.P. Ricardo Hoyos Duque. 29 de mayo 2003).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04638 (20.683) (C.P. Olga Melida Valle de la Hoz. 7 de marzo del 2011).

Consejo de Estado. Sala Plena Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia Radicación número: 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990) (C.P. Ruth Stella Correa Palacio; junio 28 de 2012).

Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01 (27315) (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 24 de abril 2013).

Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C.  
Sentencia Radicación número: 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24809) (C.P. Jaime  
Orlando Santofimio Gamboa; 20 de octubre 2014).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Subsección C. Sentencia Radicación número: 47001-23-31-000-1998-00984-01  
(32.774) (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 9 de abril 2015).

Consejo de Estado. Sala Plena Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Subsección A. Sentencia Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01742-01(34454)  
(C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. 28 de enero 2016).

Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C.  
Sentencia Radicación número: 15001-23-33-000-2013-00526-01(55855) (C.P. Jaime  
Orlando Santofimio Gamboa; 23 octubre 2017).

Documento Conpes 3714 (2011) Del riesgo previsible en el marco de la política de  
contratación pública.

Gorbaneff, Y. (2003). Problemas teóricos de la contratación pública en Colombia. Sistema  
de información científica. Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe,  
España y Portugal p. 92-93.

Laubadere, A. (2001). Tratado de Derecho Administrativo. Paris: Paris.

MANULA CARNAL - SILVA (2016). La aplicación del principio del equilibrio económico a contratos estatales sometidos al régimen normativo del derecho privado

Marienhoff, M. (1998). Tratado de derecho administrativo. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Ospina, G. (2013). Alteración grave que da lugar al desequilibrio económico del contrato. Diferencia entre hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

Rodriguez, L (2009), El equilibrio económico en los contratos administrativos. Bogotá, TEMIS

Santofimio, Gamboa (2008). 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.

Velandia, D. (2013). El régimen de la responsabilidad de los partícipes de la contratación y el riesgo del contrato. Investigaciones en seguridad jurídica

Verano (2012). La gestión jurídica del riesgo en el contrato de concesión de obra pública. Tesis doctoral en Derecho. Bogotá.

Zapata y Nisimblat. (1997). Integración de las normas comerciales y civiles en materia de obligaciones y contratos: interpretación del artículo 822 del Código de Comercio. Universidad de los Andes, p 73