

# Régimen jurídico del contrato estatal

Y LA ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS

CONTRACTUALES

*Legal regimen of the State contract*

*AND THE ASSIGNMENT OF CONTRACTUAL RISKS*

## RESUMEN

Es el propósito de este breve ensayo tratar, de manera sucinta, el tema de los riesgos y su aplicabilidad en la figura del contrato del Estado. Hablar de la “Teoría del Riesgo” en el negocio jurídico estatal es referirse de manera obligada al tema de la responsabilidad civil contractual del Estado.

En él se analizarán conceptos y nociones referentes al objetivo de la contratación administrativa, el régimen jurídico aplicable al contrato estatal, el régimen de las cláusulas excepcionales al Derecho Común, así como también la teoría del equilibrio económico en los contratos estatales.

**Palabras clave:** Contrato, Riesgo, Negocio jurídico, Estado, Régimen, Cláusulas, Equilibrio, Derecho, Objetivo, Causa, Efecto jurídico.

## ABSTRACT

The purpose of this essay is to expose briefly, the topic of risks and its applicability within the figure of contract of the State. When speaking of the “Risk Theory” in the judicial business it is mandatory to make reference to the topic of the civil contractual liability of the State.

In this essay there will be analyzed concepts and notions in reference to the purpose of the administrative contracts, the judicial regimen applicable to the State contract, the regimen of exceptional clauses to the Common Law, so as the theory of economic equilibrium in the State contracts.

**Key words:** Contract, Risk, Judicial business, State, Regimen, Clauses, Equilibrium, Law, Purpose, Cause, Judicial effect.

## EDUARDO PABLO CERRA

Abogado de la Universidad Libre de Colombia, Especializado en Responsabilidad Civil y Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Docente Jornada Laboral Completa de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Barranquilla  
eduardocerra@hotmail.com

**Recibido:**  
28 de marzo de 2011  
**Aceptado:**  
7 de septiembre de 2011

Es el propósito de este breve ensayo tratar, de manera sucinta, el tema de los riesgos y su aplicabilidad en la figura del contrato del Estado. Hablar de la “Teoría del Riesgo” en el negocio jurídico estatal es referirse de manera obligada al tema de la responsabilidad civil contractual del Estado.

Sin embargo, considero insoslayable, que antes de abarcar el tema enunciado, analicemos primeramente el régimen de Derecho aplicable a la misma figura. Lo que quiero decir es que resulta necesario determinar cuáles son las disposiciones legales que se hacen merecedoras en el ordenamiento jurídico colombiano de sujetar y amarrar la ejecución de las prestaciones en un contrato administrativo.

#### OBJETIVO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Sea lo primero señalar que el “objetivo” principalísimo de la contratación administrativa es el de apropiar recursos de un presupuesto público. Se ha tenido la injustificada creencia que el objetivo de la contratación es el de satisfacer una necesidad insatisfecha, pues bien, esta resultaría, más bien, ser la “causa” de la contratación administrativa, es decir, el motivo que inspira a la administración pública a celebrar un negocio jurídico estatal. Ese motivo o causa, inexorablemente, hay que contrastarlo con el “objetivo” que persigue la figura contractual, que no es otro que el de servir de instrumento de ejecución del gasto público<sup>1</sup>.

1. Corte Constitucional, Sentencia T-623 de 1999, Pon.: Gaviria Díaz. Señaló la Corte: “No se olvide que la contratación estatal es uno de los más importantes instru-

El Artículo 110 del Decreto 111 de 1996<sup>2</sup> establece con absoluta contundencia que: “Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes” (se destaca extra texto).

Lo que establece la disposición orgánica transcrita es que la forma por excelencia, que no la única, por lo menos en nuestra legislación, de comprometer el gasto público y ejecutar las partidas contenidas en un presupuesto público es a través del contrato administrativo.

Es por ello que el autor de este sumario artículo no comparte la posición, endeble por demás, adoptada por mayoría simple en el seno de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el sentido de que el registro presu-

mentos con que cuenta la administración pública para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a través del gasto público”. En esta posición, la Corte pareciera, en mi opinión, seguir al profesor argentino José Roberto DROMI en su obra *Derecho Administrativo*, Tomo II, 5ª edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

2. Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación (Compilador de las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995).

puestal no resulta aplicable como requisito de perfeccionamiento del contrato estatal, por oposición a lo dispuesto en el Artículo 71 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

Cabe recordar que esa misma sección en repetidas providencias anteriores<sup>3</sup> señaló, con acierto en mi opinión, que el registro presupuestal constituía a la luz del Artículo 71 citado un requisito de perfeccionamiento del contrato junto con el acuerdo entre prestación y contraprestación elevado a escrito, requisitos estos que convierten al contrato estatal en un verdadero acto jurídico solemne por ser inherentes a él las exigencias *ab-substantiam actus* enunciadas.

Ahora bien, no es solo el Estatuto Orgánico del Presupuesto el que establece la exigencia del registro presupuestal como requisito de perfeccionamiento de los actos administrativos<sup>4</sup> que apropien partidas presupuestales, sino que de la misma forma el Artículo 20 del Decreto reglamentario 568 de 1996 establece que: “El registro presupuestal es la operación mediante la cual **se perfecciona el compromiso** y se afecta en forma definitiva la apropiación, garantizando que esta no será desviada a ningún otro fin. En esta operación se debe

3. Entre las que se destacan el Auto de enero 27 de 2000, exp.: 14935, Pon.: Rodríguez Villamizar; la Sentencia de junio 23 de 2005, exp.: 12846, Pon.: Rodríguez Villamizar; así también como el Concepto # 1121 de agosto 26 de 1998, Pon.: Hoyos Salazar, de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

4. Hay que destacar que uno de los dos argumentos que se han esgrimido para inaplicar el Artículo 71 *ibidem* es el de que el requisito del registro se exige solo para los actos administrativos y no para el contrato administrativo. Aquel es el resultado de la voluntad unilateral de la administración en ejercicio de su *poder imperium*, en tanto que el segundo obedece a las voluntades concertadas y negociadas de contratante y contratista.

*indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar*” (se resalta). Si tenemos claro que el objetivo o propósito de la contratación es el de apropiar partidas presupuestales, debemos llegar a la insoslayable conclusión de que las leyes orgánicas presupuestales se imponen sobre el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Eso parece desprenderse de la lectura del Artículo 2º del Decreto 111 del 96 que a la letra reza: “Esta Ley Orgánica del Presupuesto, su reglamento, las disposiciones legales que esta expresamente autorice, además de lo señalado en la Constitución, **serán las únicas que podrán regular la programación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y ejecución del presupuesto, así como la capacidad de contratación y la definición del gasto público social. En consecuencia, todos los aspectos atinentes a estas áreas en otras legislaciones quedan derogados y los que se dicten no tendrán ningún efecto**” (destacado es mío).

La misma Ley 1150 del 16 de julio de 2007 reconoce en su Artículo 32, inciso tercero, la superioridad jerárquica de las disposiciones presupuestales al señalar que las normas del estatuto contractual se preferirán sobre cualquiera otra materia, salvo “aquellas de naturaleza estatutaria u **orgánica**”.

Con todo, tenemos que las exigencias presupuestales, en tratándose de la actividad contractual del Estado, se concretan así:

1. El Certificado de Disponibilidad Presupuestal: para iniciar el trámite de selección de contratistas y que equivale al monto estimado del contrato (Art. 25, numeral 6º, Ley 80/93); y,

2. El Certificado de Registro Presupuestal: una vez celebrado el contrato correspondiente y que equivale no solo al valor pactado sino también al estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios (Art. 25, núms. 13 y 14, Ley 80/93).

### EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y SU RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

Iniciemos este acápite con una premisa: “*el contrato estatal, como mecanismo de ejecución presupuestal, resulta ser verdadero contrato administrativo*”.

Independientemente de que la Ley 80 de 1993 haya acabado con la clasificación mañosa del Contrato Estatal entre Contratos Administrativos y Contratos de Derecho Privado de las Entidades Públicas que ofrecía el otrora estatuto de contratación (Decreto-Ley 222 de 1983), la configuración, celebración, ejecución y liquidación de un contrato de la administración pública obedece al ejercicio de una típica función administrativa. Desde este punto de vista, cuando el Senado de la República, v. gr., celebra un contrato estatal para la remodelación de las oficinas de los honorables senadores ubicadas en el edificio del Capitolio, ejerce verdadera función administrativa, no legislativa y mucho menos jurisdiccional.

Dentro del ejercicio de la función pública, la contratación estatal, como especie muy definida de ejercicio de la función administrativa, representa una gran porción o masa

dentro de la actividad estatal; hasta el punto que el Consejo Nacional de Política Económica y Social, mediante documento CONPES número 3249 de octubre 20 de 2003, declaró que: “...*la contratación administrativa en Colombia representa el once por ciento (11%) del Producto Interno Bruto nacional*”.

Empero, me pregunto: ¿Si la práctica de la contratación administrativa resulta ser verdadera Función Administrativa, indicaría ello, como correlato lógico, que el régimen de Derecho aplicable a la ejecución del contrato es el de Derecho Público?

Antes de proceder a responder el interrogante formulado, sea lo primero destacar que Colombia (al igual que Francia<sup>5</sup>, Argentina<sup>6</sup> y España<sup>7</sup>) es de los pocos países a nivel mundial que establece dentro de su ordenamiento jurídico un régimen o estatuto de contratación especial para las entidades públicas diferente al régimen de derecho aplicable a los negocios jurídicos que celebran los particulares. Así mismo, ha instituido una jurisdicción especializada (la contenciosa administrativa) que conozca las controversias que se susciten en razón de la celebración y ejecución de los contratos públicos.

Esta posición ha encontrado reproche en el resto de los países occidentales de tradición romano-germánica (*civil law*) así como en los

5. En Francia los contratos públicos los suelen llamar *Marchés Publics*.

6. En Argentina la ley especial de contratación para las entidades públicas es la Ley número 13.064.

7. En España es la Ley de Contratación del Sector Público, modificada sustancialmente por la Ley 53 de 1999.

países occidentales de tradición anglosajona (*common law*), que consideran la contratación de los entes oficiales con los particulares como aquel evento excepcional en la actividad estatal en la que “*se sustituye el principio de autoridad por el principio de negociación con las partes interesadas...*”<sup>8</sup>. En estos países existe libertad de negociación en la contratación pública sin diferencia con la privada, es decir, la administración pública al momento de contratar con los particulares la prestación de un servicio o el suministro de un bien se somete al mismo régimen de derecho de estos, es decir, el previsto en el Derecho Privado (Código Civil y de Comercio).

Es bien conocido por los comparatistas que en el sistema de derecho del *common law* no existe un Derecho Administrativo bien configurado como rama especializada del Derecho, es por ello que su ordenamiento jurídico es común para todos los asociados así también como para la administración pública, “*lo que lleva a asimilar los contratos de la Administración a los que celebran los particulares entre sí; en consecuencia, se someten al mismo régimen de principio a fin*”<sup>9</sup>.

Esta misma característica se presenta en países de arraigada tradición civilista (*civil law*), como Italia y Alemania, en donde la gran inmensa mayoría de los contratos que celebra

la administración pública son considerados puramente de Derecho Civil, o sea que es el Derecho común el que rige y direcciona cada uno de los momentos en la actividad contractual. “*La razón fundamental para así considerarse por el ordenamiento italiano es la base de donde supuestamente procede el contrato: la desigualdad de las partes y la puesta fuera del comercio de los bienes o cosas que constituyen el objeto del contrato*”<sup>10</sup>. Por lo demás en el resto de los países europeos la regla general es la misma: el Derecho Civil es el único aplicable a la actividad negocial del Estado y el Derecho Administrativo de los contratos no existe como tal.

Obsérvese que la excepción en el ámbito del Derecho Comparado es que los países gocen de estatutos especiales de contratación para las entidades públicas, aplicando, pues, el Derecho Público para esos eventos de la actividad administrativa.

Ya, para entrar a responder el interrogante formulado en párrafos anteriores, resulta curioso que, en el caso colombiano, gozando de un estatuto especial de contratación para la administración pública contenido en las Leyes 80 del 28 de octubre de 1993 y 1150 del 16 de julio de 2007, el régimen jurídico aplicable a la ejecución del contrato administrativo sea el de Derecho Privado, y excepcionalmente resulte aplicable el Derecho Público.

Así, señala con absoluta contundencia el Artículo 13, inciso primero, de la citada Ley 80

8. BREWER-CARÍAS, Allan. El Derecho Administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas. En: *El Derecho Administrativo en Latinoamérica II*. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1986, p. 294.

9. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. *La configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español*. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 160.

10. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. *Ob. cit.*, p. 161.

que: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el Artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley” (se resalta).

La misma ley vuelve a repetir en el Artículo 40, refiriéndose particularmente al Contenido del Contrato Estatal que: “DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza”.

Esta misma disposición permite el ejercicio del Derecho Contractual más típico del Derecho Civil en las relaciones entre los particulares, y es, nada más y nada menos, que el ejercicio de la “Autonomía de la Voluntad” de origen y raigambre francesa surgida con el advenimiento de la gloriosa revolución burguesa de 1789 y materializada en el *Code Civil* francés de 1804 (vigente aún).

Esta norma en relación con la libre autonomía contractual señala que: “...Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales...”

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta

ley y a los de la buena administración” (se destaca extra texto)<sup>11</sup>.

No obstante, al establecer la ley que el régimen aplicable a la ejecución del contrato es el Derecho Privado, señala también que ello será siempre que las disposiciones especiales sobre la materia no se interpongan. Pues bien, esas disposiciones especiales de Derecho Público relacionadas única y exclusivamente con el momento de la ejecución contractual, son aquellas que hacen referencia a las Cláusulas Excepcionales al Derecho Común de Terminación, Interpretación, Caducidad, Modificación, Reversión y Sometimiento a las Leyes Nacionales. Estas cláusulas, no obra decirlo, son verdaderas prerrogativas de poder político reguladas *in integrum* por el Derecho Administrativo.

El Artículo 32 de la Ley 80 al definir el contrato estatal señala que son todos aquellos actos jurídicos<sup>12</sup> bilaterales generadores de obligaciones civiles, previstos en el Derecho Co-

11. Vale la pena destacar que con la expedición de la Ley 1150 de 2006, el contrato propiamente dicho, y las estipulaciones que en él se incorporen, adquirirán mayor peso jurídico, incluso sobre el mismo pliego de condiciones por cuanto el parágrafo 2 del Artículo 6 del derogado Decreto 066 de 2008, establecía imperativamente que “El contrato prevalecerá ante la ocurrencia de discrepancias interpretativas surgidas en la ejecución del mismo” (se resalta). Esta posición del legislador obedece, en mi opinión, a una corriente del Derecho Administrativo alemán en el sentido de que los pliegos de condiciones no son oponibles al contratista, por la sencilla razón de que no fueron suscritos por este, sino que son más bien el resultado de una imposición unilateral por parte de la administración pública en razón de un acto que por naturaleza es negociado y consensual como lo es el Negocio Jurídico (Vertrag).

12. Al utilizar el legislador la expresión ACTO JURÍDICO, en vez de NEGOCIO JURÍDICO, enmarca su posición en una orientación exclusivamente francesa, en contraste con la tradición pandectista alemana de mediados del siglo XIX que prefiere utilizar la segunda de las expresiones enunciadas.

mún, en disposiciones especiales y los que se desprenden del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo relaciono a continuación: obra pública, fiducia, concesión, consultoría y prestación de servicios. Esta disposición autoriza a las entidades públicas a celebrar absolutamente todos y cada uno de los contratos que se encuentren previstos expresamente en el ordenamiento jurídico colombiano, así también como a celebrar aquellos contratos que no se hayan tipificado o nominado en el orden jurídico interno, pero que sea posible desprenderlos del ejercicio de la autonomía de la voluntad (contratos innominados o atípicos).

Ahora bien, la pregunta obligada, relacionada ya con las famosas cláusulas exorbitantes<sup>13</sup>, es: ¿cuáles de esos contratos que están en capacidad de celebrar los entes oficiales deben o pueden llevar las mencionadas cláusulas?

La respuesta la ofrece el numeral 2 del Artículo 14 *in fine* que expresamente señala que solo cuatro contratos de la administración **deben** obligatoriamente llevar las cláusulas excepcionales enunciadas, y otros dos **puede** discrecionalmente la administración incorporarlos al texto del contrato.

Reza la Norma: “Artículo 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las en-

13. Denominadas así por el derogado Decreto-Ley 222 de 1983.

tidades estatales al celebrar un contrato:...

2. **Pactarán las cláusulas excepcionales al Derecho Común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.**

Las entidades estatales **podrán pactar** estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios” (se destaca).

Como puede observarse, de esa infinita cantidad de contratos que están en capacidad de celebrar las entidades públicas a que se refiere el Artículo 2 de la Ley 80, solamente en cuatro de ellos es obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes: 1. Contrato de Obra; 2. Contrato de Prestación de Servicios Públicos; 3. Explotación y Concesión de Bienes Públicos; y, 4. Actividades Monopolísticas.

La misma ley autoriza para que solo en dos eventos, esto es, 1. Suministro; y, 2. Prestación de Servicios, pueda la entidad, si así lo desea, incorporar en el texto de los contratos mencionados las cláusulas excepcionales al Derecho Común.

De todo lo expuesto, es posible llegar a la inexorable conclusión de que el régimen de Derecho que impera durante la ejecución del

contrato es el previsto en las disposiciones civiles y comerciales pertinentes (Derecho Común), y excepcionalmente resultará aplicable la normatividad especial del Derecho Administrativo.

## DE LOS RIESGOS EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Para solo efecto de este escrito, resultaba absolutamente indispensable, antes de analizar los riesgos de la ejecución contractual, determinar la naturaleza del régimen de Derecho aplicable al contrato administrativo.

Arrimarse al tema de los riesgos en el contrato estatal conduce, inexorablemente, a tratar el tema de la equivalencia o ecuación económica en el mismo. Uno y otro tema encuentran poco desarrollo legal y, por el contrario, un exquisito progreso jurisprudencial y doctrinal.

Ha señalado con acierto la Sección Tercera del Consejo de Estado en la famosísima sentencia del 29 de mayo de 2003<sup>14</sup> que referirse al tema de la ecuación contractual no significa entrar a operaciones matemáticas o financieras que establezcan relaciones numéricas perfectas entre entidad pública contratante y particular contratista.

La ecuación financiera del contrato hace referencia, más bien, a aquella correspondencia lógica, *equivalente honrado*<sup>15</sup>, que debe existir

entre prestación y contraprestación durante la ejecución de un contrato estatal. Así mismo lo predica el Artículo 27 de la recitada Ley 80 cuando señala que: “*En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar*” (negritas son mías).

Esta característica convierte al contrato estatal en un negocio jurídico sinalagmático perfecto, “...lo que implica que las obligaciones a cargo de una de las partes se encuentran íntimamente ligadas a las obligaciones de la otra, las que se consideran como equivalentes”<sup>16</sup>.

Esta relación sinalagmática entre prestación y contraprestación debe necesariamente mantenerse incólume durante toda la ejecución del contrato celebrado. Sin embargo, es posible que al verse afectada haya lugar en algunos eventos a restablecerla y en otros tantos la parte afectada deba asumir el quiebre o ruptura de la mencionada ecuación.

Esta ecuación económica del contrato puede romperse o alterarse en negocios de tracto sucesivo<sup>17</sup> a causa de la ocurrencia de circunstancias sociales, administrativas, naturales o coyunturales, imputables o no a las partes, y que se conocen con el nombre de “Riesgos Contractuales”.

Estos Riesgos son de dos clases:

16. ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Editorial Legis, 2003, p. 399.

17. Estos riesgos no se presentan en negocios jurídicos en los que se ha pactado entrega única e inmediata (Ejecución Instantánea).

14. Exp.: 14577, Pon.: Hoyos Duque.  
15. *Idem*.

## 1. RIESGOS NORMALES

En toda actividad económica se presentan unos áleas o riesgos inherentes al funcionamiento mismo de la actividad empresarial. Estos áleas o riesgos se imputan exclusivamente al contratista afectado y no es posible trasladarlos a la entidad pública contratante.

Estos riesgos normales se subdividen, a su vez, en dos:

### 1.1 Riesgos ordinarios

Estas circunstancias aleatorias incumben al giro ordinario de la actividad empresarial del contratista y debieron haber sido previstas por este al momento de proponer o contratar. Son ejemplos de este tipo de riesgo previsibles: el incremento de los precios de los materiales o de la mano de obra debido a los índices inflacionarios, así también las dificultades materiales previsibles al momento de contratar (temporada de lluvias, topografía escabrosa, etcétera)<sup>18</sup>.

Estos áleas deben ser asumidos integralmente por el contratista, en razón a que debió conocerlos por ser un especialista en la materia contractual de que se trate. La única hipótesis en que no es posible ser asumida por el particular contratista un álea previsible es cuando al momento de contratar o de proponer no se pueda determinar el impacto porcentual

18. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de mayo 9 de 1996 y de junio 21 de 1999, exps.: 10151 y 14943, respectivamente, en ambos ponente: Suárez Hernández.

que puedan tener estos en el valor del contrato, caso en el cual habrá lugar al Reajuste del Precio mediante la aplicación de las fórmulas de actualización o corrección monetaria que las partes hayan podido acordar válidamente con ese específico propósito; a falta de cláusula contractual, deberá atenerse a lo dispuesto por el legislador para tales fines, como sería la aplicación de la fórmula de corrección monetaria por índices inflacionarios, es decir:  $V_a = V_h \cdot IPC_f / IPC_i$ , en virtud de lo establecido en el numeral 8 del Artículo 4 de la Ley 80 de 1993; solo a falta de estipulación contractual y legal, podrá el juez natural del contrato proceder a señalarla, “...claro está que con sujeción a los principios generales del Derecho...”, tal y como lo precisó la Sección Tercera del H. Consejo de Estado mediante sentencia de febrero 21 de 2002, exp.: 14112, Pon.: Hoyos Duque.

Ha dicho específicamente la Sección Tercera del Consejo de Estado: “*La revisión de precios se aplica por el acaecimiento de áleas previsibles, como la inflación y la devaluación de la moneda, que aún cuando se pueda conocer anticipadamente su ocurrencia, no es posible cuantificar exactamente el impacto porcentual que tendrán en los valores determinantes del precio*”<sup>19</sup> (se subraya).

Ahora bien, esta figura jurídica de la “Revisión de Precios” de ninguna manera puede confundirse con el fenómeno de la “Imprevisión”. Una y otra, tienen por propósito mantener la intangibilidad de la remuneración del

19. Sentencia de septiembre 4 de 2003, exp.: 22.952, Pon.: Hernández Enríquez.

contratista o co-contratante. Sin embargo, se les puede distinguir por cuanto la primera, esto es, el Reajuste del Precio se efectúa por situaciones absolutamente previsibles por las partes, pero que al momento de la celebración del negocio jurídico no pudieron determinar el impacto porcentual que tendría en la economía del contrato. Por el contrario, la Imprevisión tiende a quebrar bastamente la economía del contrato para uno de los contratantes, haciendo que este pierda todo sentido y finalidad para aquel en quien repercute en su contra. La misma da lugar a la revisión del contrato por parte de juez quien, de ser posible, tomará las medidas necesarias para llevar al contratante damnificado a un punto de no pérdida, de no ser posible la adopción de tales medidas deberá declarar, en sede judicial, la terminación de la relación jurídica obligacional, tal y como se desprende del inciso segundo del Artículo 868 del Código de Comercio.

### 1.2 Riesgos de caso fortuito

Estos áleas no son previsibles como los anteriores, pero aún así deben ser asumidos por el contratista por cuanto se presentan en la organización interna de la empresa o, mejor, dentro del círculo propio del sujeto afectado. Son ejemplos de ellos: los accidentes de trabajo, los incendios, incumplimiento de proveedores o subcontratistas, etc.

## 2. RIESGOS ANORMALES O EXTRAORDINARIOS

A estos riesgos corresponde el rompimiento

del equilibrio financiero del contrato previsto en el Artículo 27 *ejúsdem*, y son indemnizables cuando no sean imputables a aquel que los alegue en su favor en virtud de la aplicación del aforismo romano *Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegans* (Nadie Puede Alegar en su Beneficio su Propia Torpeza).

Son riesgos extraordinarios, por ejemplo, la acción unilateral de las partes encaminadas a incumplir sus prestaciones, o la modificación unilateral del contrato en detrimento del contratista, la expedición de normas o actos jurídicos por parte de las autoridades públicas que incidan directamente en el contrato de manera especial (daño especial), las alteraciones sociales, económicas y políticas, así también como los fenómenos de orden natural que imposibilitan relativamente<sup>20</sup> la ejecución de las prestaciones pactadas.

La ocurrencia de estos riesgos extraordinarios dará lugar, como se dijo, al restablecimiento de la ecuación económica del contrato a favor de aquel contratante que no dio lugar a su ocurrencia mediante la aplicación de las siguientes figuras:

- El Hecho del Príncipe<sup>21</sup> (*Factum Principis*);
- Factores exógenos a las partes (Teoría de la Imprevisión); y,

20. Se hace la observación de que la imposibilidad debe ser relativa para dar lugar a la aplicación de la Teoría de la Imprevisión. Si la imposibilidad es absoluta habrá lugar a exoneración de la entidad pública contratante por aplicación de la figura de la Fuerza Mayor (C. de E. Sección Tercera, sentencia de septiembre 11 de 2003, exp.: 14781, Pon.: Hoyos Duque).

21. Este nombre viene importado del Derecho Administrativo francés donde se denomina *Le Fait du Prince*.

- Factores endógenos a las partes (Responsabilidad Contractual).

La **primera causa** se presenta por situaciones imputables al Estado, entendido como organización político-administrativa, tales como el ejercicio de potestades constitucionales o legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general. Para su aplicación se requieren los siguientes requisitos:

1. Que se trate de la expedición de un acto general y abstracto de índole económica;
2. Que ese acto, durante su vigencia, incida en el contrato estatal, alterando extraordinariamente la ecuación económica del mismo; y,
3. Que ese acto sea imprevisible para aquel quien alega la recomposición del equilibrio financiero del contrato.

La **segunda causa** involucra circunstancias extraordinarias e imprevisibles no imputables a quien las alegue, exógenas a las partes y externas al contrato pero con incidencia en él.

La **tercera causa** se presenta cuando una de las partes, de manera unilateral, decide incumplir el desarrollo contractual de sus prestaciones en la forma prevista en el título, o cuando la administración ejerce de manera desproporcionada la prerrogativa de modificación unilateral del contrato (*potestas variandi*)<sup>22</sup>, o del ejercicio abusivo de las restantes cláusulas

22. Resultan muy ilustrativas, en relación con el tema en comento, dos importantes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ellas son la de mayo 29 de 2003, exp.: 14577; y la de octubre 30 de 2003, exp.: 85001.

excepcionales al Derecho Común.

Para efectos indemnizatorios, la primera y tercera causas expuestas dan lugar a la reparación integral del perjuicio irrogado como consecuencia del rompimiento de la ecuación financiera. En tanto que la segunda causa (Hechos Exógenos Imprevistos) solo da lugar a la indemnización del contratista a un punto de no pérdida, que en muchas ocasiones podría suponer la indemnización y pago del solo *damnum emergens*, reparándole al contratante afectado única y exclusivamente los costos y gastos adicionales en que incurrió como consecuencia de la situación imprevista.

### DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS

La anterior división de los riesgos o áleas contractuales, en ordinarios y extraordinarios, resulta absolutamente indispensable para efectos de determinar su distribución equitativa en razón de la celebración y ejecución del contrato.

Se ha sostenido por parte de la doctrina y la jurisprudencia citadas a lo largo del texto de este ensayo, que los primeros, es decir, los riesgos ordinarios previsibles son siempre asumidos por el particular contratista, a menos que desconozca el impacto porcentual que tendrá el evento en el precio de su propuesta o del contrato.

Los segundos, por el contrario, son asumidos por la entidad pública contratante o por el contratista cuando uno u otro resulten afectados por la circunstancia extraordinaria cau-

sante del estropicio no imputable a quien lo alega en su favor.

No obstante, el juez tendrá siempre la facultad, de acuerdo a las particularidades de cada caso concreto, de revisar el contrato y redistribuir o reordenar las cargas aleatorias o riesgosas que se presenten en razón de la ejecución del contrato estatal.

Así lo establece el Artículo 87 del Código Contencioso Administrativo al señalar que: **“Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas”**. Esta facultad se le concede al juez del contrato por lo indeterminado del concepto del riesgo previsible, adicionalmente porque al contratista en el precio de su propuesta se le incluye un valor, por concepto de AIU<sup>23</sup>, relacionado directamente con los hechos imprevistos que se sucedan por la ejecución de las prestaciones previstas en el título.

En relación con este último punto ha dicho el Consejo de Estado: **“Lo que ocurre es que el rompimiento del equilibrio del contrato no opera, a priori, como factor desencadenante del daño antijurídico; de allí que serán las particularidades de cada caso concreto las que permitirán llegar a tal conclusión, siendo**

23. Costos de administración, imprevistos y utilidades.

**indispensable incorporar al análisis de la hipótesis concreta, el criterio de previsibilidad...**”<sup>24</sup> (resaltado es mío).

Dando por sentado que la situación de los riesgos sea como quedó planteada en los párrafos anteriores, resulta, pues, absolutamente curioso lo dispuesto por el Artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 cuando señala que serán los pliegos de condiciones del contrato, o sus equivalentes, los que deban contener la tipificación, estimación y asignación de los riesgos preVISIBLES. Así mismo que: **“En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”** (se destaca).

Cómo podría la entidad pública contratante, me pregunto, determinar o estimar *a priori*, la asignación y *tipificación* de los riesgos preVISIBLES cuando no conoce hasta ese momento el texto de las propuestas que le formulará cada uno de los oferentes.

Adicionalmente establece la obligación de que, cuando se trate de licitaciones, las entidades públicas revisen con sus eventuales<sup>25</sup>

24. Sección Tercera, sentencia de octubre 30 de 2003, exp.: 85001-23-31-000-02909-01, Pon.: Giraldo Gómez.

25. Digo “EVENTUALES” porque hasta ese momento no se sabía quiénes serían los oferentes de la entidad pública por cuanto la discusión de los riesgos deberá hacerse con anterioridad a la presentación de las propuestas. Esto resulta aún más gravoso sabiendo que con la expedición de la Ley 1150 los pliegos de condiciones no tienen ningún valor, lo que habilitaría a cualquier ciudadano a hacer parte de la discusión en comento (Parágrafo 4º, Art. 2).

oferentes la distribución de los riesgos señalados.

De conformidad con lo expuesto, el momento idóneo y oportuno para discutir una asignación, no tipificación, de los riesgos preVISIBLES es en el instante de la celebración del negocio jurídico propuesto. Es este el verdadero simposio en que contratante y contratista deban sentarse a distribuir equitativamente los áleas ordinarios que pudieran presentarse en razón de la ejecución del título.

Finalmente, si tenemos en cuenta que, con la expedición de la Ley 1150, el contrato es el que prevalecerá en caso de discrepancias surgidas durante la ejecución, y no el pliego de condiciones<sup>26</sup>, considero que este no es el documento propicio para incluir y “tipificar” la distribución de los eventuales riesgos preVISIBLES.

## BIBLIOGRAFÍA

BENAVIDES, José Luis. *El Contrato Estatal, entre el derecho público y el derecho privado*. Segunda edición. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2004.

BREWER-CARÍAS, Allan. *El Derecho Administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas*. En: *El Derecho Administrativo en Latinoamérica II*. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1986.

26. Decreto 066 de 2008. Artículo 6. “Parágrafo 2. El contrato prevalecerá ante la ocurrencia de discrepancias interpretativas surgidas en la ejecución del mismo”.

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Segunda edición. Bogotá: Editorial Legis, 2003.

DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*, Tomo II, 5ª edición. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 1996.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Editorial Legis, 2003.

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. *La Configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español*. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2003.

RODRÍGUEZ R., Libardo. *El Equilibrio Económico de los Contratos Administrativos*. Bogotá: Editorial Temis, 2009.