

**TRABAJO FINAL DE INVESTIGACIÓN PARA
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO DE LA UNIVERSIDAD DEL ROSARIO**



“La garantía del equilibrio económico y financiero en los contratos estatales ante el ejercicio de las cláusulas excepcionales”

DIRECTOR: Doctor Hugo Andrés Arenas Mendoza

ALUMNO: Jessica Tatiana Güechá Torres

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	5
1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO Y LAS HIPÓTESIS	8
2. OBJETIVOS	11
2.1 OBJETIVO GENERAL	11
2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	11
3. METODOLOGÍA	12
4. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN	14
CAPÍTULO I	16
LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL: UNA MIRADA DESDE LA COMPARACIÓN ENTRE EL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO Y LA IGUALDAD DE LAS PARTES EN EL CONTRATO	16
APROXIMACIÓN AL TEMA	16
1. LA CONTRATACIÓN ESTATAL: UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DESARROLLADA A TRAVÉS DE PRINCIPIOS GENERALES Y ESPECIALES	19
2. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD APLICADO A LA CONTRATACIÓN ESTATAL	27
2.1 Igualdad en el proceso de selección en el contrato estatal	30
2.2 Igualdad de las partes en la ejecución del contrato estatal, una garantía de la ecuación contractual	34
3. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO: REFLEJO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL	36
3.1 Antecedentes del principio del equilibrio económico y financiero o ecuación contractual: Cambio desde el principio de riesgo y ventura del derecho privado	41
3.2 Antecedentes del equilibrio económico y financiero o ecuación contractual en Colombia como principio esencial de la contratación estatal	47
3.3 Principio del equilibrio económico y financiero en la Ley 80 de 1993 y su aplicación	52
3.4 Elementos esenciales del rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato estatal	57
3.4.1 Alea anormal del contrato	58
3.4.2 Circunstancias que no se encuentren presentes en el pliego de condiciones	60
3.4.3 Se debe generar una alteración económica grave en el contrato	60
3.4.4 Hechos posteriores a la celebración del contrato	61
3.4.5 El quebrantamiento del equilibrio económico debe darse por circunstancias no atribuibles a la parte que solicita el restablecimiento	61
3.5 Causas específicas generadoras del rompimiento del equilibrio económico y financiero en los contratos estatales	62

CAPÍTULO II	65
LAS POTESTADES EXCEPCIONALES COMO CAUSAL DEL ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL	65
APROXIMACIÓN AL TEMA	65
1. POTESTADES EXCEPCIONALES: FACULTADES PROPIAS DE LA ADMINISTRACIÓN REPRESENTADA EN SUS ENTIDADES PÚBLICAS	68
1.1 Características de las potestades excepcionales	72
1.2 Naturaleza jurídica de las potestades excepcionales, como facultades de la Administración Pública	83
1.3 Las denominadas cláusulas excepcionales en el Derecho Colombiano	87
1.3.1 Clasificación de las cláusulas excepcionales	90
1.3.2 El quebrantamiento del equilibrio económico por el uso de las potestades excepcionales	98
2. LAS POTESTADES EXCEPCIONALES: COMO CAUSAL DEL DESEQUILIBRIO EN LA ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO	100
2.1 Origen de las potestades excepcionales en los contratos estatales, como causales del rompimiento del equilibrio económico y financiero	106
2.2 Las cláusulas excepcionales en el derecho colombiano como causales generadoras del rompimiento del principio del equilibrio económico y financiero del contrato estatal	113
2.3 Cláusulas excepcionales según el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y su incidencia en el rompimiento del equilibrio económico del contrato	118
2.3.1 Interpretación unilateral	118
2.3.2 Modificación unilateral	125
2.3.3 Terminación unilateral	133
2.3.4 Declaratoria de caducidad	148
3. ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL POR EL USO DEBIDO E INDEBIDO DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES	163
3.1 El uso debido de las cláusulas excepcionales: Situación generadora del rompimiento del equilibrio económico del contrato estatal	167
3.1.1 Uso de una potestad excepcional dentro de un contrato estatal de acuerdo a los parámetros legales	171
3.1.2 El acto administrativo que declara o decreta la potestad excepcional debe expedirse por regla general durante la ejecución del contrato estatal	172
3.1.3 La declaratoria de la potestad excepcional pertenece al alea anormal del contrato	173
3.1.4 La potestad excepcional debe afectar gravemente la economía del contrato, haciendo el mismo más gravoso con su ocurrencia, lo cual deberá ser probado por la parte interesada	174
3.2 El uso indebido de las cláusulas excepcionales: Más allá del rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, es un incumplimiento por parte de la entidad pública	177
 CAPÍTULO III	 185
EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL CUANDO HA SIDO QUEBRANTADO POR EL USO DE UNA POTESTAD EXCEPCIONAL	185

1. ¿CÓMO EL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO NO SE VE DESCONOCIDO EN UN CONTRATO ESTATAL CUANDO EL MISMO HA SIDO QUEBRANTADO?	185
1.1 Las formas de restablecimiento de la ecuación contractual	195
2. RESTABLECIMIENTO DE LAS CONDICIONES ECONÓMICAS Y FINANCIERAS, CUANDO HAN SIDO QUEBRANTADAS POR EL USO DE UNA POTESTAD EXCEPCIONAL: LUCHA ENTRE LA COMPENSACIÓN Y LA INDEMNIZACIÓN	207
2.1 La compensación y la indemnización plena como formas de restablecimiento	209
2.2 Propuesta de la Investigación	214
CONCLUSIONES	223
FUENTES	230
1. DOCTRINALES	230
2. NORMATIVAS	235
3. JURISPRUDENCIAL	236

INTRODUCCIÓN

El tema de los contratos estatales es de plena actualidad, por los constantes cambios normativos y jurisprudenciales que implica su estudio; pero también porque se trata de un mecanismo de actuación de la Administración de necesaria aplicación por las entidades públicas en desarrollo de su actividad administrativa, en la medida que al no poder desarrollar todas las obligaciones para el cumplimiento de sus funciones y el alcance de sus finalidades, debe acudir a los particulares para que le ayuden como colaboradores¹, haciéndolo a través de los contratos estatales.

La contratación estatal tiene varias características que permiten individualizarla de cualquier otra clase de contratos como son los principios que la regulan, pues el ordenamiento jurídico colombiano en vez de hacer un amplio articulado que previera todos los aspectos de esta materia, lo que hizo fue establecer unos principios en el sentido de verdaderas normas jurídicas con fuerza obligatoria que se encargaran de abarcar la mayoría de casos posibles; dentro de estos se encuentra el principio del equilibrio económico y financiero del contrato, fundado en el principio constitucional de igualdad, el cual busca en términos generales que las condiciones económicas y financieras de los contratos públicos establecidas al momento de su nacimiento, permanezcan durante su ejecución.

Pero a su vez, existe otra institución igualmente propia de la contratación estatal, que corresponde a las llamadas cláusulas excepcionales, las cuales son prerrogativas, potestades o facultades otorgadas por el derecho positivo a la entidad pública contratante para que en ciertos casos puedan modificar, interpretar, terminar entre otras el contrato estatal con la única finalidad de garantizar o tutelar el interés general, la prestación adecuada del servicio público y una debida ejecución del mismo.²

¹ AROCHA ALARCON, Yesid; PINO RICCI, Jorge. Regimen de Contratación Estatal, El Equilibrio Económico y Financiero de los Contratos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. p. 258.

² ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999, p. 295.

Por lo que muchas veces, pueden generarse conflictos derivados del uso de las cláusulas excepcionales, ya que en principio, a las partes dentro de la ejecución del contrato se les debe garantizar una equivalencia respecto de sus condiciones y prestaciones económicas³ en razón del principio del equilibrio económico y financiero, y que con el uso de estas potestades excepcionales de una u otra forma lo que se hace es alterar las condiciones económicas del negocio jurídico; por ejemplo, si durante la ejecución de un contrato de obra surge la necesidad de variar los diseños estructurales para lograr su debido cumplimiento, la entidad pública perfectamente puede modificar unilateralmente el objeto del contrato, pero al hacerlo, el precio claramente puede aumentar en la medida que el trabajo del contratista es posible que sea superior, es decir que las condiciones económicas se verían alteradas y el equilibrio económico y financiero quebrantado, por la utilización de la potestad de modificación.

Por tal razón se justifica su estudio, ya que se trata de dos figuras propias de la contratación estatal, que teniendo ambas una fuerza obligatoria, una (las cláusulas excepcionales) puede desconocer o afectar a la otra (el equilibrio económico y financiero).

Y aunque también se ha previsto legalmente que ante el quebrantamiento del equilibrio económico debe existir un restablecimiento del mismo, para proteger a la parte que resultó afectada y garantizar la igualdad entre el contratista y el contratante y la equivalencia de las condiciones económicas y financieras, no existe la suficiente claridad normativa respecto a la forma de restablecimiento cuando haya sido por el uso de las potestades excepcionales, a diferencia de las otras causales de rompimiento, donde específicamente el Estatuto de Contratación Pública ha asignado la compensación para los hechos externos y la indemnización para los casos de incumplimiento.

De esta forma, también se justifica el estudio del principio del equilibrio económico y financiero y su restablecimiento, cuando ha sido quebrantado por una potestad

³ BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 356.

excepcional, pues ante el vacío normativo, es importante determinar cuál es la solución más óptima para volver a equilibrar las cargas entre las partes co-contratantes.

Entonces, en un primer momento se identificará cómo se ha desarrollado el principio del equilibrio económico y financiero en relación directa con el principio de igualdad en los contratos⁴, para luego determinar cómo las cláusulas excepcionales generan un impacto en la economía de la contratación estatal hasta llegar a quebrantar la equivalencia de las condiciones económicas entre las partes contratantes, tanto por su uso debido como por su uso indebido.

Para finalmente establecer, cuál es el mecanismo más óptimo para restablecer la ecuación financiera en caso que sea quebrantada por el ejercicio de una potestad excepcional, previendo la regulación, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina respecto de esta materia.

⁴ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. 9a ed. Bogotá: Leyer, 2015, p. 672.

1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO Y LAS HIPÓTESIS

Las cláusulas excepcionales son consideradas una de las facultades que el legislador le concedió a las entidades públicas con la “virtualidad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas”⁵ en los contratos estatales, teniendo como finalidad garantizar el interés general y el cumplimiento de los fines del Estado; pero en muchas ocasiones, el uso de dichas cláusulas genera un rompimiento de uno de los principios de orden sustancial en la teoría de los contratos, como es la igualdad de las partes, pues en los negocios jurídicos públicos como cualquier otro se trata de un acuerdo de voluntades, así alguna doctrina indique que el contrato estatal es unilateral y se puede identificar con el acto administrativo.

El principio de igualdad es considerado un elemento esencial tanto en los contratos privados como en los contratos estatales; por tal razón, es garantizado por medio del principio del equilibrio económico y financiero, que consiste en que las condiciones y prestaciones económicas del contrato deben permanecer en igualdad o equilibrio desde su perfeccionamiento y durante su ejecución⁶ y en este sentido, se han buscado mecanismos para compensar o mitigar las ventajas que poseen las entidades públicas en el procedimiento de contratación frente a los particulares contratistas, a través de instituciones tales como la ecuación económica del contrato, en cuanto a que si por el ejercicio de una cláusula excepcional, se rompe el equilibrio económico del mismo, nace la obligación del Estado representado por la persona jurídica que contrata de restablecer dicho equilibrio, por medio de compensaciones, indemnizaciones o modificación en las condiciones del mismo.

Significa lo anterior, que el uso de las cláusulas o potestades excepcionales por parte de las entidades públicas en los contratos estatales, muchas veces genera un desequilibrio en las condiciones y prestaciones económicas establecidas entre las partes al inicio del

⁵ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999. p. 295.

⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis, 2015. p. 42.

contrato; circunstancia que determina, que como consecuencia de dicho ejercicio y a pesar de que el objetivo sea garantizar el bienestar general y lograr el debido cumplimiento del mismo, las partes se ubiquen en una posición de desigualdad, en la medida que por el uso de dichas cláusulas por parte de la entidad pública se pueden generar afectaciones económicas al contratista (particular), por lo que se debe identificar cual es el mecanismo más óptimo para lograr nuevamente el equilibrio en el contrato; por esta razón, el problema es el siguiente:

¿Cómo se garantiza el principio de igualdad de las partes en el contrato estatal representado en el equilibrio económico y financiero del mismo, cuando la entidad pública por el uso de las cláusulas excepcionales ha quebrantado dicho equilibrio?

Para resolver el anterior problema de investigación es posible plantear las siguientes hipótesis de trabajo, tales como:

1. El ejercicio de las cláusulas excepcionales pueden generar una desigualdad en el contrato estatal y por lo tanto se ve la necesidad de utilizar algunos mecanismos para restablecer la igualdad quebrantada.

Partiendo del hecho que el uso de las cláusulas excepcionales pueden generar un rompimiento en el equilibrio económico del contrato, por tratarse de prerrogativas o potestades en cabeza únicamente de las entidades públicas, en caso que se genere dicho rompimiento en el contrato estatal, por tratarse de consecuencias económicas se debe resarcir las afectaciones patrimoniales causadas de forma dineraria, pues se trata de un alteración netamente económica y el medio más adecuado que la ley prevé es el restablecimiento a través de la compensación de los mayores valores y la indemnización de perjuicios⁷; el problema radica en determinar cuál de estos dos mecanismos es el más idóneo para el caso específico.

⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis, 2015. p. 55.

2. El ejercicio de las cláusulas excepcionales que han sido debidamente utilizadas, no siempre genera un rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato.

En efecto, aunque las cláusulas excepcionales son una causal del rompimiento del equilibrio económico y financiero, no siempre que se utilicen generan una alteración en las condiciones económicas u ocasionándola, no es de tal gravedad como para romper la equivalencia de las mismas entre las partes, por consiguiente, es necesario determinar en cada caso específico el impacto económico que se genera con la introducción de este tipo de potestades y la naturaleza de las mismas, en la medida que existen unas que normalmente tienen una influencia mayor en el contenido económico del negocio jurídico que otras.

Por ejemplo, interpretar unilateralmente un contrato sin tener que acudir a la jurisdicción, circunstancia que no se permite respecto del particular contratista⁸, es una causal que se configura ante unos supuestos fácticos legalmente establecidos y que cuando no se refiere a aspectos sustanciales del acuerdo, es raro que genere un impacto grave en las condiciones económicas del contrato, pero la modificación unilateral al tener como finalidad el cambio de las estipulaciones contractuales, causa en la mayoría de casos la alteración de las condiciones y prestaciones económicas del contrato estatal, en la medida que se está alterando en muchas de ocasiones el objeto del contrato, que si bien tiene como finalidad satisfacer las necesidades generales y lograr el cumplimiento del mismo, de una forma u otra afecta al contratista en su situación financiera para la ejecución, sin desconocer que la parte contratante también puede resultar perjudicada.

Con fundamento en el problema de investigación y las hipótesis indicadas, es preciso proponer los siguientes objetivos.

⁸ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 617.

2. OBJETIVOS

2.1 OBJETIVO GENERAL

El objetivo de la investigación se concreta en estudiar las cláusulas excepcionales y el principio del equilibrio económico y financiero en la contratación estatal, como una causal de rompimiento de dicho principio, para finalmente establecer si el restablecimiento previsto legalmente se ajusta a la institución de las cláusulas excepcionales o en caso contrario, cómo debe volverse a establecer el equilibrio económico y garantizar la igualdad entre las partes co-contratantes ante el uso de dicha figura, teniendo como fundamento la doctrina y la jurisprudencia.

2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar la igualdad como principio constitucional de la Contratación y cómo es su aplicación respecto del principio del equilibrio económico y financiero en los contratos estatales desde la Ley 80 de 1993.
- Identificar cuáles son las cláusulas excepcionales que ejercen las entidades públicas dentro del procedimiento de contratación estatal y su utilidad para garantizar el cumplimiento del contrato y las finalidades del Estado.
- Establecer que alcance tienen las cláusulas excepcionales en el rompimiento del equilibrio económico del contrato estatal, teniendo en cuenta los casos en que se han utilizado debidamente y los casos en que se ha hecho de forma indebida.
- Determinar cómo el ordenamiento jurídico colombiano ha previsto el restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal, teniendo como variables el uso debido e indebido de las cláusulas excepcionales.
- Proponer una forma de restablecimiento idónea cuando el rompimiento de la ecuación financiera del contrato estatal haya sido causado por el uso de una cláusula excepcional, teniendo como fundamento la jurisprudencia y la doctrina.

3. METODOLOGÍA

La investigación es descriptiva en principio y posteriormente propositiva, pues en un primer momento se entrarán a desarrollar conceptos generales de la contratación estatal en Colombia en asuntos relacionados con el principio de igualdad reflejado en el equilibrio económico y financiero del contrato; de la misma forma se tratarán las cláusulas excepcionales como una causal de quebrantamiento del equilibrio económico y financiero en los acuerdos de voluntades celebrados por personas públicas, para luego abordar la formas como se pueden llegar a restablecer dicho equilibrio según la ley, la jurisprudencia y la doctrina, con el fin de determinar la solución más óptima para lograr un verdadero restablecimiento alcanzando una equivalencia de las prestaciones y condiciones económicas entre las partes contratantes.

Para la realización de la investigación se desarrollará el método jurídico de interpretación, por tratarse de una discusión conceptual ⁹, pues lo que se busca es entrar a analizar las figuras del equilibrio económico y financiero y las cláusulas excepcionales como figuras propias de la contratación estatal, tratando de hallar una conexión entre los dos conceptos mencionados y así determinar, en caso que se genere rompimiento del equilibrio económico por el uso de una potestad excepcional, cómo se considera un verdadero restablecimiento de las condiciones económicas.

De este modo, para alcanzar la finalidad deseada que es compenetrar las dos figuras enunciadas, se analizarán los criterios doctrinarios y jurisprudenciales referidos al principio de igualdad y su aplicación en los contratos estatales y su rompimiento por la utilización de las cláusulas excepcionales, verificando como se ha tratado de restablecer ese equilibrio económico quebrantado, para que a partir de lo preceptuado por la jurisprudencia del Consejo de Estado fundamentalmente, se puedan plantear formas adecuadas de restablecimiento del equilibrio económico del contrato público.

Entonces la investigación y su desarrollo metodológico tienen como finalidad, no solamente hacer una descripción de instituciones jurídicas o de principios de la

⁹ PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Metodología y técnica de la investigación jurídica. Bogotá: Temis, 1999.

contratación pública, dándole un aire descriptivo, sino que, igualmente, pretende plantear posturas argumentativas en el sentido de la concepción y naturaleza del principio de igualdad en referencia a los contratos del Estado, el equilibrio económico del contrato estatal y su rompimiento por el uso de las cláusulas excepcionales; pero especialmente en las formas de restablecimiento de dicho equilibrio económico que ha sido quebrantado, siendo la investigación igualmente de orden propositivo.

En este orden de ideas, la metodología de la presente investigación es tanto descriptiva, como propositiva por la manera en que se aborda el estudio de los temas, ya que, pueden existir otras formas que identifiquen el tratamiento de los asuntos estudiados, pero lo hago en este sentido, porque considero importante tomar en consideración las diversas dimensiones del derecho como son las de orden factico, normativo y valorativo a que hace referencia alguna doctrina metodológica de orden jurídico, en la cual el análisis factico y normativo (método descriptivo) debe preceder a lo valorativo y en esta medida se identifica lo propositivo en la investigación jurídica (método propositivo)¹⁰, que de una u otra forma implica la utilización de la hermenéutica o método hermenéutico por la existencia de interpretaciones de los textos jurídicos referidos al tema de tesis .¹¹

¹⁰ VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel. Los métodos de la investigación jurídica. México: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p.994 y ss. Quien además de plantear las dimensiones del derecho indicadas, hace relación a que los métodos de investigación se identifican con las formas que ésta adopta, lo que determina una significativa variedad, ya que puede existir la investigación cuantitativa, cualitativa, descriptiva o explicativa, experimental, transversal, longitudinal, pura, aplicada, entre otras; circunstancias que validan la metodología adoptada para la presente investigación, pues a partir de la descripción de instituciones y principios de derecho se plantean posiciones argumentativas que determinan valoraciones de las mismas.

¹¹ DUEÑAS RUIZ, Oscar José. Lecciones de hermenéutica jurídica, quinta edición, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

4. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo se desarrollara en tres capítulos:

CAPÍTULO 1. Los principios de la contratación estatal: Una mirada desde la comparación entre el equilibrio económico y financiero y la igualdad de las partes en el contrato.

En este capítulo se abordaran dos principios rectores de la contratación estatal, el principio constitucional de igualdad y el equilibrio económico y financiero como principio legal, encaminados a garantizar la equivalencia de las condiciones entre las partes contratantes, exponiendo la manera en que dichos principios son aplicados a los acuerdos de voluntades de esta clase y como pueden en cierto modo llegar a ser desconocidos con la ocurrencia de otras figuras previstas legalmente, tal es el caso del uso de las potestades excepcionales.

CAPÍTULO 2. Las potestades excepcionales como causal del rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato estatal.

En este capítulo se desarrollara la figura de las potestades excepcionales, como un mecanismo para hacer efectivo el cumplimiento de los contratos en los que es parte una entidad estatal, pero también como una forma de alterar la equivalencia de las condiciones económicas de cualquier negocio jurídico, para lo cual se establecerá el impacto de este tipo de cláusulas en el contrato estatal, y hasta qué punto las mismas llegan a desconocer los principios del equilibrio económico y financiero y por consiguiente la igualdad.

CAPÍTULO 3. El restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal cuando ha sido quebrantado por el uso de una potestad excepcional.

Finalmente en este capítulo luego de tratar las dos figuras que se encuentran en controversia, es decir el equilibrio económico y financiero y las potestades excepcionales, se expondrá el medio previsto legalmente para volver a restablecer las cargas

económicas en un contrato estatal cuando las mismas se han visto quebrantadas por diferentes factores, y se resolverá el interrogante de si dicho mecanismo legal encaja dentro de las llamadas potestades excepcionales, al ser un factor generador del rompimiento del equilibrio económico y financiero o por el contrario se escapa de su aplicación y por lo tanto debe considerarse cuál es la forma idónea de restablecer las condiciones económicas y financieras ante el supuesto mencionado.

CAPÍTULO I

LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL: UNA MIRADA DESDE LA COMPARACIÓN ENTRE EL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO Y LA IGUALDAD DE LAS PARTES EN EL CONTRATO

APROXIMACIÓN AL TEMA

La contratación estatal se encuentra regulada en Colombia por medio de principios de carácter general que procuran abarcar la mayoría de eventos posibles sobre esta materia¹², en este caso, la contratación en la que es parte el Estado representado por sus entidades públicas. Tales principios se pueden clasificar en específicos o especiales, que corresponden a los previstos en la Ley 80 de 1993 y los de carácter general que son los de orden constitucional, los principios del derecho, los de la función administrativa etc.; los cuales deben ser implementados en su totalidad en este tipo de contratación para garantizar su correcto funcionamiento y lograr eficiencia y eficacia en el correspondiente procedimiento administrativo.

Los principios generales (constitucionales, de la función administrativa, etc.) se recogen como un marco que debe ser aplicado de diferentes formas en la contratación pública, no solo por su pertinencia sino también por su jerarquía normativa, pues, al ser constitucionales, es decir, que se encuentran dentro de la Carta Política, tienen una aplicación directa y preferente en cualquier materia¹³, como la contratación estatal; incluyendo los principios de la función administrativa, en la medida que son de orden Constitucional y encajan perfectamente en esta clase de contratación, al ser una actuación que se encuentra en cabeza del Estado y un medio idóneo encaminado a la prestación de los servicios públicos o en términos más amplios garantizar el interés general.¹⁴

¹² ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 86.

¹³ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Los principios jurídicos del derecho administrativo. Madrid: Wolters Kluwer, 2010. p. 566-570.

¹⁴ MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 61.

Pero tales principios por sí solos no pueden garantizar un correcto funcionamiento de este tipo de contratación y es por eso que el Estatuto de Contratación Pública (Ley 80 de 1993) a lo largo de su normatividad se ha encargado de dotar a la contratación estatal de postulados suficientes y necesarios en forma de principios para abarcar todos los aspectos de dicha actuación, es decir desde el proceso de selección hasta su liquidación; Ernesto Matallana expone que “el legislador es claro en señalar que la expedición del nuevo Estatuto de Contratación Estatal es un desarrollo del artículo 209 C.P.”¹⁵ convirtiéndose esta clase de regulación en formas idóneas para garantizar los principios de carácter general, guardando entre sí cierta armonía, pues sería ilógico que un principio del Estatuto de Contratación Pública, es decir, de orden especial, limitara o peor aún, contradijera a uno de orden constitucional o uno de la función administrativa, por el simple hecho de que en la jerarquía normativa unos son superiores respecto de los otros y su aplicación es directa y preferente, como ya se ha mencionado.

Entonces, los principios del Estatuto de Contratación Pública son regulaciones o postulados (que adquieren el calificativo de especiales por referirse particularmente a la contratación pública) utilizados para garantizar y concretar los principios constitucionales, los de la función administrativa e incluso los principios generales del derecho; es decir, que guardan absoluta relación, ya que mientras los principios generales se encargan de dar pautas que deben ser aplicables a cualquier materia, no solamente a la contratación del Estado, los de orden especial contenidos en la Ley de Contratos Públicos se encargan de concretarlos y darles aplicabilidad en el asunto específico; es el caso de la igualdad, el cual está presente como un principio constitucional y como uno de la función administrativa y en términos generales, se refiere a: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación...”¹⁶

Principio que a su vez, se garantiza en todo el procedimiento de contratación en la que es parte el Estado tanto en la etapa precontractual como contractual y hasta pos-

¹⁵ MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 275

¹⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991, Art. 13.

contractual; por ejemplo, desde el momento en que se realiza el proceso de selección del contratista, es decir la etapa pre-contractual, la selección debe ser objetiva sin ninguna clase de ventaja, incluyendo el pliego de condiciones, en el cual “se deben establecer reglas que pongan en igualdad de condiciones a todas las personas interesadas en la contratación, para diseñar, presentar las ofertas con unos mismos lineamientos, sin perjuicio claro está de las acciones positivas o afirmativas”¹⁷; en la ejecución del contrato, esto es, la etapa contractual, se debe garantizar la igualdad entre las partes contratantes. Finalmente, en la terminación y liquidación se tiene que evitar que alguna de las partes del contrato se aproveche de su posición, obteniendo ganancias que no corresponden.

Pero en sí, la igualdad, de la misma manera que otros principios de carácter general, se concreta en uno de naturaleza especial previsto en el Estatuto de Contratación Pública, y corresponde al del equilibrio económico y financiero¹⁸ (sin desconocer otros que la Ley de Contratos Públicos de Colombia ha previsto para respaldarla, como es el caso de la selección objetiva), que se encarga de la equivalencia económica de las partes durante el contrato estatal, puesto que garantiza que en su ejecución las condiciones financieras o económicas y las prestaciones pactadas entre la entidad pública y el contratista normalmente particular no varíen, con el fin de mantener la igualdad entre quienes intervienen como partes contratantes, y evitar un rompimiento de las condiciones y prestaciones económicas acordadas al inicio del mismo.

El problema radica en que el principio tanto especial (equilibrio económico y financiero) como general (igualdad), si bien buscan ubicar a las partes dentro del contrato estatal en una misma posición, muchas veces dicha igualdad o equivalencia se ve quebrantada por diferentes situaciones o variables atribuibles o ajenas a las partes (hecho del príncipe, teoría de la imprevisión, incumplimiento, ius variandi del contrato, etc.) que pueden generarse durante la ejecución del negocio jurídico.

¹⁷ ROSERO MELO, Bertha Cecilia, CONTRATACIÓN ESTATAL, Manual Teórico- Práctico. Bogotá: Ediciones de la U, 2016.p. 211.

¹⁸ BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 131.

Por lo tanto, el presente capítulo pretende desarrollar una comparación entre el principio de igualdad y del equilibrio económico y financiero en la contratación estatal, tratando de evidenciar su conexión y su aplicación, resaltando su origen, su normatividad en la legislación colombiana, para finalmente establecer las situaciones a las que se hizo mención anteriormente como causales del rompimiento de esa ecuación financiera según la Ley de Contratación Pública y la jurisprudencia, entendiéndolas como variables que tiene dicho principio especial en referencia a la igualdad.

1. LA CONTRATACIÓN ESTATAL: UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DESARROLLADA A TRAVÉS DE PRINCIPIOS GENERALES Y ESPECIALES

En Colombia la contratación pública al igual que la contratación privada, es considerada una “institución jurídica a través de la cual dos o más partes consienten en obligarse la una con la otra con el fin de obtener mutuos beneficios”.¹⁹

En el caso de la entidad estatal, generalmente como contratante en el negocio jurídico, el beneficio que busca con la contratación es garantizar el interés general y satisfacer las necesidades de la comunidad, entendiendo lo anterior de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia²⁰, donde se enuncian los fines esenciales del Estado, (entonces se considera la contratación estatal como un mecanismo idóneo utilizado por el Estado para lograr el cumplimiento de sus fines esenciales), y en el caso del contratista, quien generalmente es un particular, si bien es un colaborador para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado al momento de ejecutar el contrato (Ley 1150 de 2007), también se le atribuyen unos beneficios económicos por el desarrollo de su actividad.

¹⁹ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 3.

²⁰ C.N. Artículo 2. “*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*”.

Este tipo de contratación a su vez se diferencia de la contratación privada, porque una de las partes dentro del negocio jurídico es una “entidad pública del Estado” y por ello está sometida a un régimen especial que es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993, reformada por la Ley 1150 de 2007), en el cual se desarrolla una específica normatividad para la regulación de la contratación, a pesar de que existen dentro de las mismas unas entidades públicas exceptuadas de su aplicación, es decir, personas jurídicas a las cuales no se les aplica el Estatuto y en tal medida se consideran de régimen exceptuado, como es el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios, empresas del sector eléctrico, empresas sociales del Estado etc. (situación que si se mira con detenimiento, se puede evidenciar que en el régimen de contratación de las personas jurídicas públicas colombianas, los regímenes exceptuados son la mayoría y constituyen la generalidad, en la medida que la gran cantidad de entidades públicas del Estado están sometidas a regulación distinta de la Ley 80 de 1993).

Dicho Estatuto de Contratación Pública está conformado por principios generales, que en alguna doctrina son considerados como mandatos de optimización²¹, y se encargan de regular la mayoría de aspectos de la contratación estatal, a diferencia del Decreto Ley 222 de 1983 que era el régimen anterior al actual Estatuto de Contratación Pública, el cual además de haber coexistido con múltiples regímenes aplicables a la contratación de diferentes entidades estatales impidiendo su debida aplicación y dar lugar a confusiones, era extremadamente reglamentario, es decir, que regulaba los diferentes aspectos de la contratación estatal por medio de reglas como normas meramente descriptivas que no tenían ninguna clase de juicio de valor, lo que se reflejaba en la cantidad de artículos que tenía dicho decreto, limitándose únicamente a determinar si la actuación se ajustaba o no a la norma²²; pero además era casuista, es decir que desarrollaba casos demasiado específicos, llegando al punto de definir contratos comunes ya regulados en el Código Civil y el Código de Comercio, como eran el contrato de arrendamiento, de compraventa,

²¹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 86.

²² MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 461.

de donación, etc.²³

En cambio, el actual Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) como se mencionó, está regido por principios generales sobre la contratación, “orientados hacia la simplificación de reglas contractuales en un mismo estatuto”.²⁴

Así pues, se pretende crear verdaderas normas de obligatorio cumplimiento pero sin limitarse a casos concretos, buscando abarcar así más situaciones jurídicas, teniendo siempre en cuenta mecanismos suficientes para garantizar el cumplimiento de dichas normas; entonces, la pretensión principal no es una gran cantidad de supuestos normativos representados en un largo articulado que desarrollen todo el procedimiento de contratación, sino más bien normas (principios) generales que estén en capacidad de abarcar más situaciones fácticas que puedan surgir en la contratación.

Pero para empezar a hablar de los principios de la contratación estatal es necesario primero establecer en qué consisten, pues los mismos tienen en el mundo jurídico un sinnúmero de percepciones y definiciones y a su vez pueden ser aplicados de diferente forma. Por ejemplo, se pueden tomar como “una norma programática o directriz, esto es, norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines”²⁵, o como “una norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (y que son el reflejo de una determinada forma de vida), de un sector del mismo, de una institución”²⁶; o como “una norma especialmente importante, aunque su grado de generalidad pueda ser relativamente bajo”.²⁷

En la presente investigación se ha tomado la definición de Robert Alexy, quien menciona

²³ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 11.

²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154. (18 de abril de 1996). M. P. Antonio Barrera Carbonell.

²⁵ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Sobre principios y reglas. Alicante, España: Doxa, 1991. p. 101-110.

²⁶ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Sobre principios y reglas. Alicante, España: Doxa, 1991. p. 101-110.

²⁷ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Sobre principios y reglas. Alicante, España: Doxa, 1991. p. 101- 110.

que los principios son “normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por consiguiente los principios son mandatos de optimización que se caracterizan por ser cumplidos en diferente grado”.²⁸

En sí lo que buscan (teniendo en cuenta que toda norma está compuesta ya sea por un principio o una regla²⁹, según Robert Alexy) es que sean universales o generales, es decir, que se llegue a abarcar la mayoría de casos posibles con el principio introducido, evitando regulaciones extensas y a su vez que sean de carácter obligatorio, es decir que se constituya su cumplimiento como deber; pero como dicho cumplimiento puede ser de diferente grado o nivel por la naturaleza de los mismos, es necesario que se implementen los mecanismos suficientes para brindar garantías respecto al cumplimiento en la mayor medida posible de esta clase de normas.

Para el caso de la contratación estatal se revelan como un mecanismo de gran utilidad, pues permiten que ambas partes del contrato resulten beneficiadas con la implementación de los principios establecidos en el Estatuto de Contratación Pública.

En el caso de las entidades estatales, permite que desarrollen sus actividades con mayor libertad al no ser tan exhaustiva la regulación del procedimiento al momento de contratar, generando así eficiencia y eficacia en el cumplimiento de sus fines, y por parte del contratista, la ventaja se enfoca en brindar mayores garantías de que el proceso de contratación es equitativo e igualitario, pues por medio de los principios ya no se otorgan potestades o prerrogativas exageradas a las entidades estatales en el proceso de contratación³⁰, garantizando así postulados de orden constitucional y de la función administrativa, como igualdad, transparencia, moralidad, etc.

²⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 86.

²⁹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 87.

³⁰ BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 75.

Los principios de la contratación estatal introducidos principalmente en el Estatuto de Contratación Pública son considerados en este tipo de negocio jurídico elementos transversales, pues básicamente se encargan de determinar cómo se deben desarrollar los contratos estatales en la etapa pre-contractual (proceso de selección, pliego de condiciones, etc.), contractual (ejecución del contrato: cláusulas excepcionales, equilibrio económico del contrato, etc.) y pos-contractual (garantías de estabilidad y calidad), que, como se ha venido reiterando, “no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en todo el procedimiento de contratación, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice”.³¹

Lo que quiere decir, que rigen el proceso de contratación en todas sus formas y no es opcional su aplicación, sino obligatoria, teniendo presente que existen algunos contratos que por la naturaleza de la entidad que es parte en el mismo, se encuentran excluidos de la aplicación del Estatuto de Contratación Pública y por lo tanto, pareciera que los principios y en sí el articulado de dicha ley no es aplicable en su mayoría; sin embargo esto no es tan cierto, ya que los contratos excluidos de la aplicación de la Ley 80 que se rigen por el derecho privado o por cualquier otra normatividad, no se excluyen de la aplicación del régimen de incompatibilidades y de inhabilidades presentado en el Estatuto de Contratación Pública, de los principios de la actuación administrativa y tampoco de los de orden especial contenidos en la Ley 80 de 1993.

Dentro de los principios que el Estatuto desarrolla se encuentran expresamente previstos: el principio de transparencia establecido en el artículo 24, el de economía en el artículo 25, el de responsabilidad consagrado en el artículo 26, el del equilibrio económico y financiero del contrato en los artículos 27 y 28, y el de selección objetiva establecido en el artículo 29, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007; sin desconocer otros principios implícitos que se encuentran a lo largo del articulado, como el de planeación, el de libre concurrencia, etc., los cuales tienen como fin orientar la forma como se debe realizar la contratación estatal en sus diferentes fases y aspectos. Pero no solo éstos son

³¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-508. (3 de julio de 2002). M. P. Luis Eduardo Montoya Medina.

los encargados de regir dicha actuación de la Administración representada en las entidades estatales, sino que también los principios constitucionales, los principios de la función administrativa determinados en el artículo 209 de la Constitución Política y 3 de la Ley 1437 de 2011 y hasta los principios del derecho privado (al ser considerados no como un régimen subsidiario sino un régimen común en la contratación estatal)³² tienen una aplicación directa en los contratos estatales y por lo tanto regulan la materia; de esta misma forma lo enuncia el Estatuto de Contratación Pública en el artículo 23, que expresa:

“De los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”³³.

En cuanto a los principios constitucionales su razón de ser radica en su jerarquía, pues las disposiciones constitucionales son consideradas por la misma Carta Política, norma de normas, por lo que su aplicación es directa en la contratación estatal como lo ha dicho la Corte Constitucional: “el estudio de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado social de derecho que irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la constitución”.³⁴

En dicho sentido, la contratación se debe regir por principios constitucionales tales como igualdad, buena fe, debido proceso, planeación, libre competencia, asociación, libertad comercial y en sí todos aquellos que se relacionen con la actividad contractual.

A su vez, existe un aspecto de especial relevancia dentro de la Constitución Política que

³² BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 79.

³³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094, art. 23.

³⁴ COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-449. (9 de julio de 1992). M. P. Alejandro Martínez Caballero.

corresponde a los principios de la función administrativa, los cuales son mencionados en el artículo 23 del Estatuto de Contratación Pública como principios rectores de las actuaciones administrativas de las entidades estatales, que, si bien son tratados en la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), el artículo 209 de la Constitución Política los contempla.³⁵

Estos principios son esenciales dentro de la contratación estatal por el simple hecho de que dicho procedimiento es considerado actividad administrativa, como lo ha expuesto el Consejo de Estado:

“La Carta Suprema en su artículo 209 ordena que el ejercicio de la función administrativa se encuentra sometido a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y de publicidad, razón por la cual en la medida que la contratación estatal puede identificarse como una actividad administrativa, necesariamente deben aplicarse estos principios, sin perjuicio de muchos otros que también forman parte del texto Constitucional”.³⁶

Además, si se analiza el Estatuto de Contratación Pública, su pretensión principal es desarrollar cada uno de los principios de la función administrativa en los contratos que realizan las entidades estatales; por ejemplo, con la eficiencia se busca la obtención de mejores resultados en un menor tiempo y con menores costos, lo que se refleja en diferentes factores de la contratación estatal regulados en la Ley de Contratación Pública, como en el principio de planeación, que surgió como una medida para solucionar los sobrecostos que tenían que soportar los co-contratantes en la ejecución del contrato por no realizar estudios previos que permitieran determinar la necesidad que tenía la entidad estatal y cómo esa necesidad se podía satisfacer; entonces, se implementan estudios de oportunidad, estudios de mercado, pliegos de condiciones mucho más detallados, incluyendo factores como cronograma, objeto del contrato, anexo técnico (cómo se va a desarrollar el contrato), reglas de participación, requisitos de experiencia, jurídicos,

³⁵ C.N. Artículo 209. *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

³⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 15324. (29 de agosto de 2007). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

capacidad económica, causales de rechazo, criterios de selección, la asignación de riesgos previsibles (innovación que trajo la Ley 1150 de 2007 en búsqueda de la transparencia de la gestión contractual) etc., generando así la satisfacción de unas necesidades determinadas para cada entidad estatal, evitando el pago de unos costos innecesarios, es decir, economía en el contrato (menores costos y mejores resultados). Pliegos de condiciones que en la Ley 1882 de 2018 han de ser pliegos de condiciones tipo.

Otro caso es la igualdad (que en términos generales se refiere a que toda persona debe tener el mismo trato y protección por parte de las entidades estatales) como principio esencial en la contratación, el cual se encuentra reflejado en dos factores así como se analizará posteriormente: en el principio del equilibrio económico y financiero, tratando que las partes dentro de la ejecución del negocio jurídico se encuentren en las mismas condiciones en lo que algunos autores han llamado la “doble exigencia tradicional”, es decir que el objeto y el precio sean ciertos³⁷; y en el proceso de selección, brindando igualdad de acceso a todos los oferentes al momento de contratar y garantizando que en todo el trámite desde el pliego de condiciones hasta la escogencia del contratista, no exista un criterio diferenciador, bajo la figura de la selección objetiva.³⁸

Entonces, la contratación estatal siempre debe regirse por la universalidad de principios que regulan dicha materia, tanto específicos (Estatuto de Contratación Pública), como generales (constitucionales, de la función administrativa, etc.), los cuales deben tener una estrecha relación para un correcto funcionamiento de este tipo de contratación, en la medida que los principios constitucionales, de la función administrativa y los generales del derecho, por su jerarquía normativa y su pertinencia tienen una aplicación directa, y la forma correcta de concretarlos en la contratación estatal es por medio de los principios propios de esta materia.

³⁷ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Los principios jurídicos del derecho administrativo. Madrid: Wolters Kluwer, 2010. p. 1312.

³⁸ MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública: Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 72.

Por tal razón, como se previó en líneas anteriores se pueden plantear diferentes situaciones que evidencian cómo los principios generales, se materializan en principios de la Ley 80 de 1993 y guardan entre sí una armonía que permite el funcionamiento de la contratación estatal; pero para el caso que me ocupa se tomará como reflejo de esta situación la igualdad como principio constitucional y de la función administrativa y su relación y consecuente concreción con el equilibrio económico y financiero, el cual es de carácter específico en la materia de los contratos estatales (sin desconocer otros principios de orden específico que le dan aplicabilidad a la igualdad en el contrato estatal), para luego evidenciar las circunstancias o variables que pueden generar el rompimiento del equilibrio económico y financiero durante la ejecución del contrato y por consiguiente desconocer en cierta medida la igualdad entre las partes contratantes.

2. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD APLICADO A LA CONTRATACIÓN ESTATAL

La igualdad como principio de orden constitucional se encuentra presente en forma general es decir para toda clase de actuaciones administrativas en el artículo 13 de la Constitución Política³⁹, con el fin de garantizar el mismo trato y protección de todas las personas frente a las autoridades y la igualdad de derechos, libertades y oportunidades sin ninguna clase de discriminación; y de forma puntual en el artículo 209 de la Constitución con el mismo objetivo de garantizar un trato y protección equivalente para todas las personas, pero ya específicamente referido a las entidades estatales, como uno de los principios dentro de los cuales se debe regir la función administrativa, teniendo como fin principal la satisfacción de los intereses generales y por lo tanto, el cumplimiento de los fines esenciales del Estado establecidos en el artículo 2 de la Carta Política.

Este principio es de tal relevancia que no solamente es considerado como tal, sino que

³⁹ C.N. Artículo 13. *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados...”.

también es un derecho introducido en el artículo 85 de la Constitución Política y un valor trascendental para el hombre.⁴⁰ En términos generales la Corte Constitucional lo ha definido así:

“El principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente nominación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado”.⁴¹

Lo cual quiere decir, que todas las personas son iguales frente a la ley, que debe existir una regulación igual o idéntica para supuestos iguales y que la única excepción es que existan supuestos diferentes; en este sentido, toda persona tiene los mismos derechos, libertades y oportunidades, que a su vez permite un trato igualitario por parte de las entidades estatales sin ninguna clase de preferencia o discriminación y solo se admite un trato diferenciado para aquellos que son diferentes, o para aquellos hechos distintos.

De dicho principio, de acuerdo a lo previsto en el artículo 13 de la Constitución se pueden desprender varios aspectos, dentro de los cuales la Corte Constitucional ha destacado los siguientes:

“(i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales”.⁴²

Llegando al mismo punto, no se admite un trato diferenciado en ningún caso, tanto en lo

⁴⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-432. (25 de junio de 1992). M. P. Simón Rodríguez Rodríguez.

⁴¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-432. (25 de junio de 1992). M. P. Simón Rodríguez Rodríguez.

⁴² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-178. (26 de marzo de 2014). M. P. María Victoria Calle Correa.

que se denomina igualdad formal, es decir, que todos sean tratados de la misma forma ante la ley y los actos que realicen las diferentes entidades públicas; como en la igualdad material, que son las medidas que toma cada entidad para garantizar dicho principio en el ejercicio de sus funciones, teniendo siempre en cuenta la salvedad de que existen casos en que los supuestos fácticos son distintos y por lo tanto el trato debe ser diferente y que existen personas que por su condición necesitan una especial protección; en este sentido la misma debe ser diferenciada.

La igualdad como principio, derecho y valor es perfectamente aplicable a la contratación estatal, no solo desde el punto de vista del artículo 13 constitucional, por el cual todas las personas deben ser tratadas en igualdad de condiciones especialmente al momento de realizar la oferta y en el proceso de selección, sino también desde el punto de vista de la función administrativa, pues la contratación estatal es una actuación administrativa encaminada a satisfacer las necesidades generales que tiene cada entidad.

Y en este sentido, el principio de igualdad mencionado en el artículo 209 de la Constitución Política y en el artículo 3⁴³ de la Ley 1437 de 2011 se ajusta a dicha actuación en los mismos términos, es decir, que se debe brindar un mismo trato y protección a todas las personas que intervengan en las actuaciones administrativas, en este caso en la contratación en la que es parte una entidad estatal.

Pero fundamentalmente este principio se ve aplicado en la contratación en la que es parte una persona jurídica pública, en dos eventos que posteriormente serán desarrollados:

- 2.1 Igualdad de acceso para realizar la oferta e igualdad en el proceso de selección.
- 2.2 Igualdad de las partes co-contratantes al momento de ejecutar el contrato, es decir, una equivalencia de prestaciones y condiciones que permita obtener mutuos beneficios

⁴³CPACA. Artículo 3. “Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

... 2. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta...”.

para las partes dentro del contrato estatal.

2.1 Igualdad en el proceso de selección en el contrato estatal

La administración representada en las entidades estatales al momento que decida contratar se obliga a “otorgar idéntica oportunidad a todos aquellos que se encuentren en condiciones de ofertar lo requerido por ella”⁴⁴, y en ese sentido es totalmente aplicable el principio de igualdad en dos puntos: El primero, tratando de brindar un acceso igualitario a aquellos oferentes que se encuentren en las mismas condiciones, es decir, aquellos que puedan satisfacer la necesidad que tiene la entidad estatal de acuerdo a lo previsto en el pliego de condiciones⁴⁵ (acto administrativo de carácter general en el que se establecen reglas de juego del contrato como su objeto, cronograma, anexos técnicos, etc.), y por la cual recurre a la contratación estatal, sin ninguna clase de prerrogativas o preferencias; así pues, toda persona tiene derecho a presentar una propuesta (siempre que cumpla los requisitos del pliego de condiciones) y en ese sentido contratar con el Estado como regla general (proceso de licitación pública por ejemplo).

La Corte Constitucional se ha encargado de resaltar la importancia del principio de igualdad en el aspecto de la presentación de la oferta y ha dicho:

“En particular, la Corporación ha resaltado la importancia de dos de los principios que rigen este procedimiento: la libre concurrencia y la igualdad entre proponentes. El primero, directamente relacionado con el mandato de igualdad de oportunidades contemplado en el artículo 13 constitucional, con el derecho a la libre competencia reconocido en el artículo 333 ibídem y con los principios de la función administrativa, garantiza la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y puedan formularlas sobre bases idénticas, sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales. Desde el punto de vista de la entidad estatal, este principio asegura pluralidad de competidores, lo que a su turno redundará en mejores ofertas en beneficio de la eficiencia”.⁴⁶

⁴⁴ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 9.

⁴⁵ ROSERO MELO, Bertha Cecilia. Contratación estatal: Manual teórico-práctico. Bogotá: Ediciones de la U, 2016. p. 211-212.

⁴⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300. (25 de abril de 2012). M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Lo que claramente es una ventaja para la entidad estatal, pues entre más ofertas de diferentes proponentes se presenten hay más posibilidades de escogencia, y la selección probablemente será la más beneficiosa para la parte contratante; pero a su vez, se permite el acceso igualitario a todas aquellas personas que quieran presentar su propuesta.

Y el segundo es la selección del contratista, ya que al tener las ofertas de acuerdo a los parámetros previstos en el pliego de condiciones y en la ley, se debe escoger la más idónea o favorable que permita una exitosa ejecución del contrato, bajo criterios de imparcialidad y transparencia, dejando de lado tratos preferentes o discriminatorios; garantizando así el principio de selección objetiva establecido en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, posteriormente derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, donde se incluyen como criterios de selección la favorabilidad de la oferta y la finalidad de la misma, de acuerdo al proceso de selección correspondiente para la contratación.

La selección objetiva como principio del Estatuto de Contratación Pública permite escoger la oferta más favorable o que beneficie más a la entidad estatal, con criterios de selección estrictamente objetivos dependiendo el proceso que se vaya utilizar en la contratación del Estado, que impidan que dicha escogencia sea motivada por intereses personales o discriminatorios. En ese sentido, la Ley 1150 de 2007 en el artículo 5 los enuncia así:

“... i) la capacidad jurídica, condiciones de experiencia y capacidad financiera y de organización, como requisitos habilitantes para participar en el respectivo proceso de selección; (ii) la favorabilidad de la oferta desde el punto de vista técnico y económico; (iii) el menor precio, en el caso en lo que la entidad contratante planee adquirir bienes y servicios de características uniformes; y (iv) la experiencia específica y la composición del equipo de trabajo, en los procesos dirigidos a la selección de consultores”.⁴⁷

Estos criterios reflejan la importancia de la igualdad en el proceso de selección del contratista, ya que en sí lo que busca la entidad contratante al momento de escoger al oferente es el cumplimiento del contrato y consigo la satisfacción de los fines del Estado,

⁴⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300. (25 de abril de 2012). M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

y esto únicamente se logra con los criterios objetivos al momento de seleccionar al oferente en que no medien intereses personales ni tratos diferenciados, pues tiene que asignarse a la persona más idónea para que se lleve a cabo la ejecución del contrato, de acuerdo a los parámetros legales ya previstos.

En la contratación estatal, si bien toda selección de un contratista debe regirse por los criterios previamente mencionados (teniendo prevalencia unos sobre otros dependiendo el proceso de selección aplicable al contrato), la determinación del contratista como proceso en el contrato no es única, por el contrario, la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 establecen varios procesos de selección, los cuales son considerados por Juan Carlos Expósito como “conjuntos de actos, pronunciamientos, y decisiones que permiten a la administración, salvaguardando sus intereses económicos y el principio de igualdad de los administrados ante los beneficios y cargas públicas, elegir, de entre las personas que voluntariamente se ofrecen para ello al sujeto más apto para contratar”⁴⁸; tales actos permiten seleccionar al contratista y se pueden clasificar como generales y excepcionales.

El proceso de selección general es la licitación pública, este se encuentra desarrollado en el artículo 30 del Estatuto de Contratación Pública y el Decreto 1082 de 2015⁴⁹, en el cual una persona llamada convocante, en este caso, la entidad estatal, hace un llamado o una invitación pública dirigida a todas aquellas personas que se encuentren interesadas en contratar con el Estado (y puedan hacerlo) para que presenten su propuesta u oferta, de acuerdo a unos parámetros objetivos previamente determinados por la entidad estatal en el pliego de condiciones, en el cual se tienen elementos tales como los requisitos que debe cumplir el oferente, el objeto del contrato, requisitos de la oferta, criterios de selección, de desempate etc., y una vez ya se tengan esas ofertas se escoja la más idónea para que ese oferente contrate con el Estado.

⁴⁸ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. La configuración del contrato de la Administración Pública en el derecho colombiano y español. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 396-397.

⁴⁹ DEIK ACOSTAMADIEDO, Carolina. Guía de contratación estatal: Deber de planeación y modalidades de selección. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015. p. 161-162.

En tal sentido, dicho proceso es el claro ejemplo del principio de igualdad en la contratación estatal concretando los dos puntos previamente desarrollados, pues permite el acceso igualitario a toda persona que quiera contratar con el Estado, teniendo únicamente como límite las exigencias del pliego de condiciones; pero además, propicia un trato igualitario y no discriminatorio en el proceso de selección, ya que la escogencia únicamente se debe basar en aquellos criterios legales que permitan determinar cuál es la propuesta más idónea y beneficiosa para la entidad de todas aquellas presentadas, sin ninguna clase de prerrogativa o preferencia.

En los mismos términos, el Consejo de Estado ha dicho que la licitación pública debe tener como elemento esencial la igualdad de sus oferentes, es decir, que se encuentren en las mismas condiciones, así:

“... todos los sujetos interesados en el proceso de licitación han de estar en idénticas condiciones y gozar de las mismas oportunidades, lo cual se logra, según la doctrina, cuando concurren los siguientes aspectos:

- i. Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores.
- ii. Debe darse preferencia a quien hace la oferta más ventajosa para la Administración”.⁵⁰

Por lo que en el proceso licitatorio no puede existir ninguna ventaja, la cual haga que la selección no se realice únicamente bajo los términos de la mejor oferta. En este sentido, las oportunidades que son dadas a los oferentes son totalmente iguales, evitando cualquier clase de trato diferenciado que vicie la selección del contratista, es decir que en la licitación el criterio que prima es la idoneidad de la oferta por encima del oferente, y es que así lo buscaba la Ley de Contratos Públicos, pues lo que se pretendía con la introducción de este mecanismo de selección era “regular un proceso de selección que comprenda las etapas estrictamente necesarias para asegurar la objetividad de la escogencia pero en un marco de flexibilidad en lo relativo al trámite”.⁵¹

Los procesos de selección que he querido denominar excepcionales difieren de la

⁵⁰ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 12037. (19 de julio de 2001). C. P. Alir Eduardo Hernández Enríquez.

⁵¹ DEIK ACOSTAMADIEDO, Carolina. Guía de contratación estatal: Deber de planeación y modalidades de selección. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015. p. 163.

contratación por licitación pública, porque la ley que los regula establece aquellos requisitos o supuestos fácticos especiales que deben cumplirse para que sean aplicados y aunque podría parecer que limita el acceso de los oferentes a presentar su oferta, permitiendo así un supuesto trato diferenciado, ello no es así, puesto que son procesos de selección que tienen por mandato legal requisitos taxativos y específicos como ya se mencionó para que se puedan utilizar, se aplican ante la necesidad de contratar en un menor tiempo y con supuestos fácticos especiales y además no pueden violar principios de orden constitucional como es el caso de la igualdad; entre ellos se encuentran la contratación directa, que fue la primera excepción presentada en la Ley 80 de 1993, la selección abreviada y el concurso de méritos establecidos en la Ley 1150 de 2007, y la contratación de mínima cuantía en la Ley 1450 de 2011.

En síntesis, la igualdad en la oferta y en el proceso de selección del contratista en el contrato estatal, representa la igualdad como un principio rector de tal actuación, que, si bien puede parecer limitada, como el caso de los procesos de selección excepcionales, no puede ser desconocida en ningún momento.

2.2 Igualdad de las partes en la ejecución del contrato estatal, una garantía de la ecuación contractual

El contrato, tanto público como privado, es un acuerdo de voluntades en el que dos o más partes deciden obligarse, con el fin de tener mutuos beneficios⁵², como ya se mencionó. Dentro de las características que tiene el contrato estatal se encuentra la bilateralidad (las partes contratantes adquieren obligaciones recíprocas) y la conmutatividad (obligaciones mutuas y beneficios mutuos), pues para ambas partes surge una obligación ya sea de dar o de hacer, con equivalencia de lo que la otra parte debe dar o hacer.⁵³

⁵² DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 3.

⁵³ Código Civil, Artículo 1498: *“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”*.

A su vez se obtienen beneficios mutuos; para la parte contratante (entidad estatal) la satisfacción de una necesidad y el logro de sus fines esenciales y para el contratista unas utilidades económicas por la realización de una actividad o la prestación de un servicio. En este sentido, las partes dentro del contrato estatal se ubican en una posición de igualdad, pues ni la persona jurídica pública debe tener más prerrogativas o beneficios ni tampoco el particular por la simple naturaleza del contrato; entonces, a las partes dentro de la ejecución del mismo se les debe garantizar una equivalencia respecto a sus condiciones y prestaciones (entre ellas las económicas).⁵⁴

La igualdad en la ejecución del contrato se refiere básicamente a que las partes contratantes desde la celebración hasta la terminación se deben ubicar en una misma posición con beneficios y garantías equivalentes, sin ninguna clase de distinción⁵⁵, pues podría pensarse que la entidad estatal como representante de la Administración por su naturaleza se encontraría en una posición de superioridad al contratista, pero teóricamente bajo dicho principio constitucional ambas partes deben ser iguales y, por lo tanto, las condiciones y prestaciones dentro del contrato tienen que ser equivalentes.

Este principio constitucional se ve reflejado claramente bajo los supuestos mencionados en el equilibrio económico y financiero, como principio especial de la contratación estatal, pues se encarga de mantener posteriormente a la celebración del contrato las prestaciones y condiciones económicas de las partes contratantes⁵⁶ (en equilibrio) y evita que durante la ejecución del negocio jurídico pueda surgir alguna clase de ventaja para la parte contratante o para el contratista, ya sea por su posición o por un hecho externo del contrato. Además de que se presenta como una respuesta a diferentes potestades o prerrogativas que la misma Ley de Contratación Pública les ha otorgado a las entidades estatales.

⁵⁴ BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 356.

⁵⁵ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. 9a ed. Bogotá: Leyer, 2015. p. 665.

⁵⁶ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 609.

Y es que el mismo Estatuto de Contratación Pública, ha tratado de brindar beneficios al contratista que permitan compensar esas facultades propias de las entidades estatales, dentro de los cuales como ya se dijo, se encuentra la posibilidad de que todos los particulares que quieran contratar con el Estado puedan hacerlo, bajo un proceso de selección objetiva, por el cual todos los partícipes que quieran contratar con el Estado puedan presentar sus propuestas y solo la mejor será la seleccionada⁵⁷, sin ninguna clase de preferencias (evento ya desarrollado); pero la garantía o el beneficio más importante se dirige a que la entidad pública del Estado mantenga una igualdad de las cargas públicas en el sentido del equilibrio económico y financiero del contrato.

Ello quiere decir que la parte contratante ha de proporcionar una equivalencia en las condiciones del negocio jurídico desde que inicia (celebración del contrato) hasta que se termina, garantizando así la ecuación económica o el equilibrio económico y financiero como una forma de asegurar la prestación continua e ininterrumpida del servicio público y, en sí, la igualdad de las partes en el contrato estatal, pues pueden ocurrir en la ejecución del contrato circunstancias que ocasionen una dificultad en el cumplimiento del mismo, por ejemplo, hechos imprevistos que causen mayor onerosidad al contrato, o el uso de las cláusulas excepcionales por parte de la entidad pública que correlativamente pueden implicar una indemnización o compensación para garantizar lo previamente pactado. En ese sentido, es necesario desarrollar el principio del equilibrio económico y financiero del contrato estatal como un mecanismo muy útil que le da aplicabilidad y concreción al principio de igualdad en el contrato estatal.

3. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO: REFLEJO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

El principio constitucional de igualdad, como se ha venido reiterando, tiene una aplicación directa y preferente por su orden jerárquico en los contratos estatales, y una de las formas de garantizar su debida aplicación es por medio del principio del equilibrio económico y financiero, que, en pocas palabras, permite que las prestaciones económicas y las

⁵⁷ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. 9a ed. Bogotá: Leyer, 2015. p. 331.

condiciones financieras para las partes del contrato nunca sean desiguales, por el contrario, que sean equivalentes, garantizando así la igualdad entre los co-contratantes. Este es definido como “una 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 éste, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia-igualdad)”⁵⁸, entendiendo el mismo como un principio propio del derecho público (en Colombia, la Ley 80 de 1993) pues es el que se ha encargado de regularlo, a diferencia del derecho privado, donde su aplicación no es tan estricta y se conoce por otra figura bajo la cláusula de rebus sic stantibus, la cual permite la revisión del contrato ante la ocurrencia de un hecho imprevisto posterior a su celebración que cause efectos gravosos en alguna de las partes y a su vez impida el cumplimiento del contrato, pues se genera un rompimiento del equilibrio contractual muy relacionado con la teoría de la imprevisión.⁵⁹

El equilibrio económico y financiero es un principio que tuvo su auge inicialmente en Francia por parte del Consejo de Estado; Colombia, siguiendo los mismos pasos, ha venido desarrollando dicho principio que se concreta actualmente en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en el artículo 27⁶⁰, como una figura encaminada a mantener la equivalencia de las prestaciones y condiciones económicas en los contratos estatales durante la ejecución. En caso de que esa equivalencia se rompa, se pueda volver a restablecer como lo ha previsto el Consejo de Estado:

“... la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la

⁵⁸ MARINENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. t. III. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. p. 469.

⁵⁹ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 690.

⁶⁰ Ley 80 de 1993, artículo 27. *“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre 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”.*

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”.⁶¹

Así las cosas, surge como respuesta a la necesidad principal de que los contratos sean ejecutados y cumplidos a cabalidad, ya que durante el desarrollo de los mismos pueden surgir situaciones, como hechos imprevistos o la utilización de facultades unilaterales por parte de las entidades públicas del Estado, que generen costos adicionales y en ese sentido provoquen o puedan dar lugar a incumplimiento por parte del contratista, pues es posible que no tenga el dinero suficiente para ejecutar el contrato.

Y en los mismos términos, al ser un mecanismo encaminado a garantizar la debida ejecución de los contratos estatales, manteniendo las condiciones del mismo y en caso que varíen que se puedan restablecer, así se asegura la satisfacción de los intereses generales perseguidos; por ejemplo, si se contrata la prestación del servicio público de transporte, claramente su debida ejecución y cumplimiento garantiza el bienestar de la población a la que va dirigida, así lo ha previsto el Consejo de Estado:

“Por medio del contrato estatal se persigue la prestación de los servicios públicos y por ende la satisfacción de intereses de carácter general, propósitos estos que finalmente conducen a que la ejecución del objeto contractual sea una de las cuestiones fundamentales en la contratación del estado.

Por esta razón que la ley ha previsto diversos mecanismos para conjurar aquellos factores o contingencias que puedan determinar la inejecución de lo pactado, destacándose dentro de ellos el reajuste de los precios convenidos de tal manera que al mantenerse el valor real durante el plazo negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones y se satisfaga entonces el interés general mediante la prestación del servicio público”.⁶²

Además, porque al ser excesivos los beneficios que se le dan a la entidad contratante, como es el caso de las cláusulas excepcionales, debe existir un mecanismo que le brinde

⁶¹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 18836. (22 de junio de 2011).

⁶² COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 55855. (23 de octubre de 2017). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

garantías al contratista, de que así sea un colaborador del Estado, al ser el contrato estatal de carácter sinalagmático (beneficios para ambas partes), este va a poder obtener beneficios y utilidades.

Entonces, este principio, al garantizar que las condiciones económicas y las prestaciones pactadas en un contrato estatal permanezcan inalteradas durante su desarrollo o ejecución, como ya se ha mencionado, y que en caso de que por un hecho externo las condiciones del contrato cambien, se pueda volver a su estado anterior, evidencia la igualdad en la que se encuentran las partes dentro del contrato.

Lo importante es que se introduzcan mecanismos suficientes que aseguren un restablecimiento del equilibrio económico cuando el mismo se haya quebrantado; teniendo su aplicación no solo en el contratista, el cual generalmente se considera la parte débil dentro de la relación jurídica, necesitando así más protección⁶³ y a quien la doctrina en la mayoría de casos pone como destinatario de la aplicación de dicho principio⁶⁴, sino también en la entidad estatal contratante, dado que, por ciertos factores puede que las prestaciones esperadas sean más o menos onerosas, generando el rompimiento de la ecuación contractual y en ese sentido se debe restablecer el equilibrio económico quebrantado para lograr una debida ejecución del contrato y garantizar la equivalencia de la que se ha venido hablando.

La etapa en la cual se ubica el equilibrio económico y financiero es en la contractual, pues la equivalencia a la que me refiero es respecto a las condiciones y prestaciones previamente pactadas al momento de celebrar el contrato, por lo tanto, la aplicabilidad de este principio radica en la ejecución de la relación contractual, entrando a garantizar el cumplimiento de las condiciones económicas y financieras principalmente y las

⁶³ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 699, cuando hace referencia a que el Estado sí tiene privilegios frente al particular, por tal razón, cuando las condiciones del contrato se alteren estas se deben recuperar.

⁶⁴ DE LAUBADÈRE, André y GAUDEMONT, Yves. Traité de droit administratif. Paris: LGDJ, 2001. p. 706, hacen mención a que cuando se rompe el equilibrio contractual, el detrimento o la pérdida va directamente al particular contratista, y en ese sentido surge el derecho para ese particular de que el equilibrio sea restablecido por medio de una compensación pecuniaria.

prestaciones establecidas con anterioridad, para que estas no se alteren hasta la terminación y liquidación, y en caso de que lleguen a alterarse, causando un rompimiento en el equilibrio contractual, se genere un debido restablecimiento pues el contratista no tiene por qué soportar más del riesgo normal de cualquier contrato, como lo ha dicho el Consejo de Estado:

“...cuando se rompe el equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento. A pesar de que el particular debe 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 ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones convenidas”.⁶⁵

Previendo desde ahora que el restablecimiento, es de carácter económico en la medida que la afectación es monetaria, y por consiguiente la reparación o restablecimiento debe realizarse en dinero.

Finalmente, sus elementos esenciales son la inalterabilidad de las 1). Condiciones económicas y 2). Las prestaciones económicas, las cuales se diferencian en que las condiciones son aquellas cláusulas que regulan el contrato, en palabras coloquiales es aquel contenido del contrato que establece todos los términos sobre su ejecución; estas pueden ser jurídicas, financieras, técnicas, económicas, etc., y son estipuladas en el proceso de negociación, es decir, en el periodo de la presentación de la oferta y la aceptación.

Entonces, al momento de celebrar el negocio jurídico las partes consienten en la aplicación de dichas cláusulas o condiciones contractuales, por lo que se convierten en obligatorias y a su vez son totalmente inalterables. Pero puede suceder que por hechos externos estas condiciones sean alteradas y generen afectaciones normalmente al contratista no solo en el debido cumplimiento del negocio jurídico, sino también en las utilidades esperadas, entonces allí es donde se aplica el principio del equilibrio económico y financiero, para que aquella ecuación contractual, rota por un hecho externo

⁶⁵ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 14949. (21 de junio de 1999). C. P. Daniel Suárez Hernández.

que alteró las condiciones pactadas, ya sea atribuible a alguna de las partes o no, se vuelva a restablecer por medio de una indemnización o una compensación pecuniaria, dependiendo del caso (de todas formas debe ser ajeno a la parte que pide el restablecimiento).

En cambio, las prestaciones van dirigidas únicamente al precio pactado dentro del negocio jurídico, bajo la conmutatividad que caracteriza al contrato estatal, es decir que debe haber una equivalencia respecto a las obligaciones y a los beneficios, en este caso, las prestaciones económicas, que, al igual que las condiciones, tienen que estar previamente establecidas y mediar el consentimiento por las partes contratantes. De ahí que, en principio, no se puedan modificar, pero, si por alguna circunstancia con el precio que se pactó, por algún hecho externo, resulta imposible o peligra el cumplimiento del contrato, y se genera un rompimiento en el equilibrio económico del mismo o en la ecuación contractual, se deberán tomar medidas para su restablecimiento, es decir, una compensación o una indemnización, dependiendo del caso bajo el objetivo del contrato, que implica que ambas partes alcancen la finalidad esperada del mismo.

3.1 Antecedentes del principio del equilibrio económico y financiero o ecuación contractual: Cambio desde el principio de riesgo y ventura del derecho privado

La contratación estatal no siempre ha sido regulada por una norma especial y mucho menos por principios propios que brinden garantías a las partes contratantes, tratando de ubicarlas en una misma posición y velar por la satisfacción del interés general, pues en un principio los contratos que realizaba la Administración eran actos de gestión regulados como cualquier otro contrato privado por el derecho de los particulares. Por lo tanto, para el siglo XIX tales contratos estaban regidos por el derecho privado y por principios del derecho civil, tales como la *lex contractus*, que significa que el contrato es ley para las partes y que al convertirse su contenido en carácter obligatorio, nunca se podría modificar o alterar; *pacta sunt servanda*, en el mismo sentido indica que lo pactado es obligatorio para las partes y no es susceptible de alguna clase de modificación una vez ya se ha celebrado el contrato, etc.

Dichos principios, junto con las regulaciones de los códigos civiles, que tenían como base el Código Civil francés de 1804, las cuales especificaban que, en el caso de ausencia de una norma legal que permitiera un restablecimiento ante el rompimiento de una ecuación contractual, no se podía restablecer el equilibrio y en consecuencia no se podía someter a revisión el contrato en la ejecución del mismo⁶⁶, generaron una limitación absoluta para garantizar el equilibrio de las cargas económicas de las partes en el contrato durante su ejecución, pues la inalterabilidad del contrato y la ausencia de norma legal que regulara de manera específica la materia, impedían totalmente la modificación del mismo ante cualquier circunstancia (un hecho sobreviniente externo o atribuible a alguna de las partes que perjudicara a una de estas y que hiciera más difícil el cumplimiento del contrato).

Bajo estos supuestos regía el principio de riesgo y ventura, que significaba riesgo de los mayores costos o ventura de los mayores beneficios⁶⁷, pues, era evidente que en la ejecución del contrato y principalmente en los de tracto sucesivo, es decir, que se extienden en el tiempo, estaban sometidos a diferentes riesgos, algunos previsibles, los cuales eran incorporados normalmente en el precio del contrato, y unos imprevisibles, que no podían ser incorporados en el contrato pues su valor pecuniario era incierto; entonces quien tenía que acarrear los riesgos y los costos de los mismos, si en verdad llegaban a ocurrir, era el contratista, por lo que al momento de ejecutar el contrato podía tener el riesgo de perder o la ventura de ganar.⁶⁸

Este tuvo su formación en el contrato de obra pública, para posteriormente extenderse a todos aquellos contratos en los que participaba la Administración. Y la razón por la que surgió en este tipo de contrato el principio de riesgo y ventura, fue porque las partes acordaban un precio “alzado”, es decir, que incluyera la totalidad de los costos que implicaba la realización de la obra, entonces en ningún momento ese precio previamente pactado se podía modificar (como si se tratara de un precio global).

⁶⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis. 2015, p.15-18.

⁶⁷ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999. p. 408-409.

⁶⁸ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999. p. 408-409.

El contratista asumía el riesgo de obtener pérdidas con la realización de esa obra o de conseguir utilidades con la ejecución, pero, sin importar lo que sucediera en el tiempo pactado, este debería cumplir el contrato sin ningún derecho a ajustes del precio o compensaciones, y en ese sentido el contratante (la Administración) estaba obligado a pagar el precio pactado (contraprestación única e inalterable) y el contratista (particular) estaba obligado a entregar la obra por dicha contraprestación.⁶⁹ Es más, en Colombia había una norma específica para los contratos de obra, en el sentido de quien asumía el riesgo, como lo prevé el artículo 2060 del Código Civil:

“CONSTRUCCIÓN DE EDIFICIOS POR PRECIO ÚNICO. Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones”⁷⁰.

Así las cosas, el contrato de obra pública permitió desarrollar el principio de riesgo y ventura, para luego aplicarse a todos los contratos en que hacia parte la Administración por razones que considero corresponden a la estabilidad del contrato y la seguridad de la Administración, pues, al pactar un precio único sin que existieran modificaciones, se permitía; primero, que el precio pactado fuera el que realmente necesitaba el contratista para la ejecución del contrato, pues lo que menos quisiera éste es costear pérdidas, evitando así precios irrisorios o realmente bajos que generaran un incumplimiento. Esto es lo que pasa actualmente, muchas veces el oferente solo con el fin de obtener el contrato realiza una propuesta con un precio inferior a los demás oferentes y posteriormente en la ejecución del contrato solicita la modificación del precio pactado, ya que el valor que tiene no es suficiente para lograr el cumplimiento del contrato lo que se ha denominado precio artificialmente bajo, pero que la jurisprudencia ha tratado de limitar, con el argumento que el contratista asume los riesgos de la indebida planeación, porque

⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de derecho administrativo. t. II. Madrid: Civitas Ediciones, 2015. p. 409.

⁷⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CODIGO CIVIL. Ley 57. (26 de mayo de 1873). Diario Oficial. Bogotá D. C., 1873, no.2.867, art.2060.

también le asiste el deber de planear.

Y en segundo lugar estaba la seguridad de la Administración, como hace referencia Rodrigo Escobar Gil, pues, al conocer el valor exacto del contrato se puede realizar una mejor distribución de las asignaciones presupuestales entre las diferentes entidades estatales; además, conocer el valor exacto del mismo “es imprescindible para comprometer la partida presupuestaria”⁷¹ y si se llegara a modificar el valor tal vez la entidad no tendría con qué responderle al contratista pues esa suma no estaría reconocida en el presupuesto⁷² (aunque actualmente existen mecanismos de adiciones y traslados presupuestales para solucionar tal situación, así como el porcentaje que la entidad pública debe dejar presupuestado para imprevistos en los términos del artículo 25 numeral 14 de la Ley 80 de 1993).

Pero de todas formas, se empezaba a evidenciar que el principio de riesgo y ventura no era un mecanismo óptimo para el cumplimiento de los contratos estatales, pues, en muchos casos, por hechos externos e imprevistos o por situaciones atribuibles a la Administración, se volvía más cuantioso el valor del contrato que se encontraba en ejecución; por ejemplo, en un contrato de obra, la entidad estatal contrataba con un particular la construcción de un puente por el valor de trescientos millones de pesos y la construcción tenía un tiempo de ejecución de un año; resulta que el valor del cemento subía considerablemente más de lo previsto por el contratista y ya la construcción del puente no valía trescientos millones sino trescientos ochenta millones.

Entonces, el contratista bajo el principio de riesgo y ventura, debía costear el sobre costo; pasaba que, si no tenía cómo costear ese excedente, incumpliría, o, si tenía para costearlo, se generaba una pérdida considerable; por lo que muchas veces se ocasionaba incumplimientos contractuales en la medida que no se tenía el valor suficiente para ejecutar el contrato, o se generaban afectaciones económicas al contratista (pérdidas) las cuales no tenía que soportar, ya que, si el particular contrataba con una

⁷¹ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999. p. 412.

⁷² ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Teoría del equivalente económico. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968. p. 93.

entidad pública, era con algún ánimo de ganancia o utilidad económica, y así, en principio, se convirtiera en un colaborador para el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción del interés general, en ningún momento tenía por qué soportar las pérdidas en un contrato por los objetivos y finalidades de la entidades estatales; es más, en la contratación el único fin del contratista además de cumplir el contrato, es obtener unos beneficios, normalmente monetarios (utilidades).

Y con el incumplimiento se afectaba la teoría del servicio público, pues la contratación estatal es una de las formas de garantizar su prestación de manera continua e ininterrumpida, entonces, si no se cumplían los contratos, los servicios públicos resultaban afectados porque se impedía su continua y, en cierto sentido, eficiente prestación.⁷³ Además, a la Administración se le otorgaba una ventaja absoluta, ya que no asumía ninguna clase de responsabilidad patrimonial en el desarrollo del negocio jurídico.

Ante los problemas mencionados se vio la necesidad de crear un mecanismo que, primero, lograra el cumplimiento de los contratos y, segundo, brindara beneficios y garantías al contratista, limitando la superioridad de la Administración; este mecanismo se denominó la teoría del equilibrio económico y financiero, adoptada en 1910, con el fallo del Consejo de Estado Francés, en el asunto “Cie. française des tramways”, bajo el marco de un contrato de concesión, donde se expresó:

“Es de la esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y el realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas, las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada la honesta equivalencia, entre lo que se concede al concesionario y lo que se exige. Es lo que se llama equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato”.⁷⁴

Por consiguiente, el contratista no tenía que asumir los riesgos y las pérdidas, sino que bajo una “honesto equivalencia”, se debía mirar los gastos del contratista y lo que estaba

⁷³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis, 2015. p. 16.

⁷⁴ LONG, Marceau. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Paris: Dalloz, 2017. p. 115.

solicitando; es decir, ya era posible dentro de la ejecución de un contrato una compensación por ciertas circunstancias, logrando, así como lo dice el fallo, una equivalencia entre las ventajas y las obligaciones impuestas.

La jurisprudencia francesa evolucionó hasta dejar atrás el principio de riesgo y ventura, e incluir en los contratos estatales el principio del equilibrio económico y financiero, tratando de garantizar una equivalencia en las prestaciones y condiciones económicas entre las partes, transfiriendo la titularidad del riesgo imprevisible del contratista a la Administración representada en las entidades estatales, como principales beneficiarias de la ejecución del contrato y su cumplimiento, pues es la persona jurídica pública a quien le interesa que ese contrato se cumpla y por lo tanto, la responsabilidad patrimonial recae en la Administración, no en el contratista.⁷⁵

Por lo que, el contrato estatal al introducirse el principio del equilibrio económico y financiero, pasa de ser un contrato rígido e inalterable a un contrato flexible, que responde a las necesidades de las partes durante la ejecución del mismo, con el fin de garantizar el interés general.

Caso muy diferente en el ordenamiento jurídico español, donde el principio de riesgo y ventura de una u otra manera se prolongó por mucho tiempo en los contratos celebrados con el Estado⁷⁶, en el sentido de que:

“El contratista asume los riesgos, esto es, los peligros y contingencias que eventualmente pudieran plantearse a resultas de la satisfacción de la prestación contractual correspondiente, recayendo sobre él, en definitiva, todas las consecuencias positivas o negativas, que pudieran derivarse de su gestión empresarial del contrato, sin que la Administración le importe para nada el desarrollo de su ejecución y las incidencias que pudieren surgir”.⁷⁷

Y aunque la justificación de la existencia actual de este principio es el mismo, respecto a

⁷⁵ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999. p. 416.

⁷⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Teoría del equivalente económico. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968. p. 70 y ss.

⁷⁷ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Los principios jurídicos del derecho administrativo. Madrid: Wolters Kluwer, 2010. p. 1314.

la inalterabilidad del valor pactado y la seguridad jurídica, incluyendo la garantía de principios tales como publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, actualmente es aplicable en la contratación estatal Española, por medio de la Ley de Contratos del Sector Público donde textualmente en el artículo 197 de la Ley 9 de 2017 establece “la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239”, simplemente se ha tratado de limitar dicho principio en busca de satisfacer los intereses generales y conseguir la prestación de los servicios públicos, es decir lograr el debido cumplimiento de los contratos⁷⁸, en concordancia con el principio del equilibrio económico y financiero, pues como se ha planteado en líneas anteriores, en el contrato durante su ejecución pueden ocurrir diferentes circunstancias que obliguen a las partes modificar el precio inicialmente pactado para conseguir el cumplimiento del objeto contractual, lo que se traduce en el artículo 239 de la Ley de Contratos Públicos de España, donde se hace referencia a una forma de restablecimiento económico en casos de fuerza mayor.

3.2 Antecedentes del equilibrio económico y financiero o ecuación contractual en Colombia como principio esencial de la contratación estatal

En Colombia el equilibrio económico y financiero es una materia reciente, pues en principio la contratación estatal se encontraba regulada por el derecho privado, entonces eran contratos privados celebrados por entidades públicas⁷⁹, regidos bajo los principios de Lex contratus y pacta sunt servanda con ciertas normas de derecho público⁸⁰ al igual que en el derecho francés, por lo que las condiciones y las prestaciones pactadas en la celebración del mismo eran inmodificables; en este sentido el precio acordado, sin importar las situaciones que se presentaran durante su ejecución, era poco probable que fuera sujeto a modificaciones, y en los mismos términos era prácticamente imposible su revisión, teniendo como soporte el principio de riesgo y ventura previamente explicado.

⁷⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Los principios jurídicos del derecho administrativo. Madrid: Wolters Kluwer, 2010. p.1316.

⁷⁹ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999. p. 416.

⁸⁰ VIDAL PERDOMO, Vidal. La noción de contrato estatal en el derecho colombiano. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000.p. 457.

Pero es en la década de los sesenta del siglo pasado cuando se empieza a hablar del principio del equilibrio económico y financiero como una forma idónea de responder a la devaluación de la moneda⁸¹, ya que al ser prácticamente imposible la modificación del precio y las condiciones del contrato ante situaciones adversas (imprevisibles y previsibles) generaba en el contratista sobrecostos que no podía pagar y, por ello, la ejecución del contrato también se veía afectada.

La primera ley que permite reajustar el precio pactado es la Ley 4 de 1964, donde se establecía que el precio unitario de los contratos de obra podía ser modificado o sometido a revisión si alguno de los factores determinantes del precio cambiaba⁸². Luego la Ley 36 de 1966 introdujo la figura de los contratos adicionales y en el artículo 4 decía: “cuando por reajuste de precios, cambio de especificaciones y otras causas imprevistas haya necesidad de modificar el valor o el plazo el gobierno, las demás entidades celebraran el contrato adicional”⁸³; entonces, se ve cómo ante ciertas circunstancias (aleas anormales o imprevistos), ya se permitía modificar el precio del contrato inicialmente pactado, al igual que el plazo, por medio de la realización de un contrato adicional, por lo que se garantizaba la equivalencia de las prestaciones de las partes contratantes. De este modo, ya no era solo la Administración representada en las entidades estatales quien recibía beneficios por la ejecución del contrato, como en principio se pensaba, sino también el contratista, pues al poder modificar el valor pactado, no ejecutaba el contrato bajo un riesgo de pérdidas, sino que podía obtener verdaderas utilidades, al poder modificar o reajustar los precios y el plazo por medio de un contrato adicional.

A raíz de la Ley 36 de 1966, el Consejo de Estado empezó a tomar una postura más equitativa para las partes contratantes, es así que en 1972 la Sala de Consulta y Servicio Civil rindió un concepto en el que aceptaba al equilibrio económico como un elemento del contrato estatal, concediendo prerrogativas no solo a la Administración sino también al

⁸¹ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999. p. 417.

⁸² RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis, 2015. p. 18.

⁸³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 36. (2 de agosto de 1966). Diario Oficial. Bogotá D. C 1966, no. 32002, art.4.

contratista, así:

“El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si una de las partes afirma la existencia en favor de la Administración de prerrogativas exorbitantes de derecho común en los contratos, de otra reconoce el derecho del cocontratante de respeto del equilibrio económico y financiero considerado en el contrato, En este equilibrio en el que se expresa la existencia del contrato”.⁸⁴

De modo que, si la entidad estatal tenía unos poderes inherentes como es el caso de las prerrogativas exorbitantes, también el contratista era acreedor de garantías que le permitieran encontrarse en cierta igualdad de condiciones, o como lo he venido mencionando en equilibrio económico y financiero frente a la otra parte contratante.

Luego el Decreto 150 de 1976, considerado uno de los primeros Estatutos Contractuales de la Administración Pública⁸⁵, estableció para el contrato de obra la posibilidad de revisión y por lo tanto de modificación del valor previamente pactado, pero únicamente por aquellos factores determinantes de las obras, es decir, solo el precio podría ser modificado por hechos previsibles, o el alea normal del contrato, y no por hechos imprevisibles o el alea anormal, como lo hacía la norma anterior, colocando así un límite a ese avance que venía teniendo la legislación colombiana en cuanto al equilibrio económico y financiero, pues normalmente en el precio pactado al momento de celebrarse el contrato se debe incluir el valor de los riesgos previsibles. El problema radicaba en determinar qué hacer cuando se presentaba durante la ejecución del contrato una circunstancia no prevista dentro del mismo.

Posteriormente la Ley 19 de 1982, en los artículos 6 y 8 consagró nuevamente la posibilidad de reconocerle al contratista otros costos que surgieran de la modificación unilateral y la indemnización de los perjuicios por la terminación unilateral del contrato, como cláusulas exorbitantes (modificación y terminación) permitidas antes y ahora únicamente a la Administración representada en las entidades estatales.

⁸⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto Rad. 561 de 1972. Anales del Consejo de Estado. Enero-marzo, 1972, no. 433-434, p. 25.

⁸⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis, 2015. p. 19.

Pero es en el Decreto Ley 222 de 1983 (Estatuto de Contratación Pública) expedido por facultades extraordinarias dadas al Presidente de la República en la Ley 19 de 1982, donde se desarrolló el equilibrio económico y financiero de una forma mucho más clara, como un mecanismo para lograr una mayor equivalencia entre las partes en aquellos contratos regulados por dicho estatuto (contratos administrativos).

En tal decreto se presentó “un conjunto de técnicas jurídicas consagradas a lo largo de la evolución legislativa para preservar el equilibrio económico del contrato”⁸⁶, lo que quiere decir que no existía un artículo dentro del estatuto que se refiriera al equilibrio económico como tal, pero estaba presente a lo largo del decreto en diferentes situaciones, evidenciando su importancia; a modo de ejemplo se encuentran los siguientes artículos:

Artículo 19: Establecía la cláusula exorbitante de terminación unilateral y decía que por razones de orden público o coyunturas económicas críticas, la entidad estatal podía terminar unilateralmente el contrato, pero “en el momento de la liquidación se deberá tomar en cuenta el estimativo del valor compensatorio”⁸⁷, es decir que ante la terminación por parte de la entidad contratante surgía la obligación de una indemnización compensatoria (lucro cesante) para el contratista, si el mismo resultaba afectado.

Artículo 20: Mencionaba la cláusula exorbitante de modificación unilateral, y decía que por razones de interés público se podía modificar el contrato, pero guardando ciertas

⁸⁶ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999. p. 420.

⁸⁷ Decreto 222 de 1983, Art. 19. *“Cuando graves motivos posteriores al perfeccionamiento del contrato o sobrevinientes dentro de su ejecución, determinen que es de grave inconveniencia para el interés público el cumplimiento del objeto del contrato, este podrá darse por terminado mediante resolución motivada. Contra esta resolución procede solamente el recurso de reposición, sin perjuicio de las acciones contenciosas administrativas que pueda intentar el contratista.*

En firme la resolución, se procederá a la liquidación del contrato, para la cual se tomara en cuenta el estimativo del valor compensatorio que el artículo 8o. de la Ley 19 de 1982 ordena que se reconozca al contratista.

En ningún caso la resolución de terminación podrá dictarse sin previa consulta al Consejo de Ministros.

PARAGRAFO 1o. La resolución que decreta la terminación unilateral deberá basarse, en consideraciones de:

a. Orden público;

b. Coyuntura económica crítica...”

condiciones para no perjudicar al contratista; todas relacionadas con el equilibrio económico y financiero, en los siguientes términos: “Deben mantenerse las condiciones técnicas para la ejecución del contrato, deben respetarse las ventajas económicas que se hayan otorgado al contratista, deben guardarse el equilibrio financiero del contrato, para ambas partes, deben reconocerse al contratista los nuevos costos provenientes de la modificación”.⁸⁸ Así, se le daba la facultad de modificación a la entidad pública contratante, pero a la vez se le brindaba garantías al contratista de que las condiciones para él no iban a cambiar y que se reconocerían los sobrecostos que generara la modificación.

Artículo 58: Siguiendo la misma línea de las legislaciones anteriores, hacía referencia a los contratos adicionales como la forma que tenían las partes contratantes para modificar el precio o el plazo del contrato, una vez ya se hubiera celebrado. Permitía reconocerle al contratista ante circunstancias adversas los sobrecostos que podían surgir durante la ejecución del contrato, pues aunque en el Decreto 222 no desarrollaba las figuras de sujeciones materiales imprevistas, la teoría de la imprevisión entre otras, como causales del rompimiento del equilibrio económico, sí existía una forma de reconocer aquellas compensaciones por diferentes clases de situaciones que surgieran en el contrato y que generaran costos adicionales para el contratista.⁸⁹

Artículo 86: Hablaba de la revisión de los contratos, en el sentido de que en aquellos contratos celebrados ya fuera a precio global o a unitario se podían pactar revisiones periódicas de acuerdo a las situaciones que pudieran surgir y afectar el costo de los contratos.

Además de estar presente en diferentes artículos del Estatuto, se comenzó a evidenciar cómo el equilibrio económico y financiero ya no se limitaba a los contratos de obra pública

⁸⁸ COLOMBIA. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Ley 222. (6 de febrero de 1983). Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1983, no. 36.294, art. 20.

⁸⁹ ESGUERRA PORTOCARRERO, Sauria. Régimen legal del contrato de obra pública en contratos administrativos: Nuevo régimen legal. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1984. p. 199.

o de concesión, sino que se extendía a toda clase de contratos de tracto sucesivo.⁹⁰ En esta medida, el Consejo de Estado empezó a reconocer con más frecuencia el derecho del contratista a que las condiciones y las prestaciones económicas del contrato debían mantenerse hasta su terminación, es decir, el equilibrio económico, y, ante circunstancias que modificaran las condiciones y las prestaciones previamente pactadas, la posibilidad de que surgiera una indemnización o compensación a favor de la parte afectada.⁹¹

Finalmente, la Ley 80 de 1993 (Estatuto de Contratación de la Administración Pública) siguiendo el mandato constitucional, consolida el equilibrio económico y financiero en los contratos estatales como principio en el artículo 27 y garantiza la equivalencia de las prestaciones y las condiciones económicas entre las partes contratantes a lo largo de su articulado, teniendo más situaciones fácticas que generan la aplicación del principio.

3.3 Principio del equilibrio económico y financiero en la Ley 80 de 1993 y su aplicación

El Estatuto de Contratación Pública actual en Colombia (Ley 80 de 1993) introduce el principio del equilibrio económico y financiero (ecuación contractual) en términos generales como una figura que permite garantizar una equivalencia en las condiciones y prestaciones económicas de las partes contratantes en el contrato estatal⁹², desde la celebración y perfeccionamiento hasta la terminación, y que, ante ciertas circunstancias que rompan la equivalencia respecto a las condiciones y las prestaciones económicas, se pueda volver a restablecer el equilibrio quebrantado.

Este principio es aplicable a aquellos contratos regidos por la Ley 80, por el hecho de que es la única que se encarga de regularlo, entonces aquellos contratos que son realizados por entidades que se encuentran exceptuadas del Estatuto de Contratación Pública y que

⁹⁰ RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. Contratos administrativos. Bogotá: Librería Jurídica Wilches, 1988. p. 86.

⁹¹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 1677. (4 de septiembre de 1986). C. P. Jorge Valencia Arango.

⁹² COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 20912. (27 de marzo de 2014). C. P. Danilo Rojas Betancourth.

se rigen ya no por la norma de derecho público(Ley 80 de 1993) sino por el derecho civil, comercial o, en algunos casos, alguna otra ley y los contratos propiamente privados; el equilibrio económico y financiero no sería aplicable de manera estricta pues para esa clase de contratos, es decir los exceptuados y también los contratos privados, se desarrolla una figura diferente, haciendo la salvedad de que es muy excepcional, la cláusula de “rebus sic stantibus”, como una cláusula de revisión del contrato ante hechos imprevistos⁹³ (aunque esta posición podría tener alguna limitante, en el entendido de que, por más de que no se aplique el Estatuto de Contratación Pública, los principios de la contratación estatal no pueden ser desconocidos⁹⁴, por tratarse de procedimiento administrativo regido por los mismos⁹⁵ y en ese sentido se tendría ver en cada caso en concreto si es aplicable o no el principio de la ecuación económica⁹⁶).

El equilibrio económico en la Ley 80 de 1993 se encuentra presente en diferentes artículos, pero es concretado como principio en el artículo 27 que textualmente dice:

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

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre 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”.⁹⁷

Entonces, la consagración que del principio hace la norma se encuentra compuesta por

⁹³ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 690.

⁹⁴ CANAL SILVA, Manuela. La aplicación del principio del equilibrio económico a contratos estatales sometidos al régimen normativo del derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

⁹⁵ MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 70.

⁹⁶ COLOMBIA, Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 22756. (26 de julio de 2012). C. P. Danilo Rojas Betancourth.

⁹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094, art. 27.

dos partes, la primera consiste en que se debe mantener la igualdad de los derechos y obligaciones de las partes previamente pactadas durante la ejecución del contrato. La segunda estriba en que, si la igualdad o equivalencia se rompe, ya sea por un hecho externo al contrato o por un hecho atribuible a alguna de las partes del mismo, se debe restablecer adoptando las medidas necesarias o suficientes, teniendo en cuenta que no toda situación puede generar el rompimiento del equilibrio económico, sino que se necesita de ciertas condiciones.

El Consejo de Estado por su parte, ha dicho:

“...el contrato estatal debe colmar las expectativas de uno y otro co-contratante, para lo cual se ha previsto la conservación de la ecuación financiera...

...

Se pretende que las prestaciones correlativas a cargo de cada parte del contrato permanezcan durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de este cada una de ellas alcance la finalidad esperada.

...

...Y ante la alteración de las condiciones en perjuicio de una de las partes contratantes a consecuencia de hechos no imputables, surge el deber de reparar la ecuación financiera”.⁹⁸

Como se puede observar en los mismos términos antes indicados, lo que se busca es que las prestaciones y las condiciones pactadas entre las partes permanezcan iguales durante la ejecución del contrato hasta su terminación y, en caso de que se alteren las condiciones o prestaciones del mismo y se genere un quebrantamiento del equilibrio económico, este se restablezca y, por consiguiente, las condiciones y prestaciones alteradas se recuperen, siempre y cuando quien exija el restablecimiento no sea el causante de la alteración o quebrantamiento de la equivalencia, pues sería ilógico que la parte que es responsable del rompimiento del equilibrio contractual reciba alguna clase de beneficio, aprovechándose de su propia falta.

Otro punto importante consiste en que, al presentarse el equilibrio económico y financiero como un principio, toda la normatividad presente sobre contratación estatal debe mirarse de acuerdo a los parámetros del mismo, como lo enuncia el artículo 28 de la Ley 80 de

⁹⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 00375. (29 de abril de 2004). C. P. Rafael Ostau de Lafont.

1993 que dice:

“En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.⁹⁹

Así, en todo el procedimiento contractual se debe tener en cuenta el equilibrio económico entre las partes como el principio que es, además, que al presentarse como una norma, no es optativa sino de carácter obligatorio¹⁰⁰, por lo que en lo acordado por las partes dentro del contrato estatal, así pacten o no el equilibrio económico contractual, este siempre debe estar presente.¹⁰¹ Y al estar siempre presente, en el campo del equilibrio económico y financiero en los contratos estatales surgen unos deberes por parte de la entidad estatal para garantizarlo, entre los cuales, de acuerdo al artículo 4 del Estatuto, se encuentran los siguientes:

“Artículo 4. De los derechos y deberes de las entidades estatales.

...

No. 8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

No. 9o. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse”.¹⁰²

Por ello, siempre se deberá garantizar la inalterabilidad de las condiciones dentro de los

⁹⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094, art. 28.

¹⁰⁰ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 17767. (31 de enero de 2011). C. P. Olga Melida Valle de la Oz.

¹⁰¹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 11632. (24 de octubre de 1996).

¹⁰² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094, art. 4. No 8 y 9.

contratos utilizando mecanismos como la revisión del contrato o su corrección, como primera medida, y, como segunda medida, en caso de que esas condiciones se alteren y se produzcan sobrecostos por hechos externos, se solucione rápidamente el problema generado a través de los mecanismos previstos en la ley para ello, como puede ser la modificación del contrato, por ejemplo.

Ahora, si bien el Estatuto desarrolla textualmente el principio general del equilibrio económico y financiero o la ecuación contractual en los artículos 4 y 27 como una innovación que el Decreto 222 de 1983 no tenía y se garantiza su aplicación y cumplimiento en toda clase de contratos regulados por la Ley 80, según lo previsto en el artículo 28, no se expone de forma clara cómo utilizar los mecanismos necesarios o suficientes para restablecer el equilibrio quebrantado, a pesar de que los artículos 5 y 14 sí los prevén, incluyendo las formas de indemnización y compensación de la siguiente forma:

“Artículo 5. De los derechos y deberes del contratista.

No. 1º. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.¹⁰³

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en dicho sentido expresa:

“... en los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”.¹⁰⁴

¹⁰³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094, art. 5.

¹⁰⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094, art. 14.

Así, se ve cómo en la legislación colombiana el equilibrio económico y financiero está desarrollado como un principio aplicable a todos los contratos regulados por la Ley 80 de 1993 haciendo la salvedad de que si bien no es la regla general, puede ser aplicable a contratos regulados por otros regímenes¹⁰⁵ y debe estar presente en todo el procedimiento de contratación, incluyendo el proceso de selección, celebración, ejecución y la terminación del contrato. Pero que, aunque prevé mecanismos para lograr el restablecimiento del equilibrio económico cuando se ha roto por diferentes circunstancias, los mismos no son muy claros al momento de aplicarse pues no se tiene una diferenciación en qué casos se debe indemnizar y en qué eventos, compensar, como posteriormente se analizará.

Por otra parte hay un asunto de especial importancia: no toda circunstancia genera el rompimiento del equilibrio económico del contrato y por lo tanto, su reparación o restablecimiento, sino que se necesitan ciertas condiciones para que el equilibrio del que se ha venido hablando pueda considerarse alterado o quebrantado, por ejemplo, para que exista un quebrantamiento de las condiciones económicas la circunstancia debe ser lo suficientemente gravosa como para alterar el contenido económico del contrato, pues de lo contrario, al no alterarse el equilibrio el mismo no se rompe y debido a ello no se ve necesario su restablecimiento, porque el cumplimiento del contrato no se coloca en riesgo.

Así las cosas es necesario determinar los factores que deben estar presentes para que el equilibrio económico y financiero se vea quebrantado.

3.4 Elementos esenciales del rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato estatal

Como se mencionó, no toda circunstancia puede causar el rompimiento del equilibrio económico y financiero, sino que se necesitan de ciertas condiciones para que la

¹⁰⁵ CANAL SILVA, Manuela. La aplicación del principio del equilibrio económico a contratos estatales sometidos al régimen normativo del derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

alteración en el negocio jurídico se configure como un quebrantamiento del equilibrio económico o de la ecuación contractual en términos generales, de manera que la parte del contrato afectada sea merecedora del respectivo restablecimiento.

Teniendo en cuenta que en el Estatuto de Contratación Pública existen unas situaciones específicas que pueden generar el rompimiento del equilibrio económico, como por ejemplo, el uso de las cláusulas excepcionales, hecho del príncipe, sujeciones materiales imprevistas, caso fortuito, fuerza mayor, entre otras, es preciso analizar en este punto las condiciones generales que causan el quebrantamiento del equilibrio económico o la ecuación contractual, teniendo en cuenta que se necesita de todas para que se configure dicho quebrantamiento. Estas son:

3.4.1 Alea anormal del contrato

El alea anormal “es el acontecimiento que excede o que frustra todos los cálculos que las partes pudieren hacer al momento de formalizar el contrato”,¹⁰⁶ entonces, si bien en todo acuerdo se pueden prever y asumir unos riesgos que son los que se denominan alea normal o riesgos previsibles del contrato y son “aquellos que se deben tomar en consideración al momento de celebrar el contrato y que debieron ser previstos al momento de contratar y por esa razón deben incluirse en los cálculos”¹⁰⁷, hay unos riesgos que son los imprevisibles, que no se pueden calcular o incluir dentro del precio pactado y no es porque sean inimaginables o sea impensable que puedan llegar a ocurrir, sino porque es muy difícil al momento de celebrar el contrato preverlos y calcular el valor o el costo de esta clase de situaciones, eso quiere decir que la distribución del riesgo entre las partes contratantes se vuelve imposible.

En el alea anormal existen diferentes clases de riesgos, unos sobre los que, siendo imprevistos, se puede hacer una estimación muy general, sin ninguna clase de cálculos

¹⁰⁶ MARINENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. t. III. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. p. 524.

¹⁰⁷ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 700.

porque se desprenden de la actividad que se va realizar, como, por ejemplo, en el contrato de obra de un puente la variación del valor del cemento durante su construcción, y otros de los que realmente no puede estimarse o calcularse ninguna clase de costo o precio porque son circunstancias que, al ocurrir, no puede valorarse el quantum de la afectación al ser externas a la actividad que se va a desarrollar; tomando el mismo ejemplo del contrato de obra de un puente, si durante la ejecución del contrato ocurre una inundación que genera graves afectaciones estructurales, o en el caso de que la entidad estatal decide terminar unilateralmente el contrato cuando el contratista ya ha hecho una inversión en la obra. En esta clase de hechos es donde se ubica el equilibrio económico, ya que en el caso que sucedan y generen graves afectaciones normalmente el contratista (teniendo en cuenta que la entidad pública también puede ser la parte afectada) no se tiene un valor preestablecido de la alteración económica, ya que en ningún momento se previó y mucho menos se estimó un valor correspondiente, entonces, las condiciones y las prestaciones económicas se ven afectadas y claramente se genera el desequilibrio económico.

Por tal razón el Consejo de Estado ha hecho la siguiente diferenciación:

“Reitérese entonces, que la ejecución de todo contrato implica riesgos profesionales y económicos para el contratista, que está sujeto a circunstancias materiales adversas. Son los riesgos normales, aleas ordinarias y circunstancias desfavorables, que razonablemente el contratista debió tomar en consideración al momento de proponer para la celebración del contrato y que debieron ser previstas en el momento de contratar y por tanto al estar incluidas en sus cálculos debe soportar esas circunstancias”.¹⁰⁸

Por ello el alea normal ya es un riesgo que debió preverse y que la parte afectada debe asumir, situación muy diferente en el alea anormal o riesgo imprevisible, donde nunca se previó y por lo tanto, la parte afectada no tiene que soportarlo; correspondiendo en principio a la entidad pública, ya que a ella es a quien le asiste la obligación de asumirlo en la medida que es la parte interesada en que el contrato se cumpla.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Laudo arbitral del 22 de noviembre de 1985, Construcciones Domus Ltda. contra la Caja de Retiro de la Policía Nacional (CASUR), citado en COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 20864. (12 de marzo de 2014). C. P. Hernán Andrade Rincón.

¹⁰⁹ COLOMBIA, Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 22756. (26 de julio de 2012). C. P. Danilo Rojas Betancourth.

3.4.2 Circunstancias que no se encuentren presentes en el pliego de condiciones.

En relación con la anterior condición, todos aquellos riesgos presentados en el pliego de condiciones, en el acápite que la Ley 1150 de 2007 en el artículo 4 puso como obligatorios bajo el nombre de “riesgos previsibles”, no rompen la ecuación contractual o el equilibrio económico, pues dichas circunstancias se encuentran estimadas y calculadas en el pliego¹¹⁰ y, al asumir alguna de las partes el riesgo o tener el valor correspondiente con que responder ante la ocurrencia de los mismos, no da lugar al rompimiento del equilibrio económico contractual, por consiguiente, simplemente se aplica lo acordado en el contrato; situación muy diferente si no se encuentran previstas dentro del pliego de condiciones, pues en ese caso, al no tener un valor con el cual se pueda responder ante la ocurrencia, o al no ser asumida la responsabilidad de la misma por alguna de las partes, claramente se generara una alteración de la equivalencia de las condiciones y prestaciones económicas inicialmente pactadas.

3.4.3 Se debe generar una alteración económica grave en el contrato

Lo que quiere decir que, además de ser un hecho imprevisto o que la situación que debe generarse debe pertenecer al alea o riesgo anormal del contrato, esta debe causar una grave afectación económica. Es decir, el hecho imprevisto debe ser lo suficientemente gravoso como para afectar la ecuación del contrato¹¹¹, pues si, por ejemplo, en la construcción de un edificio se fisuró una pared por un temblor, sin deberse a ninguna clase de falla estructural, los costos serían mínimos y no daría lugar al rompimiento del equilibrio del contrato y mucho menos a su restablecimiento, pues en si las partes seguirían encontrándose en igualdad de condiciones en cuanto a los aspectos económicos.

En este sentido, el equilibrio económico y su quebrantamiento no se puede limitar a la

¹¹⁰ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 705.

¹¹¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis, 2015. p. 27.

pérdida de un beneficio o utilidad por alguna de las partes por la ejecución normal del contrato, sino que debe generarse un hecho imprevisto lo suficientemente gravoso económicamente como para generar sobrecostos que podrían llegar al punto hasta del incumpliendo del contrato o a poner en peligro su ejecución. En el mismo sentido el Consejo de Estado ha previsto que para que exista un rompimiento del equilibrio económico “se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida por las partes al celebrar el contrato”.¹¹²

3.4.4 Hechos posteriores a la celebración del contrato

El quebrantamiento del equilibrio económico en el contrato se genera por situaciones posteriores a su celebración, ya que, si la ocurrencia de los hechos que causaron el desequilibrio fuera antes de la celebración del contrato, las partes podían prever el costo e incluirlo dentro del valor del mismo o distribuir el riesgo, es decir, que sea asumido por alguna de las partes contratantes.¹¹³

3.4.5 El quebrantamiento del equilibrio económico debe darse por circunstancias no atribuibles a la parte que solicita el restablecimiento

Las partes dentro del contrato estatal en su ejecución en todo momento pueden causar alteraciones de las condiciones y las prestaciones económicas del contrato, la entidad pública contratante, cuando hace uso de las cláusulas excepcionales, o cuando, ejerciendo su facultad de autoridad, indirectamente afecta la ejecución del contrato sin actuar como parte (hecho del príncipe) y el contratista cuando incumple el contrato, ya sea porque no usa los materiales acordados, no cumple el contrato en el plazo establecido o se realizan diseños de obras que son de imposible realización, etc. Pero el punto radica en que, independientemente de cuál sea la parte afectada y cuál haya

¹¹² COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 20864, 20864. (12 de marzo de 2014). C. P. Hernán Andrade Rincón.

¹¹³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis, 2015. p. 28.

generado la alteración de las condiciones y prestaciones económicas, quien puede exigir el restablecimiento del equilibrio económico por una circunstancia que quebrantó la economía del contrato es quien no tenga ninguna clase de responsabilidad en la alteración, ya sea porque el hecho o la actuación es atribuible a la otra parte contratante o porque es un hecho externo no atribuible a ninguna de las partes, pues sería ilógico que una parte fuera beneficiada por su propia falta; “nadie puede alegar su propia culpa en su favor”.

3.5 Causas específicas generadoras del rompimiento del equilibrio económico y financiero en los contratos estatales

Así como existen unas condiciones generales que deben estar presentes para configurarse el rompimiento del equilibrio económico en un contrato estatal, también existen unos supuestos fácticos específicos que causan la alteración de la ecuación y por lo tanto probablemente el rompimiento del equilibrio al que he venido refiriéndome; la diferencia consiste en que las condiciones generales deben estar presentes una a una para que se configure la alteración de las condiciones económicas y prestaciones del contrato y por consiguiente el rompimiento del equilibrio económico, pero solo se necesita de una causal específica para que pueda generarse el quebrantamiento de la ecuación financiera.

Estas han sido expuestas en su mayoría por la doctrina y de alguna manera por el Estatuto de Contratación Pública, y básicamente son las siguientes: hecho del príncipe, cláusulas excepcionales, incumplimiento, teoría de la imprevisión, caso fortuito, fuerza mayor y sujeciones materiales imprevistas, a su vez el Consejo de Estado les ha dado la siguiente clasificación:

“... el equilibrio económico del contrato puede verse alterado por diversas circunstancias, a saber: i) actos o hechos de la entidad estatal contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo -ius variando-, sean éstas abusivas o no; ii) 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; y iii) 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”.¹¹⁴

Entonces, se dividen en circunstancias atribuibles a alguna de las partes y circunstancias externas no atribuibles a las partes contratantes, pero unas u otras, en el caso en que se presenten, perfectamente pueden causar el rompimiento del equilibrio económico del contrato dependiendo la gravedad de la alteración y en ese sentido afectar la igualdad entre el contratista y el contratante.

Los hechos externos son: la teoría de la imprevisión, caso fortuito, fuerza mayor y sujeciones materiales imprevistas, y los actos atribuibles a alguna de las partes son: el incumplimiento, hecho del príncipe y las cláusulas excepcionales; estos tienen un aspecto en común y es que cada circunstancia genera afectaciones en la economía del contrato como ya se mencionó y a su vez se diferencian en que los primeros como su mismo nombre lo dice son situaciones adversas que se presentan durante la ejecución del negocio jurídico, que ninguna de las partes puede prever ni causar, y los segundos, son circunstancias que ya no son exógenas, sino que alguno de los co-contratantes ya sea en su posición de parte o como autoridad, realiza un acto que afecta notablemente las condiciones económicas y prestaciones del contrato y en consecuencia a la otra parte contratante.

Cuando dichas circunstancias se materializan y son lo suficientemente gravosas como para generar un quebrantamiento de la equivalencia en las condiciones y prestaciones económicas, el principio del equilibrio económico y financiero en el Estatuto de Contratación Pública ofrece unas formas que buscan restablecer a la parte afectada cuando se ha presentado un quebrantamiento de la ecuación financiera del contrato: la compensación y la indemnización, las cuales en el capítulo III se desarrollaran a profundidad.

De esas causales de rompimiento del equilibrio económico, hay una que me llama

¹¹⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 24996. (13 de febrero de 2013). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

especial atención, las cláusulas excepcionales, pues es una figura que además de ser propia del derecho público, es decir que es imposible (en algunos casos) e inusual (en otros) su aplicación en el derecho privado, considero que es la que más desafía el principio constitucional de igualdad en la contratación del Estado y por consiguiente el equilibrio económico y financiero, ya que son otorgadas por la ley únicamente a las entidades públicas para que durante la ejecución del contrato, claro está bajo ciertos parámetros, puedan ser utilizadas, siempre y cuando se busque satisfacer el interés general y las necesidades generales, como lo es la prestación de los servicios públicos.

Pero así este presente esta justificación, este tipo de potestades otorga a la entidad estatal, quien las utiliza no como autoridad sino como parte, un gran poder dentro del contrato, en la medida que en cualquier momento durante su ejecución puede terminarlo, modificarlo, interpretarlo , etc., de la forma como lo considere conveniente, sin tener que acudir a un juez y sin mediar la voluntad de la otra parte , generando así claras desigualdades, en la medida que a la entidad estatal se le estaría dando más ventajas o derechos que al contratista, acarreando consigo más obligaciones por el uso de esos derechos y afectaciones económicas a la parte que no hace uso de las cláusulas, puesto que al aplicarlas en el contrato, sea razonable o no su utilización, se varían las condiciones inicialmente pactadas inexorablemente y al existir esta variación dependiendo la magnitud los efectos en la economía del contrato también son inminentes.

Y si bien al igual que cualquier circunstancia generadora del rompimiento del equilibrio económico, tienen unas formas de restablecimiento en el caso en que se configure el rompimiento de la ecuación financiera por el uso de las cláusulas excepcionales, la fórmula expuesta por la Ley de Contratos Públicos presenta falencias como posteriormente se expondrá.

CAPÍTULO II

LAS POTESTADES EXCEPCIONALES COMO CAUSAL DEL ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL

APROXIMACIÓN AL TEMA

El equilibrio económico y financiero en los contratos del Estado como se evidenció en el capítulo anterior tiene varias causales de rompimiento, es así que la ley y la jurisprudencia aunque se han encargado de mencionar y desarrollar algunas instituciones que generan la alteración de la ecuación económica y financiera, no pueden ser taxativas y restrictivas, pues diversas circunstancias llegan a ocasionar la alteración de las condiciones económicas del contrato y por lo tanto el rompimiento del equilibrio o ecuación financiera del mismo.

Dentro de dichas circunstancias o causas se encuentra las potestades excepcionales también denominadas poderes exorbitantes¹¹⁵, o como la Ley 80 de 1993 las ha llamado cláusulas excepcionales, como una suerte de facultades unilaterales (interpretación, modificación, terminación, caducidad etc.) dadas únicamente a las entidades públicas como parte en los contratos por ministerio de la ley, es decir, que están determinadas por una norma jurídica, para lograr el debido cumplimiento de los fines contractuales y en forma general garantizar las necesidades e intereses generales, teniendo siempre presente su carácter excepcional, puesto que son imposibles o inusuales en el derecho privado como lo prevé el derecho francés.¹¹⁶

Estas, se ubican dentro de los actos unilaterales atribuibles a alguna de las partes contratantes y tienen una característica especial a diferencia de otras potestades (como

¹¹⁵ GIL BOTERO, Enrique. Tesoro de responsabilidad contractual de la administración pública. t. II. Bogotá: Temis, 2015. p. 321, establece los poderes exorbitantes como "*Facultades regladas que emanan del poder público y se originan en la ley con fundamento en las cuales la Administración puede dirigir, controlar, interpretar, modificar, terminar sancionar y caducar, en forma unilateral el contrato...*".

¹¹⁶ GÜECHÁ MEDINA. Ciro Nolberto. Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. Medellín: Universidad de Medellín, 2006.

podría ser la dirección del contrato), son propias del derecho público¹¹⁷, pues su razón de ser radica en que el Estado debe tratar de garantizar la prestación continua y eficiente de los servicios públicos y por lo tanto velar por el bienestar de la comunidad, los intereses generales y los fines establecidos en la propia Constitución, constituyéndose como una forma que la ley le ha dado a la Administración para lograr dichos objetivos.

Situación que es diferente en los contratos privados, donde el contratante y el contratista tienen obligaciones y derechos o facultades equivalentes y es totalmente excepcional que alguna de las partes tenga más facultades o prerrogativas dentro del contrato que la otra, además que si se mira desde un punto de vista formal, se trata de acuerdos de voluntades dentro de los cuales debe mediar la igualdad entre las partes y la conmutatividad, es decir, una equivalencia entre los derechos y las obligaciones; entonces, es muy extraño que alguno de los co-contratantes pueda en la ejecución del negocio jurídico terminarlo o modificarlo sin la voluntad de la otra parte (aunque toda regla tiene su excepción, pues en los contratos celebrados entre particulares, hay casos especiales del Derecho Privado como el contrato de mandato o de transporte donde una de las partes de forma unilateral puede terminar el contrato, sin necesidad de acudir al juez).

Dichas potestades o como el derecho colombiano las denomina cláusulas excepcionales, son desarrolladas en el Estatuto de Contratación Pública en su artículo 14¹¹⁸ y como se ha venido reiterando son de carácter unilateral, es decir, que únicamente pueden ser utilizadas por las entidades estatales en su posición de contratante sin que medie la voluntad del contratista, como una herramienta que permite garantizar la adecuada prestación de los servicios públicos.¹¹⁹

¹¹⁷ GÜECHÁ MEDINA. *Ciro Nolberto. Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal.* Medellín: Universidad de Medellín, 2006.

¹¹⁸ Artículo 14 Ley 80 de 1993: "... 2o. *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. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente...".

¹¹⁹ MATALLANA CAMACHO, Ernesto. *Manual de contratación de la Administración Pública: Reforma de la*

Y así se ha presentado por diferentes doctrinarios “como prerrogativas conferidas a las entidades públicas, derivadas del poder público de la administración pública y que obedecen a la finalidad misma perseguida en los contratos públicos, como es el interés público, y que no tienen aplicación en los negocios jurídicos del Derecho privado”.¹²⁰

Las mismas se aplican como una forma de garantizar las necesidades generales y los fines constitucionales que se busca lograr con la contratación; pero cuando son ejercidas durante la ejecución del contrato a modo de ejemplo la modificación o la interpretación unilateral, sin que el contratista pueda intervenir en la decisión y sin tener que recurrir al juez, muchas veces se generan variaciones en la economía del negocio jurídico, causando el rompimiento del equilibrio económico y financiero del mismo, es decir, el quebrantamiento de la equivalencia de las condiciones económicas y prestaciones inicialmente acordadas, ocasionando a su vez la desigualdad entre las partes contratantes. Por ejemplo, si la entidad estatal realiza una modificación unilateral de una condición inicialmente pactada en el negocio jurídico y por tal modificación el contrato se vuelve mucho más oneroso, el particular se vería afectado pues tendría que gastar más sin haberlo acordado; es decir, las condiciones del contrato cambian y si dicha modificación dentro del contrato es considerable, claramente la ecuación financiera o el equilibrio económico se quebranta, poniendo en peligro la ejecución del mismo.

Pero un factor que es necesario resaltar es que aunque la figura de las potestades excepcionales, se ha visto como una forma que causa el rompimiento del equilibrio económico y financiero, cada cláusula excepcional desarrollada en la Ley 80 de 1993 tiene una función y aplicación diferente en el contrato estatal y por consiguiente su impacto es diferente en la economía del contrato, pues aunque cualquier variación de las condiciones económicas cuando sea grave puede generar el rompimiento de la ecuación financiera, hay potestades que con su aplicación causan un mayor impacto que otras, por lo que puede pasar que con su introducción en el contrato ni siquiera lleguen a afectar las condiciones económicas y financieras del mismo.

Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 874.

¹²⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-620 de 2012. (9 de agosto de 2012). M. P. José Ignacio Pretelt Chaljub.

Por tal razón, en el presente capítulo se pretende desarrollar la figura o institución de las cláusulas o potestades excepcionales, como uno de los actos que desafía y hasta cierto punto llega a desconocer la igualdad en la contratación estatal y por lo tanto el principio del equilibrio económico y financiero, resaltando el impacto que tiene cada una de las potestades excepcionales expuestas en el Estatuto de Contratación Pública en la economía del contrato cuando son aplicadas; teniendo como variable en este punto el uso debido e indebido de las mismas, ya que si al utilizar una potestad de acuerdo a los parámetros y requisitos legales puede llegar a desequilibrar financieramente el contrato, el uso indebido con mayor razón genera efectos gravosos en la economía del negocio jurídico, para finalmente introducir la solución que la Ley de Contratos Públicos, la doctrina y la jurisprudencia han presentado para los casos del rompimiento de la ecuación económica por el uso de las potestades excepcionales.

1. POTESTADES EXCEPCIONALES: FACULTADES PROPIAS DE LA ADMINISTRACIÓN REPRESENTADA EN SUS ENTIDADES PÚBLICAS

La Administración representada en todas sus entidades públicas tiene un sin número de poderes y facultades como autoridad, valga la redundancia, de orden público, pues está en la obligación de cumplir los fines esenciales que la Constitución¹²¹ ha previsto y satisfacer las necesidades e intereses generales; entonces, por medio de diferentes facultades tanto legales como administrativas, busca su cumplimiento.

Pero no es la única forma, también por medio de la contratación puede lograr la satisfacción de esas necesidades generales y el cumplimiento de los fines constitucionales y los fines específicos de las entidades públicas que representan a la Administración¹²², por ejemplo, cuando la entidad estatal contrata la prestación del

¹²¹ C.N. Artículo 2. “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes”.

¹²² DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016.

servicio público de transporte con un particular, más allá de ser un acuerdo de voluntades en el cual surge una obligación de dar (contraprestación) equivalente a la obligación de hacer (prestar el servicio de transporte público), se busca satisfacer las necesidad general de prestar el servicio público de transporte de forma continua, ininterrumpida y eficiente y consigo los fines constitucionales tales como servir a la comunidad, promover la prosperidad general, etc.; teniendo en este aspecto una particularidad para lograr el efectivo cumplimiento de sus finalidades, las llamadas potestades excepcionales, como facultades otorgadas por la ley a las entidades públicas que actúan como parte en un contrato, encaminadas a garantizar la efectiva ejecución y cumplimiento del mismo, ya que muchas veces dentro del negocio jurídico se presentan circunstancias que impiden su realización y es allí, donde se ve la necesidad de que la entidad pública contratante intervenga, puesto que más allá de ser parte tiene un interés superior y una función inherente que se basa en la satisfacción del interés de la comunidad.

Como Ernesto Matallana menciona: “el interés colectivo exige que se garantice el adecuado uso de esa herramienta jurídica de modo tal que se evite cualquier acción portadora de menoscabo o perjuicio. Por ello debe dotarse a la Administración de mecanismos eficaces pero excepcionales que contribuyan a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los fines estatales”.¹²³

Llegando al mismo punto, las potestades excepcionales son un mecanismo utilizado para alcanzar la finalidad específica y consigo los fines generales de las entidades públicas, en la medida que en la ejecución del contrato pueden surgir diferentes variables que impiden su continuidad, y es en ese momento donde los representantes del Estado y a la vez partes co-contratantes deben intervenir en busca de evitar los perjuicios que ocasionan esas variables en el negocio jurídico; por ejemplo, si en un contrato de obra una entidad pública contrata con una empresa privada la construcción de una vía, pero

p. 69. Dice “El contrato no constituye el fin mismo, sino que ante todo se debe entender como un instrumento o uno de los mecanismos de que se vale la Administración para cumplir con los cometidos estatales. Es decir, que para realizar los fines del Estado se requieren bienes, servicios y obras que se obtienen mediante la contratación”

¹²³ MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 873.

en la ejecución del mismo la entidad contratante evidencia que la obra tiene unos problemas estructurales, puede tomar la decisión de terminar unilateralmente el contrato, por medio de la potestad excepcional de caducidad ante el incumplimiento del contratista respecto al objeto contratado (obviamente garantizando un debido proceso del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción), en la medida que si continua no solo perjudica a la entidad sino a la población destinataria de esa obra que claramente es de interés general.

Un punto que hay que tener presente como lo menciona Ernesto Matallana es la excepcionalidad, pues no son facultades que se pueden aplicar en todo momento a toda clase de contratos, se trata de poderes exorbitantes; es más, como el derecho francés las ha denominado inusuales y de imposible cumplimiento en el derecho común.¹²⁴

Por lo que las mismas solo pueden ser utilizadas en los contratos estatales (en el caso colombiano regulados por la Ley 80 de 1993) en la etapa de ejecución, al ser el momento donde las condiciones pactadas inicialmente pueden variar (refiriéndome estrictamente a las cláusulas excepcionales, pues existen diversos poderes unilaterales que sí se pueden aplicar luego de la etapa de ejecución) y únicamente se hace uso de ellas en aquellos contratos que tengan como fin último satisfacer un interés general, es decir de utilidad pública¹²⁵, puesto que esta clase de negocios jurídicos como acuerdos de voluntades van mucho más allá de un simple interés contractual de una prestación equivalente a la contraprestación; se trata de un interés superior de una comunidad o población que se beneficia con la realización de dicho contrato, teniendo como ejemplo claro los contratos de prestación de servicios públicos, sin ser los únicos que se benefician de dichas

¹²⁴ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999. p. 41. Menciona que *“de acuerdo a la teoría francesa existen dos clases de cláusulas exorbitantes: la primera clase sería las que son imposibles en un contrato entre particulares, en razón a que obedecen a prerrogativas que el ordenamiento jurídico confiere exclusivamente a los entes públicos (caducidad, o la modificación o terminación o interpretación unilateral del contrato) y la otra clase, sería la de aquellas que son inusuales en las convenciones de derecho privado, pero totalmente posibles y lícitas, al no contravenir el orden público (facultad de dirección y control de la ejecución del contrato)”*.

¹²⁵ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 609. Establece *“...en la contratación estatal tales potestades, se justifican por la prominencia y protección del interés público que los caracteriza. Por lo mismo solo pueden utilizarse como un mecanismo de dirección al servicio de las entidades estatales para la salvaguarda del interés general...”*.

facultades claro está, pues los contratos de concesión cuando van a construir una vía para destinarla a la prestación de un servicio público o los contratos de obra cuando van a construir un puente con la misma finalidad también son de utilidad pública.

Entonces, aquellos negocios jurídicos que no tengan un interés general sino por el contrario se trate de un interés únicamente de las partes contratantes como son los de carácter comercial o industrial, no hay la posibilidad de la aplicación de las potestades excepcionales, ya que como me he venido refiriendo, su existencia en los sistemas jurídicos se basa en que el contrato se cumpla pero no como un beneficio propio de la entidad contratante sino en beneficio de la comunidad, para así lograr la satisfacción de necesidades generales que se buscan con su realización.

Pero además, es preciso mencionar que los contratos a los cuales van dirigidos dichas potestades, son aquellos que se regulan por la Ley de Contratos Públicos que es la encargada de consagrar dichas potestades, pues muchos contratos así los celebren entidades estatales, son regulados por un régimen especial o exceptuado, de modo que no se les aplica la Ley 80 de 1993, y por consiguiente tampoco los poderes unilaterales y excepcionales propios de esta materia, a menos que legalmente se autorice la aplicación de dichas cláusulas, como sucede en materia de servicios públicos domiciliarios, donde así se regulen por un régimen especial (Ley 142 de 1994), se autoriza a las entidades para introducir las cláusulas excepcionales y faculta a las autoridades competentes para regular en cada caso específico su aplicación.¹²⁶

En pocas palabras, las potestades se justifican en la medida que sean utilizadas por las entidades públicas como parte en un contrato, únicamente cuando se presente alguna circunstancia que dificulte su ejecución y por ello su cumplimiento o impida el logro de

¹²⁶ Ley 142 de 1993. Artículo 31. *“Concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa. Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa”.*

esas finalidades que se buscan satisfacer con la realización de ese acuerdo de voluntades; teniendo en cuenta que la razón de ser de dichas facultades es que sean aplicadas en busca de garantizar el interés general, por lo que solo encajan en aquellos contratos que persigan tales intereses, como son los de prestación de servicios públicos o de obra y en general los previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

1.1 Características de las potestades excepcionales

Este tipo de potestades consideradas poderes exorbitantes y en cierto sentido inusuales¹²⁷ al derecho privado, son valoradas por Georges Vedel de la siguiente forma:

“Las cláusulas exorbitantes son estipulaciones cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles y comerciales... cláusulas, que por su naturaleza, difieren de aquellas que pueden insertarse en un contrato análogo de Derecho Civil, y que, aun cuando no serían necesariamente ilícitas no suelen encontrarse en dichos tipos de contratos en beneficio de una de las partes contratantes, además de que pueden figurar explícitamente en el contrato, pero existirán aunque no hubiesen sido estipuladas”.¹²⁸

Y en todo caso, de dichas facultades o potestades se desprenden cuatro características relevantes que permiten identificarlas y diferenciarlas de otros poderes de orden público y de las facultades dadas en los contratos privados, las cuales corresponden a:

-Legalidad. Las potestades excepcionales “son facultades regladas que emanan del poder público, con fundamento en las cuales la Administración puede dirigir, controlar, interpretar, modificar, terminar en forma unilateral el contrato”¹²⁹, entonces, dichos poderes se originan en la ley, por lo que no pueden surgir del acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, sino que el mismo ordenamiento jurídico debe otorgarlas determinando a qué tipo de poderes o facultades se refiere y los eventos en los cuales son aplicables.

¹²⁷ GIL BOTERO, Enrique. Tesoro de responsabilidad contractual de la administración pública. t. II. Bogotá: Temis, 2015. p. 321.

¹²⁸ VEDEL, Georges. Derecho Administrativo. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980. p. 191.

¹²⁹ GIL BOTERO, Enrique. Tesoro de responsabilidad contractual de la administración pública. t. II. Bogotá: Temis, 2015. p. 325.

En el caso del Derecho Colombiano, la Ley 80 de 1993 en su artículo 14 las menciona y desarrolla previendo en cuáles contratos y eventos deben y pueden ser utilizadas, (dejando claro que la Administración tiene muchas más potestades otorgadas por la ley como parte en los contratos como es el caso de la potestad de auto tutela declarativa,¹³⁰ las potestades sancionatorias, la potestad de liquidar unilateralmente el contrato, que no están previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pero sí en otros artículos a lo largo del Estatuto de Contratación, que aunque no se tratarán en la presente investigación si es conveniente mencionar) en qué situaciones en específico y los procedimientos establecidos, teniendo en cuenta que al ser potestades otorgadas legalmente son irrenunciables, es decir, que no importa si las mismas se pactan o no igualmente están presentes y en ningún momento se puede renunciar a ellas, siempre y cuando el contrato sea destinatario de la aplicación de las mismas claro está, como lo ha enunciado el Georges Vedel “cláusulas que por su naturaleza... además de que pueden figurar explícitamente en el contrato, pero existirán aunque no hubiesen sido estipuladas”¹³¹ y Miguel Marenchoff “las potestades contrariamente a lo que ocurre con los derechos no son renunciables”.¹³²

Lo anterior se justifica bajo el principio de legalidad propio del derecho público recogido en el Derecho Colombiano en la Ley 1437 de 2011 en su artículo 3¹³³, el cual se refiere a que todas las actuaciones y los procedimientos que realice el Estado y en si los servidores públicos, deben estar de acuerdo a la ley y la Constitución, por lo que no puede haber un acto o un procedimiento que no se encuentre fundamentado en una disposición legal.

¹³⁰ GIL BOTERO, Enrique. Tesoro de responsabilidad contractual de la administración pública. t. II. Bogotá: Temis, 2015. p. 323. Entendiendo dicha potestad como un mecanismo para hacer efectiva las garantías del contrato, en palabras textuales “*la potestad de auto tutela declarativa de la administración en el contrato estatal... es en el privilegio de la decisión previa ejecutividad que ostenta la administración en todas sus relaciones jurídicas donde deriva la potestad de declarar unilateralmente el incumplimiento de las obligaciones del contratista y de ordenar la efectividad de las garantías, sin la aquiescencia previa del asegurador y sin necesidad de acudir al juez del contrato mediante la expedición de un acto administrativo con el que técnicamente se configura el siniestro*”.

¹³¹ VEDEL, Georges. Derecho Administrativo. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980. p. 191.

¹³² MARINENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. t. III. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. p. 398-399.

¹³³ CPACA. Artículo 3. “...*Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales...*”.

Teniendo presente que:

“Cuando se habla del respeto que debe la actuación administrativa a la ley, debemos referir el concepto a la noción de derecho, que implica la generalidad de normas de grado superior, que para el caso del trámite administrativo debe respetar el mismo. Así las cosas, el procedimiento administrativo debe someterse al derecho, de manera que la jerarquía normativa se respete y entonces, no solamente el Código de Procedimiento Administrativo, sino normas constitucionales y administrativas, determinan el sometimiento del mismo”.¹³⁴

Lo que quiere decir, que el principio de legalidad no se limita únicamente en el caso de la contratación estatal en Colombia al Código de Procedimiento Administrativo, al Estatuto de Contratación Pública, sino que dichas actuaciones están sometidas a derecho, por lo que también se debe tener en cuenta además de la Constitución como norma de normas que tiene una aplicación directa, todas aquellas regulaciones de grado superior que incluyen los decretos, ordenanzas, acuerdos, el precedente jurisprudencial, etc.

De esta forma lo ha dicho Gaspar Ariño, ya que cuando se habla de principio de legalidad “La Administración debe respetar, por supuesto, las leyes emanadas del parlamento, pero también todas las demás normas que integran el sistema de fuentes: normas del Gobierno con fuerza de Ley, Tratados internacionales, las costumbres y los principios del derecho; y desde luego también los reglamentos dictados por la propia administración”.¹³⁵

En este sentido, las potestades excepcionales no se escapan de la aplicación del principio de legalidad como ya se ha dicho, en la medida que son actuaciones que realiza la Administración representada en sus entidades públicas en el procedimiento de contratación, entonces, únicamente pueden ser utilizadas en los eventos, con las condiciones que la misma ley faculta a los servidores públicos y en los contratos previstos.

-Unilateralidad. Lo que quiere decir, que son potestades dadas por la ley únicamente a

¹³⁴ GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Derecho procesal administrativo. 3a ed. Bogotá: Ibáñez, 2015. p. 372.

¹³⁵ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Teoría del equivalente económico. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968.

las entidades públicas dentro del contrato como parte y no pueden ser utilizadas por el contratista particular en ningún momento, pues como tal, dichas facultades son otorgadas con el fin de garantizar el cumplimiento del contrato y consigo la satisfacción de unos intereses superiores que corresponden a los intereses generales que trascienden a los de los co-contratantes¹³⁶; por tal razón, no tendría ningún sentido que las mismas fueran bilaterales, ya que el contratista en cualquier momento durante la ejecución del contrato podría terminarlo, modificar el precio pactado, interpretarlo en un sentido diferente, etc. todo en su propio beneficio sin ninguna justificación. Además, en la práctica la entidad pública y el contratista persiguen fines distintos en el contrato; la entidad el cumplimiento de intereses generales, “pero fundamentalmente proteger el servicio público, evitando su afectación y parálisis”¹³⁷ y el contratista una utilidad, (así la Ley 1150 de 2007 en el artículo 32 haya derogado la parte del artículo 3 de la Ley 80 de 1993 que preveía la búsqueda de utilidad del particular y se direcciona al fin social que debe perseguir el mismo), por lo que otorgarle unas potestades de tal magnitud al contratista como lo he señalado no tendría ninguna justificación.

Cuando la entidad pública aplica en el contrato una potestad excepcional, se trata de una decisión unilateral, de modo que únicamente media la voluntad de dicha entidad; en el caso colombiano tal decisión se expresa por medio de un acto administrativo motivado de terminación, modificación, interpretación, etc. con base en la facultad dada por la ley, y en ningún caso se necesita de la voluntad de la parte co-contratante o recurrir a la autoridad judicial para que dicha decisión tenga efectos, pues se trata de una expresión de voluntad de carácter unilateral con fundamento en una facultad legal y solamente necesita de fuerza ejecutoria, es decir, de firmeza y obligatoriedad, la cual se encuentra implícita en toda decisión emitida por cualquier autoridad pública así como lo menciona el artículo 64 de la Ley 1437 de 2011¹³⁸ y el Consejo de Estado cuando expresa:

¹³⁶ GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Contratos administrativos. 3a ed. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2015. p 329.

¹³⁷ GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Contratos administrativos. 3a ed. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2015. p 330.

¹³⁸ CPACA. Artículo 64. “*Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados*”.

“...la decisión unilateral... constituye una prerrogativa de poder público de la cual goza la Administración Pública en aquellas relaciones jurídicas en las cuales es parte. Esta norma establece que los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes por sí mismos para que la Administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento”.¹³⁹

Se debe reiterar, que esa facultad unilateral no puede surgir del acuerdo de voluntades, sino que viene de la ley en búsqueda de garantizar el cumplimiento del contrato y consigo el cumplimiento de un interés superior al de las partes co-contratantes.

Pero de todas formas, es necesario aclarar que por vía de excepción es posible que el acuerdo de las partes determine el nacimiento de una potestad excepcional, como en el caso de las multas y la cláusula penal pecuniaria; en el mismo sentido ocurre cuando alguna implica sanción para el contratista, donde se debe aplicar el debido proceso previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y de esta manera opera una excepcionalidad en cuanto a la facultad unilateral de la Administración, que no es tan automática, sino que debe cumplir unos tramites preestablecidos.

- Son de interés público. En la medida que son facultades dadas por la ley a las entidades públicas únicamente con el objetivo de garantizar el interés general, satisfacer las necesidades públicas y alcanzar por consiguiente los fines de orden constitucional que persiguen las mismas; pues la razón por la cual la ley las prevé, es para que dichas entidades de carácter público como partes co-contratantes las utilicen en aquellos casos donde surja durante la ejecución del contrato circunstancias que afecten su realización y por consiguiente su cumplimiento¹⁴⁰, ya que las potestades permiten que la parte contratante intervenga directamente en el negocio jurídico sin que medie la voluntad del contratista y del juez natural del acuerdo de voluntades, garantizando su ejecución y cumplimiento y por lo tanto alcanzando los fines perseguidos con el negocio jurídico; así lo ha previsto el artículo 14 del Estatuto de Contratación Pública cuando expresa:

¹³⁹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 19446. (24 de marzo de 2011). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁴⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1342. (11 de diciembre de 2001). M. P. Alvaro Tafur Galvis.

“Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado...”¹⁴¹

De manera que, las entidades públicas únicamente en busca del interés general y consigo los fines específicos del contrato, podrán aplicar las potestades excepcionales como son la modificación, interpretación, terminación, caducidad, etc., en concordancia a lo previsto en el artículo 14, teniendo como objeto evitar la paralización o afectación del servicio público a su cargo y garantizar la prestación de dichos servicios¹⁴²; por lo que las potestades excepcionales no pueden limitarse a satisfacer el interés de las partes dentro del contrato, sino como en el presente título se ha reiterado constantemente, deben buscar la satisfacción de los intereses generales como lo es la prestación de un servicio público.

-Excepcionales. Estas herramientas jurídicas dadas de forma unilateral a las entidades públicas dentro del contrato para lograr el cumplimiento de intereses generales suelen definirse como “aquellas estipulaciones contractuales que tienen por objeto conferir a una de las partes derechos o imponer obligaciones extrañas a lo que normalmente se pacta en los contratos entre particulares”¹⁴³, es decir, que son inusuales y excepcionales a las potestades que normalmente se introducen en el proceso de contratación¹⁴⁴, y la razón de su excepcionalidad radica en que son poderes de gran impacto en el contrato los que se le otorgan a las entidades públicas de forma unilateral, pues los mismos le permiten a

¹⁴¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094, art. 14.

¹⁴² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1436. (25 de octubre de 2000). M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁴³ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999. p. 40.

¹⁴⁴ PINO RICCI, Jorge. Régimen de contratación estatal, segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

la entidad co-contratante en cualquier momento por regla general previo al vencimiento del contrato terminarlo, modificarlo, interpretarlo, declarar la caducidad, entre otras, sin tener que recurrir al juez y sin pedir la aprobación a la otra parte, lo cual también puede generar riesgos al contratista de que al ser utilizadas, exista la posibilidad de ocasionar alteraciones en la economía del contrato.

Así pues, en razón de la excepcionalidad de las potestades, estas se encuentran limitadas temporal, material y procesalmente, es decir, que no pueden ser utilizadas en cualquier momento y aplicadas en todo tipo de contratos; en busca de limitar esos poderes unilaterales, reforzar la excepcionalidad y evitar un ejercicio abusivo por parte de las entidades públicas, quienes claramente pueden afectar el servicio público si utilizan este tipo de poderes de forma incorrecta.

En cuanto al primer aspecto (límite temporal), la etapa en la cual es procedente la utilización de las potestades excepcionales es por regla general en la ejecución del negocio jurídico previo a su vencimiento, es decir, posterior a la celebración del mismo y en el plazo de ejecución; así lo ha señalado el Consejo de Estado cuando dice:

“... esta potestad concedida por la ley a la entidad de derecho público solo puede hacerse uso mientras esté vigente el contrato y no cuando el plazo haya vencido, ya que una de las limitaciones que afectan su ejercicio es precisamente el elemento temporal para no configurar una incompetencia *ratione temporis*”.¹⁴⁵

La razón principal de esta limitación, es que las potestades excepcionales van dirigidas a lograr el cumplimiento de las obligaciones pactadas entre las partes co-contratantes, por lo que antes de su celebración y posterior al vencimiento del plazo no es posible la aplicación de cualquiera de los poderes unilaterales, en la medida que o las obligaciones no han surgido o ya se han extinguido con la terminación del plazo pactado.

De todas formas, es pertinente mencionar que en principio el Consejo de Estado en 1999 en una de sus sentencias dijo que luego del vencimiento del plazo para ejecutar el

¹⁴⁵ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 15797. (25 de febrero de 2009). C. P. Myriam Guerrero Escobar.

contrato era posible que siguieran existiendo obligaciones por cumplir y en ese sentido sería viable la aplicación de las cláusulas excepcionales¹⁴⁶, pero después cambió su posición, y reafirmó que las cláusulas excepcionales únicamente se pueden aplicar durante el término de ejecución del contrato, puesto que así existan obligaciones posteriores al vencimiento no se podría entender como una extensión del plazo de ejecución.¹⁴⁷

Y es que resulta evidente la postura que ha tomado el Consejo de Estado, pues después del vencimiento ya no hay obligaciones que cumplir, lo único que resta es la liquidación del contrato, puesto que una vez ha vencido el término de ejecución, el mismo se termina y por consiguiente ya no puede ser sujeto de modificaciones, interpretaciones y claro está de ser terminado unilateralmente; y antes de la celebración del negocio jurídico no han surgido las obligaciones, de modo que cualquier modificación o interpretación debe estar estipulada en el contrato.

Sin embargo y como se expresó anteriormente, es preciso aclarar, que existen otras potestades unilaterales que sin estar presentes dentro del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se pueden decretar posteriormente al vencimiento del plazo, como es la declaratoria de incumplimiento, como un mecanismo para hacer efectiva la cláusula penal y por lo tanto las garantías¹⁴⁸, la cual puede ser utilizada posteriormente al vencimiento del plazo o estando en el término de liquidación del contrato, y la razón por la que se puede aplicar, es que se debe dotar a la Administración de un instrumento sancionatorio para castigar al contratista por su incumplimiento aun habiendo vencido el plazo, con el fin de proteger el servicio público; pero además, porque en el plazo de ejecución, por regla general el incumplimiento configura caducidad del contrato, que constituye otra potestad excepcional, de modo que la declaratoria de incumplimiento no tendría cabida; otro ejemplo de poderes unilaterales que pueden estar presentes posterior al vencimiento

¹⁴⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 13352. (13 de septiembre de 1999).

¹⁴⁷ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 17031. (20 de noviembre de 2008). C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁴⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 3316. (29 de enero de 1998). C. P. Carlos Betancur Jaramillo.

es la liquidación unilateral, pues es en la etapa de liquidación (posterior a la terminación del contrato) donde la entidad pública tiene competencia para ejercer dicha función¹⁴⁹, de manera que si no se llega a un acuerdo bilateral de cómo se va liquidar el contrato, la entidad co-contratante puede hacerlo unilateralmente.

Respecto al punto de cuáles son por regla general los contratos en que es posible su aplicación (límite material), corresponde a los de tracto sucesivo los destinatarios de su implementación, es decir, aquellos que se extienden en el tiempo,¹⁵⁰ pues en este tipo de contratos es donde se presentan diferentes circunstancias que impiden el debido cumplimiento durante su ejecución, por ejemplo en un contrato de obra, en el cual se contrata la construcción de un puente y su ejecución se pacta para un tiempo de tres años, la variación del precio del cemento es una variable que puede llegar a afectar la economía del contrato en esos 3 años que tiene el contratista para su construcción, por lo que si cambia considerablemente dificultando la construcción y poniendo en peligro la prestación del servicio público, la entidad estatal podría intervenir y utilizar la modificación unilateral para ajustar el precio pactado inicialmente y garantizar la continuidad del contrato de obra, siguiendo los parámetros preestablecidos en la ley para realizar dicha actuación, puesto que, en el caso de la modificación unilateral del contrato, en los términos del artículo 16 de la Ley 80 de 1993, se debe intentar primero la modificación mediante un acuerdo entre las partes del contrato y si esto no es posible, la entidad pública hará uso de dicha potestad excepcional.

Situación diferente en aquellos contratos que son de ejecución instantánea, donde inmediatamente se cumplen las obligaciones¹⁵¹, y como no se extienden en el tiempo no están sujetos a circunstancias que puedan variar las condiciones del negocio jurídico inicialmente pactadas, por ejemplo un contrato de compraventa, y por tal razón se dificulta

¹⁴⁹ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999. p. 322. Dice: *“la liquidación si por razones obvias será posible luego de su terminación normal o anormal, en especial en los contratos de obra pública y suministros”*.

¹⁵⁰ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá: Temis, 2016. p. 72.

¹⁵¹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá: Temis, 2016. p. 73.

la sujeción a las potestades excepcionales, a menos que su pago se encuentre sometido a plazo, donde puede ocurrir que “durante el tiempo que medie entre su celebración y la fecha de su cumplimiento, se presenten circunstancias que alteren el contenido original de las prestaciones”¹⁵² o que siendo un negocio jurídico de ejecución instantánea sometido a plazo o no, se utilicen otra clase de potestades unilaterales como la declaratoria de incumplimiento, las potestades sancionatorias como la multa, etc., pero en estricto sentido las potestades previstas en el artículo 14 (terminación, interpretación, modificación, declaratoria de caducidad, reversión y aplicación de leyes nacionales) de la Ley 80 de 1993, es muy difícil que tengan cabida en un negocio jurídico que no se extienda en el tiempo.

Por otra parte, la materia contractual en la cual se puede hacer uso de las potestades excepcionales de forma clara y evidente, son los negocios jurídicos que sean de utilidad pública, es decir, aquellos que vayan en busca de satisfacer un interés o una necesidad general, pues la razón de ser de las potestades no es mejorar las condiciones de las partes dentro del contrato, sino garantizar un interés superior con la ejecución y cumplimiento del mismo¹⁵³, entonces, se brindan garantías para que el medio es decir el contrato estatal llegue a su fin, es decir, la satisfacción del interés general. En el caso colombiano el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, menciona que:

“Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado...

... 2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación,

¹⁵² AROCHA ALARCÓN, Yesid y PINO RICCI, Jorge. Régimen de contratación estatal: El equilibrio económico y financiero de los contratos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. p. 254.

¹⁵³ MATAALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 874.

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.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales¹⁵⁴.

Entonces, solo aquellos contratos que tengan como objeto una utilidad pública y que se constituyan como un medio para satisfacer las necesidades colectivas y el interés general, pueden ser los destinatarios de las potestades excepcionales.

Para el caso colombiano, la Ley 80 determina en qué contratos es obligatoria la inclusión de las cláusulas excepcionales, en cuales es opcional, es decir las partes las pueden pactar o no y en que contratos están prohibidas; en razón a que el sistema jurídico de contratación en Colombia prima el principio de la habilitación legal¹⁵⁵, por lo que la Administración solo puede incluir cláusulas o potestades excepcionales en los contratos que lo permita la ley, ya que si no lo dice una norma o no hay regulación legal no le es posible, así las cosas, en este caso el principio de la autonomía de la voluntad pierde protagonismo (hay que precisar que las cosas cambian en la cláusula penal pecuniaria y las multas, porque hay que pactarlas).

¹⁵⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094, art. 14.

¹⁵⁵ GÜECHÁ MEDINA. Ciro Nolberto. La inexistencia de la discrecionalidad en la actuación de la administración. En: GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto, et al. *Quaestio Iuris Miscelánea Jurídica con motivo del XX aniversario de la Universidad Alfonso X El Sabio*. Madrid: Fundación Universidad Alfonso X El Sabio, 2015. p. 293, establece “el principio de habilitación legal, refleja que en la contratación pública no existe discrecionalidad, ya que cualquier actuación debe estar autorizada por una norma legal”.

Finalmente y en cuanto a las restricciones a las que se hizo referencia, se mencionó los aspectos procesales; por lo que respecto a este punto es preciso indicar, que cuando se utilicen las cláusulas excepcionales se debe cumplir el debido proceso, en el sentido de los trámites que se tienen que surtir para su utilización, los cuales están previstos en la Ley de Contratos Públicos y cuando se trata de asuntos sancionatorios en la Ley 1474 de 2011, puesto que al ser facultades regladas, la ley determina cómo se deben aplicar, así: para el caso de la interpretación y la modificación la entidad estatal debe intentar primero llegar a un acuerdo con la parte co-contratante sobre la interpretación o la modificación que quiera introducir en el contrato y si no llegan a un acuerdo, expide un acto administrativo motivando de interpretación o modificación del contrato; en el caso de la cláusula de terminación la entidad pública debe ajustarse a las causales específicas por las que la ley prevé que se puede terminar unilateralmente el contrato, evento en el cual la entidad estatal expedirá un acto administrativo motivado de terminación, y en el caso de la caducidad debe existir un grave incumplimiento por parte del contratista que impida la ejecución del contrato, entonces una vez se presente dicho incumplimiento la entidad estatal podrá proferir un acto administrativo motivado declarando la caducidad del contrato, además que al tratarse de una sanción no solo se rige por la Ley de Contratos Públicos sino también por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, todo lo anterior para evitar la arbitrariedad por parte de las entidades públicas en el ejercicio de potestades excepcionales.

1.2 Naturaleza jurídica de las potestades excepcionales, como facultades de la Administración Pública

Las potestades excepcionales son propias del derecho público, puesto que han sido concebidas para garantizar el interés general que se busca con los contratos administrativos o estatales, es así que el derecho francés las ha denominado como cláusulas inusuales e imposibles en el derecho privado¹⁵⁶, es decir, que no pueden ser pactadas y aplicadas en los contratos celebrados entre particulares, aunque en algunos

¹⁵⁶ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999. p. 40.

casos es posible pactarlas y de ahí su carácter de inusuales¹⁵⁷, pues puede existir en ciertos contratos privados la potestad unilateral de terminación dada por la ley con base en la tipología del contrato, pero totalmente excepcional. En el derecho colombiano un ejemplo de esos casos excepcionales es el contrato de mandato y el contrato de cuenta corriente, en los cuales el contratante puede terminar unilateralmente el contrato bajo ciertos parámetros, como una potestad dada por una disposición legal.

Pero en si son una materia neta del derecho público, pues como el derecho francés a través de su jurisprudencia las ha desarrollado, son derechos extraños a los previstos en el contrato civil o mercantil¹⁵⁸, y la razón por la que tienen tal carácter, es por la naturaleza del contrato, el cual tiene como principio fundamental la igualdad entre las partes co-contratantes; puesto que cuando se habla de cláusulas excepcionales la igualdad queda en principio desvirtuada en cuanto a que son poderes dados únicamente a una de las partes dentro de ese acuerdo de voluntades; entonces, si no existe una razón de peso que justifique el desconocimiento del principio constitucional y legal de igualdad no tiene ningún sentido su aplicación.

Además, que como se ha mencionado, son prerrogativas de la Administración de origen legal, es decir que dichas facultades son otorgadas en principio únicamente por la ley, por lo que no pueden ser sujetas al acuerdo de voluntades, lo cual se justifica desde el fallo “Stein” del Consejo de Estado Francés en el cual además de introducir las cláusulas excepcionales dentro de las cláusulas imposibles en unos casos e inusuales en otros al derecho privado (una cláusula imposible en el derecho colombiano sería la interpretación unilateral del contrato, ya que esta no es posible entre particulares), platea los poderes excepcionales como derechos otorgados, que no pueden ser libremente pactados en los contratos civiles y mercantiles.¹⁵⁹

¹⁵⁷ GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Derecho procesal administrativo. 3a ed. Bogotá: Ibáñez, 2015. p. 315-316.

¹⁵⁸ FRANCIA. Consejo de Estado. Fallo “Stein”. (20 de octubre de 1950), donde determina que los derechos y obligaciones de los particulares no podrán ser determinados de igual forma que en un contrato civil o mercantil.

¹⁵⁹ FRANCIA. Consejo de Estado. Fallo “Stein”. (20 de octubre de 1950).

De todas formas es necesario expresar, que por vía de excepción es posible que una potestad unilateral (poder ejercido por una de las partes contratantes) se pueda pactar, como es el caso de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, en las cuales se debe llegar a un acuerdo de voluntades primero para que tengan efectos como potestad unilateral, haciendo la aclaración que este tipo de poderes se excluyen de los mencionados en el artículo 14 de la Ley 80, pero sin estar previstas en este artículo se pueden considerar potestades unilaterales de alcance excepcional, en la medida que las mismas son otorgados por la ley a la Administración con la finalidad de garantizar el cumplimiento de los negocios jurídicos en los que la misma es parte.

Pero de cualquier forma, las potestades excepcionales son poderes unilaterales de la Administración propios del derecho público, pues son las leyes de esta rama del derecho las únicas que las prevén, bajo la justificación de garantizar las finalidades e intereses generales; en el caso colombiano, la Ley 80 de 1993 Estatuto de Contratación Pública.

Y en este sentido, los únicos contratos destinatarios de dichos poderes son los contratos estatales regulados por dicho Estatuto¹⁶⁰, excluyendo los contratos civiles y comerciales entre particulares, y los contratos en los que la entidad estatal es parte, pero se rigen por un régimen diferente como lo es el derecho privado o un régimen especial, ya que si bien es cierto existen diferentes prerrogativas para los contratantes en el derecho privado, como la resolución del contrato por alguna de las partes ante el incumplimiento de la otra, no hay ley de derecho privado o más bien es muy excepcional la existencia de una figura similar a las potestades excepcionales en dicho ordenamiento jurídico (digo excepcional porque hay contratos privados en el derecho colombiano en los cuales la ley prevé la terminación unilateral de los mismos ante ciertos parámetros como lo es el contrato de mandato o el de cuenta corriente), además que, cuando se habla de prerrogativas en el derecho de los particulares como la mencionada anteriormente, las mismas son dadas para ambas partes co-contratantes y son facultades sujetas al acuerdo de voluntades entre los particulares contratistas.

¹⁶⁰ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 15797. (25 de febrero de 2009). C. P. Myriam Guerrero de Escobar.

En efecto, el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha indicado que los contratos susceptibles o a los que se pueden aplicar las cláusulas excepcionales, son aquellos que se rigen por el derecho público y se les aplica el Estatuto de Contratación Pública, en la medida que dichas potestades son reguladas por el Estatuto y por lo tanto se limitan estrictamente al derecho público, por lo que no es posible su utilización en los contratos de régimen exceptuado.¹⁶¹

De todas formas, existe una excepción a la argumentación anterior, ya que en el derecho Colombiano los contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios se rigen por el derecho privado, por lo que se escapan de la aplicación de la Ley 80 de 1993, y en ese sentido en principio la entidad estatal no podría utilizar las potestades excepcionales, sin embargo a pesar de regirse por el derecho privado, la ley que los regula que es la Ley 142 de 1994 modificada por la Ley 689 de 2001 autoriza su aplicación¹⁶². (En este caso estamos frente al principio de habilitación legal). Entonces “las entidades públicas sometidas en su actividad contractual a las reglas de derecho común no puede pactar las cláusulas excepcionales previstas en el Estatuto General de Contratación Estatal, salvo que la ley o una norma superior lo autorice de manera clara y expresa”.¹⁶³

En conclusión, las potestades excepcionales tienen como naturaleza jurídica el derecho público, pues es el que las prevé, que en el caso colombiano corresponde al Estatuto de Contratación Pública; por consiguiente, los destinatarios de dichas potestades son aquellos contratos regulados por dicha ley, excluyendo todos aquellos contratos privados, y aquellos que aun siendo públicos en la medida que es parte una entidad estatal se rigen por un régimen diferente al del Estatuto de Contratación Pública; pero de todas formas, frente a la regla general hay una excepción que son los contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios los cuales teniendo como régimen el de derecho privado, por estipulación expresa de la ley que los regula es posible la aplicación de las cláusulas excepcionales.

¹⁶¹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 24986. (30 de enero de 2013). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁶² GIL BOTERO, Enrique. Tesouro de responsabilidad contractual de la administración pública. t. II. Bogotá: Temis, 2015. p. 334.

¹⁶³ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 45310. (20 de febrero de 2014). C. P. Ramiro Pazos Guerrero.

1.3 Las denominadas cláusulas excepcionales en el Derecho Colombiano

Las potestades de carácter excepcional, como facultades dadas únicamente a las entidades públicas por la ley para que sean utilizadas en ciertos contratos en busca de lograr su debida ejecución; son una materia que el ordenamiento jurídico Colombiano ha previsto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) en su artículo 14 bajo el nombre de cláusulas excepcionales (previendo que existen otro tipo de potestades unilaterales llegando hasta el punto de ser exorbitantes o como actualmente la Ley 80 las denomina excepcionales, en otros artículos de la Ley 80 de 1993 pero que al no estar presentes en el artículo 14 no adquieren para alguna doctrina la connotación de cláusulas excepcionales), las cuales más que cláusulas son estipulaciones dadas por la ley, en la medida que no surgen del acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, y así lo expone Luis Guillermo Dávila:

“Aunque la Ley 80 de 1993 emplea el termino de cláusulas en realidad son más que simples estipulaciones que nacen por acuerdo voluntario entre las partes, son verdaderos poderes que la ley le confiere a la parte pública del contrato que en materia de contratación estatal no se inspiran en el acuerdo de voluntades, sino que emergen por mandato expreso de la ley”.¹⁶⁴

Pero además se trata de verdaderas facultades de las entidades de orden público para tomar decisiones unilaterales, sin tener que acudir al juez, con el objeto en principio de cumplir la finalidad del contrato y prestar correctamente los servicios públicos, pero también los fines estatales y los intereses generales que se persiguen con el mismo, circunstancia que el artículo 14 menciona de la siguiente forma:

“Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así

¹⁶⁴ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 609.

lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado...”.¹⁶⁵

Estas, son consideradas “mecanismos eficaces, excepcionales, que contribuyen a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los fines estatales”.¹⁶⁶ Es por eso, que solamente pueden ser utilizadas cuando la entidad pública tenga motivos graves y suficientes para aplicarlas en busca de evitar la paralización del contrato y garantizar así su debida ejecución, teniendo en cuenta que únicamente pueden ser aplicadas para lograr la debida prestación de los servicios públicos como lo menciona el artículo, por consiguiente, no a todos los contratos en los que es parte una entidad pública se les pueden introducir dichas potestades¹⁶⁷, puesto que no todos persiguen como finalidad primordial la prestación del servicio público o un fin conexo, de manera que, únicamente aquellos que tienen como finalidad satisfacer el interés general es decir que sean de utilidad pública como lo es la prestación de los servicios públicos, son los destinatarios de las potestades previstas en la Ley 80 de 1993, siempre y cuando dichos contratos se rijan por el Estatuto de Contratación Pública o exista una disposición legal que autorice su aplicación (como es el caso de los contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios), excluyendo aquellos que tienen un fin civil o comercial en los cuales no hay un interés más allá del de las partes contratantes.

Es más, el Estatuto de Contratación Pública establece claramente que se le darán herramientas a las entidades de naturaleza pública únicamente para la debida prestación del servicio público y en ese sentido podrá modificar, interpretar o terminar el contrato de forma unilateral sin que medie la voluntad de la otra parte co-contratante y sin que sea necesaria la intervención del juez, de modo que aquellos contratos que no vayan más allá del interés particular nunca pueden ser receptores de la aplicación de las potestades excepcionales, independientemente si es parte una entidad estatal o no; por ejemplo, si la alcaldía de Bogotá, contrata la instalación de un sistema de seguridad en sus

¹⁶⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094, art. 27.

¹⁶⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 19483. (6 de abril de 2011). C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁶⁷ MATAALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 814.

instalaciones y durante su instalación decide terminarlo unilateralmente, primero es un contrato que no va más allá de un interés particular y segundo no tiene una razón para ejercer la potestad excepcional, entonces estaría actuando bajo la figura de desviación de poder, y en este sentido sería imposible la aplicación de las potestades en cabeza de la entidad estatal; pero además porque no está previsto en las estipulaciones del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 para ser sujeto de potestad excepcional.

Este tipo de facultades o potestades excepcionales son de carácter taxativo y por lo tanto las mismas deben estar previstas en la ley, es así que el Estatuto de Contratación Pública en el artículo 14 las consagra de la siguiente manera: terminación, interpretación, modificación unilateral, sometimiento a las leyes nacionales y caducidad, y en los contratos de concesión y explotación de bienes del Estado la cláusula de reversión; las mismas son las únicas consideradas cláusulas excepcionales y así mismo lo ha dicho el Consejo de Estado, Sección Tercera¹⁶⁸, pues si bien existen otras potestades en cabeza de las entidades públicas en el contrato como es la potestad de auto tutela declarativa, las potestades sancionatorias, la potestad de liquidación, todas de forma unilateral, al no incluirse en el listado entre el artículo 14 y 19 no pueden introducirse en el grupo selecto de cláusulas excepcionales, y esta diferenciación causa especial relevancia pues como lo dice Luis Guillermo Dávila la jurisdicción arbitral no tendría competencia para conocer de las controversias que surjan por el uso de las cláusulas excepcionales.¹⁶⁹

Tal limitación de la competencia la estableció La Corte Constitucional en una Sentencia del 2000¹⁷⁰, examinada posteriormente por el Consejo de Estado¹⁷¹, donde se concluyó que los particulares dotados de funciones jurisdiccionales transitorias (tribunales arbitrales) no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos

¹⁶⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 36252. (10 de junio de 2009). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁶⁹ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 617.

¹⁷⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1436. (25 de octubre de 2000). M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁷¹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 36252. (10 de junio de 2009). C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia Exp. 38695. (27 de mayo de 2015). C. P. Hernán Andrade Rincón.

contractuales relacionados al ejercicio de cláusulas excepcionales al derecho común, refiriéndose expresamente a las causales mencionadas en el artículo 14 del Estatuto de Contratación Pública, es decir la modificación, la interpretación, la terminación, la caducidad, y la reversión, pero sí tendrán competencia sobre aquellos actos que surjan de poderes unilaterales que no se encuentren dentro de las cláusulas excepcionales.¹⁷²

Lo anterior en términos legales y jurisprudenciales, pero en la realidad considero que se tiene una percepción distinta, pues si bien las facultades dadas en el artículo 14 son las únicas que tienen la denominación de cláusulas excepcionales, todas aquellas facultades o poderes otorgados por la ley a la entidad contratante para que sean utilizados de forma unilateral dentro del contrato para garantizar su continuidad y cumplimiento y consigo evitar la paralización, tienen las mismas características que las presentadas en el artículo 14, y si bien en la ley y la jurisprudencia el tratamiento que se le ha dado por ejemplo a la potestad de auto tutela declarativa y a las potestades sancionatorias reguladas en la Ley 1150 de 2007 frente a la cláusula de terminación, modificación, interpretación, declaratoria de caducidad es diferente, en la realidad sus características son las mismas, lo que pasa es que al estar diferenciadas en el ordenamiento jurídico en algunos aspectos su tratamiento es distinto. Por ejemplo en materia arbitral como se mencionó, las cláusulas excepcionales del artículo 14 se excluyen de la competencia arbitral, por lo que las controversias que surjan en razón de las mismas solamente pueden ser surtidas ante un juez de lo contencioso administrativo, como órgano competente para conocer de las controversias contractuales, en la que es parte una entidad estatal.

1.3.1 Clasificación de las cláusulas excepcionales

Cada cláusula es diseñada para cierta clase de contrato, y el mismo artículo 14 determina en qué clase de negocio jurídico se tienen que aplicar, en cuales es posible pactarse y en aquellos que está prohibida su utilización, teniendo presente que el Estatuto de Contratación Pública incluye otras potestades unilaterales, pero no bajo el nombre de cláusulas excepcionales.

¹⁷² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1436. (25 de octubre de 2000). M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Lo anterior se basa en que dichas potestades al otorgarle tantos poderes a las entidades estatales destinatarias de las mismas, no pueden estar presentes en toda clase de contratos como se ha reiterado a lo largo de este capítulo, y en este sentido la limitación material que el Estatuto hace es muy acertada, pues el legislador debía prever los casos en que era posible la aplicación de esas cláusulas y en cuales no, ante la basta cantidad de negocios jurídicos existentes tanto típicos como atípicos.

El problema es que en un primer momento el artículo 14 menciona un principio general relativo a que las potestades excepcionales serán pertinentes en aquellos contratos que tengan como objeto la prestación continua de los servicios públicos y en si para cumplir los fines contractuales, entonces varios contratos podrían caber dentro del margen de garantizar un interés general que es lo que se entiende con el primer acápite del artículo, pero después limita taxativamente los contratos en los cuales tienen que incluirse y en aquellos que pueden estar presentes las cláusulas excepcionales, dejando el vacío respecto de muchos negocios jurídicos que tal vez tengan como objeto garantizar el interés general, pero que no están consignados dentro del listado presentado en el Estatuto de Contratación Pública, pues el mismo, únicamente hizo referencia a los contratos que probablemente tienen más cabida dentro del ámbito de garantizar la prestación de los servicios públicos y el cumplimiento del interés general, pero guardó silencio en cuanto a otros que celebran las entidades públicas.

La clasificación que el artículo 14 hace textualmente es así:

“... 2o. 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. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignent expresamente.

Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral

2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”.¹⁷³

Entonces, el mismo divide a los contratos en tres grupos: aquellos en que es obligatorio el pacto de las potestades excepcionales, aquellos en que se pueden pactar y aquellos en que está prohibida su utilización¹⁷⁴; y de la misma forma, en diferentes sentencias el Consejo de Estado ha realizado dicha clasificación respecto a las potestades excepcionales.¹⁷⁵

En el primer grupo las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación, terminación, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales se entienden obligatorias en:

1. Los contratos que tengan como finalidad la prestación de servicios públicos: haciendo una claridad en este tipo de contratos, en principio los mismos se cobijan por el Estatuto de Contratación Pública por lo tanto en todos aquellos es posible la aplicación de las cláusulas excepcionales, pero los contratos de servicios públicos domiciliarios no se regulan por el Estatuto sino que tienen una normatividad especial que son las Leyes 142 y 143 de 1994, las cuales establecen que el régimen aplicable a este tipo contratos es el derecho privado por lo que las potestades excepcionales no tendrían aplicación; pero las mismas normas que regulan este asunto de los servicios públicos, posteriormente autorizan la aplicación de las cláusulas siempre y cuando las comisiones reguladoras lo determinen pertinente, por lo que excepcionalmente en los contratos estatales de servicios públicos domiciliarios que se regulan por el derecho privado es posible la

¹⁷³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094, art. 14.

¹⁷⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 30832. (30 de noviembre de 2006). C. P. Alier Hernández Enríquez.

¹⁷⁵ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 15797. (25 de febrero de 2009). C. P. Myriam Guerrero Escobar.

utilización de las potestades excepcionales gracias al artículo 31¹⁷⁶ de la Ley 142 y 8¹⁷⁷ de la Ley 143.

2. Los contratos que tengan como fundamento actividades de monopolio estatal.
3. Los contratos de obra.
4. Los contratos de concesión y explotación incluyendo en estos últimos la cláusula de reversión.

Por lo que así no se encuentren presentes las cláusulas excepcionales dentro del contenido del contrato estatal, si el mismo tiene como objeto alguna de las materias mencionadas, dichas potestades se entienden pactadas, independientemente de si se encuentran estipuladas o no.

En el segundo grupo, las cláusulas son facultativas u opcionales, por lo tanto las partes dentro del contrato están en la libertad de pactarlas o no; a esta clase pertenecen los siguientes contratos:

1. Contratos de suministro
2. Contratos de prestación de servicios

En este sentido, es posible que las partes las pacten dentro del negocio jurídico y en el momento en que se estipulen claramente serán obligatorias, pues como es bien sabido

¹⁷⁶ Ley 142 de 1994, Artículo 31: “Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa.

Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa”.

¹⁷⁷ Ley 143 de 1994, Artículo 8: “...El régimen de contratación aplicable a estas empresas será el del derecho privado. La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común en algunos de los contratos que celebren tales entidades. Cuando su inclusión sea forzosa, todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

el contenido del contrato es ley para las partes¹⁷⁸, pero si no se estipula su aplicación dentro del negocio jurídico, no es posible su utilización durante su ejecución, ya que son de carácter facultativo y opcional, por lo que están sometidas al acuerdo de voluntades entre las partes contratantes.

Y finalmente, el tercer grupo hace referencia a aquellos contratos en los cuales está prohibida su aplicación y estos son:

1. Contratos que se realicen con personas públicas internacionales
2. Contratos de cooperación, de ayuda o asistencia
3. Contratos interadministrativos
4. Contratos de empréstito
5. Contratos de donación
6. Contratos de arrendamiento
7. Contratos que tengan objeto actividades comerciales e industriales
8. Contratos que tengan como objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.
9. Contratos de seguros

Así pues, en los mismos ni siquiera por acuerdo de voluntades entre las partes contratantes es posible su existencia dentro del contrato, pues son negocios jurídicos en los que su objeto generalmente es de interés particular entre quienes intervienen en el acuerdo o como en el caso de los convenios interadministrativos, quienes participan

¹⁷⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 1293. (14 de diciembre de 2000). C. P. Luis Camilo Osorio Isaza, establece “Respecto a la autonomía para la negociación de las estipulaciones, el legislador otorga a las entidades libertad en el contexto de los fines estatales al regular la forma de convenir sus contratos (art. 40, Ley 80/93) y señalar el contenido e indicar que sus estipulaciones serán las que “de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza”. Agrega además que dichas entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad requerida para el cumplimiento de los fines estatales; finalmente, prevé que en los contratos celebrados por 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” (inciso 4º *ibídem*). Las actuaciones contractuales de la administración y las obligaciones surgidas de las estipulaciones del contrato, están definidas por los términos pactados, los cuales constituyen ley para las partes.”

están en un nivel de igualdad y por consiguiente no tiene cabida la aplicación de las cláusulas excepcionales.¹⁷⁹

Además de esta clasificación como se expuso previamente, quedan en el vacío todos aquellos contratos que celebran las entidades públicas, pero que no se encuentran dentro de la clasificación del artículo 14, entonces los mismos no están ni incluidos ni excluidos de la aplicación de las cláusulas excepcionales como lo es a modo de ejemplo el contrato de consultoría, el cual en la jurisprudencia ha sido sujeto de gran desarrollo respecto a si se debe aplicar las cláusulas excepcionales o no¹⁸⁰; Ante esta situación hay diferentes posturas de si en los contratos no mencionados por la Ley 80 en ninguna de las clasificaciones presentadas en el artículo 14, faculta a las partes para pactar las cláusulas excepcionales o si por el contrario al no existir una norma que autorice su utilización se entiende prohibido.

Una postura dice que serán perfectamente aplicables las cláusulas excepcionales a los contratos no mencionados en el Estatuto de Contratación Pública, bajo el principio de la autonomía de la voluntad, y con base al acuerdo de voluntades entre las partes co-contratantes, es decir, que si no se oponen y se estipula como cláusula contractual es posible su utilización.¹⁸¹

Otra postura toma una forma más restrictiva, es decir, si la ley no impone ni permite la aplicación de las cláusulas en ciertos contratos sino que guarda silencio es imposible su inclusión, por dos razones:

La primera por el principio de legalidad, en la medida que el Estado a través de los servidores públicos solamente puede realizar lo que expresamente se autoriza¹⁸², por lo

¹⁷⁹ HERRERA BARBOSA, Benjamín. Contratos públicos. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005. p. 283-291.

¹⁸⁰ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 24996. (13 de febrero de 2013). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁸¹ MALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 816.

¹⁸² HERRERA BARBOSA, Benjamín. Contratos públicos. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005. p. 289.

que si la Ley de Contratos Públicos no incluye a ciertos contratos como destinatarios de la aplicación de las cláusulas excepcionales, bajo el principio de legalidad se entiende que las entidades no están autorizadas para utilizarlas en esos tipos contractuales¹⁸³, y la segunda razón es que si los contratos no son mencionados en el artículo 14 del Estatuto de Contratación Pública, se deben regir por el régimen general de contratación que es el derecho civil y comercial, pues en principio los contratos estatales tienen como régimen general las normas civiles y comerciales y como régimen especial las disposiciones de la Ley 80 de 1993 de acuerdo a lo previsto en el artículo 13¹⁸⁴; entonces, los contratos que no mencione el artículo 14 se deben regir por las disposiciones civiles y comerciales, por lo que sería imposible la aplicación bajo el acuerdo de voluntades dichas cláusulas, ya que el derecho privado no permite que una de las partes dentro de un contrato tenga ventajas o prerrogativas frente a la otra, puesto que desconocería el principio de igualdad propio de la teoría de los contratos¹⁸⁵, y a su vez se configuraría una especie de cláusula abusiva.

El Consejo de Estado a su vez ha tomado la última postura, es decir que no es posible introducir a un contrato estatal una cláusula excepcional si no lo autoriza expresamente la ley, en este caso la Ley 80 de 1993 en su artículo 14, exponiendo que:

“En este contexto, y por exclusión, surge un cuarto grupo, constituido por todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley, de manera que, frente a ellos, es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las cláusulas excepcionales.

Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo? Para la Sala la respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones:

De un lado, porque, como se ha visto, este tipo de poderes requiere, cuando menos,

¹⁸³ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 622.

¹⁸⁴ Ley 80 de 1993, Artículo 13: “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”.

¹⁸⁵ MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 816.

autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales.

De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios”.¹⁸⁶

Luego en sentencia de Enrique Gil Botero en el año 2008 se reitera la postura negativa del Consejo de Estado frente a los contratos no mencionados en el artículo 14 de la Ley de Contratos Públicos, en este caso frente al contrato de consultoría, bajo el cual la entidad estatal contratante expidió actos de caducidad bajo estipulación previa en el contrato que autorizaba a la misma para ejercer las cláusulas excepcionales, entonces al respecto se dijo en la sentencia:

“3.1. A diferencia de lo señalado por el a quo, en el caso concreto no reviste importancia el hecho de que exista una cláusula contractual en la cual las partes, presuntamente, pactaron la caducidad; lo anterior, toda vez que el principio de autonomía de la voluntad no puede invadir la esfera reservada para el principio de legalidad, máxime si la discusión gira en torno a una potestad o cláusula de tipo excepcional al derecho común, que permite a la administración contratante ejercer determinaciones que modifican el contrato, y pueden llegar, inclusive, a imponer sanciones en cabeza del contratista.

En ese sentido, la autonomía de la voluntad no puede suplir la habilitación legal necesaria para estos efectos, toda vez que, como se precisó, la existencia y el ejercicio de la cláusula de caducidad depende de forma ineluctable de la previa y expresa consagración en la ley, en los términos fijados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

3.2. Desde esa perspectiva, el principio de legalidad se erige como baluarte orientador, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Constitución Política, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones que explícitamente están contenidas en la ley y, por lo tanto, son responsables por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

De otro lado, el principio de legalidad de la actuación administrativa, parte del hecho de que toda potestad o facultad pública debe estar previamente consignada o habilitada por la ley. Por consiguiente, en el caso concreto, es evidente que el principio de la autonomía de la voluntad, es entendido como la posibilidad con que cuentan las partes de un negocio jurídico de emitir, expresar y fijar libre y voluntariamente los actos jurídicos privados.¹⁸⁷

¹⁸⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 30832. (30 de noviembre de 2006). C. P. Alier Hernández Enríquez.

¹⁸⁷ “La teoría de la autonomía de la voluntad no se contenta con esta exaltación de la voluntad soberana creando las relaciones jurídicas. Ella enseña que esta voluntad sólo debe limitarse por motivos imperiosos

3.3. En consecuencia, es el principio de legalidad el que, en el caso concreto, debe marcar la pauta a efectos de determinar si los actos administrativos demandados controvierten, prima facie, el ordenamiento superior, concretamente los postulados normativos contenidos en los artículos 29 superior, y 14 de la Ley 80 de 1993.¹⁸⁸

“3.4. Como se aprecia, en el asunto sub examine, de la simple comparación de los actos demandados frente a las disposiciones contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se evidencia una trasgresión del ordenamiento jurídico, por cuanto, el contrato de consultoría no es de aquellos en los cuales la norma haga referencia en relación con la obligatoriedad o facultad de pactar la potestad exorbitante de la caducidad”.¹⁸⁹

Esta postura ha sido reiterada en sentencias posteriores, donde se aclara que aquellos contratos que no encajen en ninguno de los grupos previstos en la Ley de Contratos Públicos se deberán tomar como si estuviera prohibida la aplicación de las potestades excepcionales¹⁹⁰.

En síntesis, únicamente las potestades excepcionales pueden ser utilizadas en los contratos que el artículo 14 del Estatuto de Contratación Pública autoriza, ya sea de forma obligatoria o facultativa, excluyendo todos aquellos en que la Ley de Contratos Públicos prohíbe expresamente su aplicación y aquellos que no menciona, pues en estos dos últimos no es suficiente el acuerdo de voluntades para que este tipo de facultades tengan efectos, se necesita de una disposición legal que lo autorice.

1.3.2 El quebrantamiento del equilibrio económico por el uso de las potestades excepcionales

Al igual que se prevé en la Ley 80 de 1993 las cláusulas excepcionales en cuanto a su

de orden público (art. 6 Cod. Civ.), que estas restricciones deben reducirse al mínimo, que los intereses privados libremente discutidos concuerdan con el bien público y que ninguna injusticia puede nacer del contrato, puesto que las obligaciones se asumen libremente”. PLANIOL, M. y RIPERT, G. Droit Civil Français. t. VI, p. 21, citado por BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los contratos administrativos. 2a ed. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 27-28.

¹⁸⁸ “El principio de legalidad de las prerrogativas de poder público es por consiguiente una constante en nuestro derecho... una vez establecida la necesidad de un texto legal que autorice el ejercicio de la prerrogativa de la administración contratante hemos de abordar el análisis del fundamento y de la naturaleza de las cláusulas excepcionales”. BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 334.

¹⁸⁹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 35827. (1 de diciembre de 2008). C. P. Enrique Gil Botero.

¹⁹⁰ COLOMBIA, Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Sentencia Rad. No. Exp. 22220. (17 de octubre 2012) C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

justificación y clasificación, el legislador tuvo en cuenta que las mismas cuando son utilizadas pueden generar el rompimiento del equilibrio económico o el desequilibrio de la ecuación financiera en el contrato; entendiendo este principio como un fundamento esencial de la contratación estatal en busca de mantener las condiciones y prestaciones económicas desde la celebración del negocio jurídico hasta su terminación así como fue desarrollado en el capítulo I, es así que el artículo 14 menciona:

“...En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley”.¹⁹¹

Entonces, cuando la entidad estatal hace uso de una potestad excepcional la misma de una forma u otra varía el contenido del contrato, ya sea porque lo termina anticipadamente, lo interpreta o cambia las condiciones o estipulaciones del mismo, etc. (teniendo en cuenta que dependiendo la potestad serán mayores o menores los efectos); dicha incidencia en el contenido del contrato puede impactar en sus condiciones económicas, caso en el cual si es de gran magnitud se hablara de un rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato; puesto que se trata de un supuesto atribuible a una de las partes en este caso la entidad estatal, sin que medie la voluntad de la otra parte es decir, el contratista, del cual se desprenden unos efectos gravosos en la economía del contrato que las partes no están el deber de soportar (daño antijurídico).¹⁹²

Por lo que, si una potestad excepcional altera de cualquier modo las condiciones

¹⁹¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094, art. 14.

¹⁹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Los principios de una nueva ley de expropiación forzosa. Madrid: Civitas Ediciones, 2007, p. 46. Presenta el daño antijurídico como: *“lesión que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportar, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud”*.

económicas del contrato y se generan graves afectaciones a alguna de las partes, se habla de un rompimiento del principio del equilibrio económico y financiero y en este sentido, se deben reconocer las indemnizaciones y compensaciones a las que haya lugar para volver a restablecer la ecuación contractual¹⁹³, es decir, que las condiciones económicas y las prestaciones vuelvan al estado previo a la utilización de la cláusula excepcional en el contrato estatal, con el fin de garantizar el principio del equilibrio económico y financiero y mantener la naturaleza del contrato, cuyas estipulaciones son leyes para las partes co-contratantes, y en principio no podrían ser modificadas.

Lo anterior en términos muy generales, de acuerdo únicamente al Estatuto de Contratación Pública, pero es necesario desarrollar el tema en especial que me ocupa en esta investigación, que es el rompimiento del equilibrio económico por el uso de las potestades excepcionales, o como la doctrina ha llamado a esta figura la potestas variandi.¹⁹⁴

Por dicha razón se desarrollara en el acápite siguiente, las cláusulas excepcionales partiendo de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, como causales del quebrantamiento de la ecuación financiera, previendo su impacto en el contrato en el momento en el que sean utilizadas.

2. LAS POTESTADES EXCEPCIONALES: COMO CAUSAL DEL DESEQUILIBRIO EN LA ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO

Los contratos tanto públicos como privados una vez se han celebrado son ley para las partes, es decir, que todas las estipulaciones pactadas tienen fuerza obligatoria y no pueden ser modificadas posteriormente de forma unilateral, como hace referencia

¹⁹³ MORAND DEVILLER, Jaqueline. Curso de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 481. Dice: *“Si la administración. Por una decisión lícita, desestabiliza el equilibrio económico del contrato al cual el contratista tiene derecho, debe, a través del otorgamiento de una indemnización, compensar la nueva carga”*.

¹⁹⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis, 2015. p. 39, Expone la Potestas Variandi como *“una de las causales de rompimiento del equilibrio económico del contrato administrativo, consistente en que la administración pública contratante, al hacer uso legal de poderes conferidos por una cláusula exorbitante, genera una alteración anormal en la economía del contrato, haciendo más gravosa su ejecución para una de las partes”*.

Rodrigo Escobar “lo que el mutuu consensus ha establecido solo el mutuu disensus puede alterarlo, tal como lo enseña el artículo 1602 del Código Civil¹⁹⁵”.¹⁹⁶

Pero los contratos públicos difieren de los contratos privados como se ha expuesto, porque tienen una función inherente que es satisfacer el interés general y en sí las necesidades de la comunidad; en otras palabras, “la Administración pública cuando procede a celebrar un contrato no puede renunciar o desentenderse del cumplimiento de su fin institucional, que es el servicio del interés público”¹⁹⁷, por esta razón, es que la ley le ha otorgado poderes o prerrogativas de carácter excepcional, para que pueda modificar, terminar, interpretar, etc. unilateralmente los negocios jurídicos cuando ésta lo vea necesario en busca de alcanzar los fines generales, de manera que la rigidez del contrato estatal como una ley para las partes no se puede aplicar a cabalidad en esta clase de acuerdos, ya que, aunque cumplen todos los parámetros de cualquier negocio jurídico, la inalterabilidad de las condiciones pactadas y del objeto no se puede garantizar totalmente como sí se ocurre en los contratos privados, puesto que existe la figura de las cláusulas excepcionales, que le permiten a la entidad pública en razón del interés general, modificar, terminar entre otras, el contrato cuando lo vea conveniente.

Las cláusulas excepcionales al ser facultades propias de las entidades públicas en un contrato, sin que medie la voluntad de la contraparte y sin que necesite de la autorización del juez para aplicarlas por medio de actos administrativos motivados, generan un riesgo económico alto para el contratista, en la medida que éste en ningún momento tiene la seguridad de que las condiciones y prestaciones inicialmente pactadas, en la ejecución del contrato serán inalteradas. A este tipo de riesgo se le ha denominado el Alea administrativo, que corresponde a “ las eventuales modificaciones en las condiciones de ejecución de un contrato administrativo producidas por la acción unilateral de la Administración Pública que es parte en el respectivo contrato, ya sea a través de medidas

¹⁹⁵ Código Civil, Artículo 1602: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

¹⁹⁶ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999. p. 323.

¹⁹⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Teoría del equivalente económico. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968. p. 150.

de la entidad contratante actuando como autoridad pública (hecho del príncipe) o por medio de actos administrativos contractuales (potestas variandi)¹⁹⁸, en este caso actuando como parte por medio de los actos administrativos contractuales.

Por lo que, al permitirle a las entidades estatales en cualquier momento utilizar las potestades excepcionales, claro está posterior a la celebración del contrato y previamente a su vencimiento, inevitablemente altera las condiciones del mismo llegando incidir en las condiciones económicas, como lo han visto distintos doctrinantes, por ejemplo Georges Vedel que menciona “la acción unilateral de la administración, vertida específicamente en actos administrativos contractuales, que hacen más onerosa la ejecución del negocio jurídico”¹⁹⁹; además que, al variar las condiciones económicas también ponen en riesgo los intereses del contratista, pues si bien las cláusulas como lo he mencionado buscan satisfacer el interés general, el interés de las partes no se puede ver desconocido, puesto que más allá de ser la contratación de naturaleza pública, se trata de figuras contractuales y por lo tanto las mismas deben guardar los parámetros mínimos que identifican a los contratos o negocios jurídicos de otras figuras legales, y una de esas características es la conmutatividad y reciprocidad es decir una equivalencia entre las obligaciones y los derechos entre las partes contratantes²⁰⁰ en los términos del Código Civil²⁰¹, por lo que puede estar inmerso un interés general con la realización del contrato, pero el interés de las partes no se puede desconocer por el interés general.

Cuando se utiliza una potestad excepcional, se varían las condiciones del contrato de una u otra forma²⁰², ya sea porque se termina anticipadamente o porque se modifican o

¹⁹⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis, 2015. p. 37.

¹⁹⁹ VEDEL, Georges. Derecho Administrativo. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980. p. 209.

²⁰⁰ El artículo 28 de la Ley 80 de 1993 enuncia: “*en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, y los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos*”, lo que quiere decir que en la contratación estatal la conmutatividad también se encuentra presente.

²⁰¹ Código Civil, Artículo 1498: “*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.*”

²⁰² MORAND DEVILLER, Jaqueline. Curso de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de

se interpretan las estipulaciones inicialmente pactadas, y con ese tipo de variación los intereses en principio del contratista en términos económicos se ponen en riesgo; digamos, cuando se modifica o se interpreta una estipulación, el contratista igualmente debe cumplir el contrato y muchas veces al cambiarse lo inicialmente pactado vuelve más costosa la ejecución de ese negocio jurídico, o en el caso de la terminación, donde el contratista no puede ejecutar a cabalidad el negocio jurídico, probablemente uno de los efectos será obtener pérdidas por esa limitación en la ejecución, afectando en todos los casos el patrimonio del contratista.

Pero también puede ocurrir que los efectos de la modificación, la interpretación o terminación, etc. vayan para la entidad contratante, por ejemplo, si por el interés general el objeto del contrato disminuye pero el valor correspondiente a ese objeto no varía, entonces la entidad contratante se vería directamente afectada por esa modificación unilateral, ya que tendría que pagar más por un objeto menor al pactado inicialmente, por lo que así el uso de las cláusulas excepcionales tenga un impacto respecto a las condiciones económicas y prestaciones en la mayoría de los casos en el contratista que es el que no puede hacer uso de las mismas, en algunas ocasiones también tiene efectos en la entidad pública contratante.

En pocas palabras, al causar la alteración de las condiciones del contrato por su utilización de una u otra forma pueden impactar en su economía, y por lo tanto afectar en principio a la parte que no intervino en la decisión, es decir el contratista, aunque puede pasar que la afectación también se dirija a la entidad estatal que introdujo la potestad excepcional al contrato como lo indiqué anteriormente.

Todo lo anterior, para llegar al punto de que las cláusulas excepcionales son una causal del rompimiento del equilibrio económico de la siguiente forma: al tener por un lado una facultad legal²⁰³ que permite la utilización de unas potestades excepcionales en cabeza

Colombia, 2010. p. 456.

²⁰³ GÜECHÁ MEDINA. Ciro Nolberto. La inexistencia de la discrecionalidad en la actuación de la administración. En: GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto, et al. *Quaestio Iuris Miscelánea Jurídica con motivo del XX aniversario de la Universidad Alfonso X El Sabio*. Madrid: Fundación Universidad Alfonso X El Sabio, 2015, p. 293.

únicamente de las entidades públicas durante la ejecución del contrato, las cuales permiten variar de una u otra forma el contenido del mismo, ocasiona muchas veces la alteración de las condiciones económicas y demás prestaciones inicialmente pactadas; por ejemplo, en un contrato de concesión de la vía Bogotá-Villavicencio, si inicialmente se había pactado que la vía pasaría por ciertos lugares, pero luego por acto administrativo unilateral de modificación, la entidad contratante decide que la vía también debe pasar por otros lugares, haría más gravosa la ejecución del objeto contratado en términos económicos, pues el contratista tendría que gastar más para lograr su cumplimiento; entonces, la equivalencia entre las condiciones y prestaciones inicialmente pactadas se verían afectadas.

Y por otro lado, al existir un principio transversal de la contratación estatal, que es el equilibrio económico y financiero, el cual garantiza que las prestaciones y las condiciones económicas durante todo el contrato estatal permanezcan inalteradas, en busca de proteger al contratista del poder inherente de las entidades públicas como representantes de la Administración y en si del Estado, con base en el principio constitucional de igualdad que en los mismos términos pretende que las partes del contrato se encuentren en igualdad de condiciones.

Se genera un rompimiento por parte de la persona jurídica pública a través de las potestades excepcionales, del principio del equilibrio económico y financiero, y por consiguiente el principio de igualdad se ve afectado, pues las mismas lo que hacen es alterar las condiciones económicas y financieras acordadas inicialmente bajo un acuerdo de voluntades, sin embargo lo que buscan los principios es que dichas condiciones permanezcan inalteradas, para así garantizar la igualdad entre las partes co-contratantes. Entonces, se puede concluir que la utilización de las potestades excepcionales, constituye una causal del rompimiento del equilibrio económico de los contratos estatales, en la medida que “la Administración al hacer uso legal de los poderes conferidos por una cláusula exorbitante, genera una alteración anormal en la economía del contrato, haciendo más gravosa su ejecución para una de las partes”.²⁰⁴

²⁰⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed.

Ante el rompimiento del equilibrio económico por el uso de las potestades excepcionales, dependiendo el impacto de dicha alteración, se causa la obligación de restablecer las afectaciones económicas ocasionadas; pues si bien, la contratación estatal posee diferentes instrumentos en busca de garantizar el interés general como lo he mencionado, estos no pueden desconocer principios básicos de la contratación pública, como el equilibrio económico y financiero y por lo tanto el principio constitucional de igualdad, ya que si a la entidad estatal además de sus poderes de autoridad, la ley le otorga facultades para terminar el contrato, interpretarlo, modificarlo, etc. cuando ésta lo considere necesario, se trata de unas ventajas totalmente desproporcionadas frente a la otra parte quien no tiene ninguna de ellas.

En este sentido, se le deben otorgar unas garantías a las partes que participan del acuerdo (al particular), que ante la utilización de dichas potestades o prerrogativas, en el caso en que estas causen alteraciones económicas y financieras, la parte afectada normalmente el contratista tiene derecho a ser restablecido económicamente²⁰⁵, pues de no ser así nadie contrataría con el Estado, partiendo de un factor básico como es la seguridad jurídica y económica, puesto que las condiciones y prestaciones inicialmente pactadas cambiarían en cualquier momento dependiendo la voluntad unilateral de la entidad contratante y la igualdad de las partes en el negocio jurídico estaría sujeta a criterios cambiantes de las entidades públicas, que muchas veces no tendría mayor planeación y fundamentación, es decir, a supuestos de discrecionalidad, ya que al darse unos poderes unilaterales a una parte pero a la otra no, la equivalencia entre estas se vería totalmente afectada.

De modo que, correlativamente a los derechos otorgados en el contrato para poder modificar, terminar, interpretar, caducar unilateralmente el mismo por parte de las entidades estatales, surge una obligación para la persona jurídica pública contratante y una garantía para el contratista de restablecer las alteraciones económicas causadas por

Caracas: Temis, 2015. p. 37.

²⁰⁵ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 733-736.

medio de mecanismos tales como la indemnización o la compensación²⁰⁶; lo anterior con fundamento en el principio de igualdad y del equilibrio económico y financiero, pues claramente el uso de las potestades excepcionales muchas veces altera las condiciones económicas del acuerdo, y al alterarlas gravemente afecta la equivalencia y el equilibrio económico, situación que no puede quedarse así ya que descocería los principios mencionados y las características propias del contrato público como privado, como son la conmutatividad (equivalencia entre los derechos y las obligaciones pactadas) y la reciprocidad.

2.1 Origen de las potestades excepcionales en los contratos estatales, como causales del rompimiento del equilibrio económico y financiero

Las potestades dadas a la Administración como derechos o poderes unilaterales, tienen su origen como lo muestran Rodrigo Escobar y Gaspar Ariño Ortiz en la teoría del *factus principis*²⁰⁷, que implicaba el poder que tenía el príncipe dentro del gobierno, el cual era de carácter absoluto y arbitrario, que aunque no estaba regulado jurídicamente se daba por hecho; entonces, podía realizar cualquier tipo de actuación o intervención económica, social, política, etc., no necesariamente dirigidas a la actividad contractual, pero que podían verse reflejadas en los negocios jurídicos que éste hubiera celebrado; institución que en la actualidad en los ordenamientos jurídicos se desarrolla bajo el nombre del “hecho del príncipe”, pero ya como una materia diferente a las potestades excepcionales, o como se denominan en la doctrina *potestas variandi*, pues el primero se trata de unos poderes otorgados a las entidades públicas como autoridad en general²⁰⁸ y el segundo se trata de unos poderes pero ya no solo como autoridad sino como parte del contrato.

En el sistema jurídico español es la Ley 2 del Cuaderno de las Alcabalas²⁰⁹ (regulación

²⁰⁶ MORAND DEVILLER, Jaqueline. Curso de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 457.

²⁰⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Teoría del equivalente económico. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968. p. 6. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999. p. 325.

²⁰⁸ RICHER, Laurent. Droit des contrats administratifs, Paris: 2004, p. 274.

²⁰⁹ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999. p. 325.

tributaria española), donde se le reconoce al príncipe la facultad específica de modificar los contratos que celebraba con un fin similar al actual, que era buscar la justicia y el buen gobierno de los reinos²¹⁰, pero sin ninguna clase de restablecimiento económico para el contratista por las afectaciones económicas que pudieran ocasionarse con dicha atribución, por lo que al Estado además de sus poderes intrínsecos de autoridad pública, también se le empezaban a otorgar poderes unilaterales como parte contratante.

En el derecho francés, este tipo potestades fueron dadas en el Reglamento de administración pública del 6 de agosto de 1881, como derechos de las entidades del Estado que le permitían modificar el contrato y hasta terminarlo unilateralmente, en procura de brindar la continuidad del servicio público y satisfacer las necesidades de la población.

Dicha institución fue tratada en diferentes sentencias del Consejo de Estado Francés, como el fallo de “la société des granits porphyroides des Vosges” del 31 de julio de 1912²¹¹, en donde el alto tribunal determinó que no tenía competencia sobre el asunto demandado, al tratarse de un contrato privado, interdependientemente que su finalidad fuera la prestación de un servicio público.

Se trataba de un contrato celebrado entre la Ciudad de Lille y la Société des granits porphyroides des Vosges para el suministro de adoquines, pero el mismo se encontraba regido por el derecho privado y todas las reglas de los particulares, entonces el comisario Léon Blum dijo lo siguiente:

“para que el contrato sea administrativo y por lo tanto el juez administrativo sea competente para conocer de la controversia, no es suficiente que el suministro que es objeto del contrato deba ser utilizado para la prestación de un servicio público, es necesario que tenga la contextura de un contrato administrativo, es necesario revisar la naturaleza del contrato, independientemente de si una persona pública lo celebró o el objeto”,²¹² entonces “el comisario del gobierno considera que el criterio del contrato administrativo es la presencia de las

²¹⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Contratos administrativos: Manual de derecho procesal administrativo. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

²¹¹ MORAND DEVILLER, Jaqueline. Curso de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 456.

²¹² LONG, Marceau. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Paris: Dalloz, 2017. p. 141.

cláusulas exorbitantes del derecho común”.²¹³

De manera que en el derecho francés la figura de las cláusulas exorbitantes unas veces inusuales y otras veces imposibles en el derecho común, se empieza a consolidar como un elemento diferenciador para determinar si se trataba de un contrato privado o público (haciendo la salvedad que si bien se trata de un criterio diferenciador actualmente no es el único, pues puede pasar que un contrato netamente privado celebrado por particulares, se introduzca una cláusula inusual, y no por esa razón se tratará de un contrato administrativo, también los criterios del objeto (servicio público) y las partes contratantes son relevantes para determinar si se trata de un contrato público o privado.²¹⁴

Pero de una forma u otra, se trataba de unos poderes propios de la administración que les permitían tomar decisiones unilaterales dentro del contrato estatal, el problema es que dichos derechos lo que hacían era variar las condiciones del contrato, pues los mismos se utilizaban sin mediar la voluntad del contratista, desconociendo muchas veces las cláusulas inicialmente pactadas; entonces, en un contrato de concesión, ejecutado por “la compagnie française des tramways”, en el cual se contrató la prestación del servicio público de transporte en tren, surgió la primera controversia que fue tratada por el Consejo de Estado Francés por los poderes unilaterales que tenía el Estado en los negocios jurídicos que celebraba.²¹⁵

El tema se trató gracias a que en dicho contrato bajo los derechos otorgados por el reglamento de administración pública, el prefecto como representante del Estado modificó los horarios de la prestación del servicio, el número de trenes y ocasiones que pasarían, en busca de mejorar la prestación del servicio de transporte y satisfacer las necesidades de la población; pero la empresa concesionaria no estaba de acuerdo con la modificación unilateral, pues indicaba que en una de las cláusulas ya se había fijado el número mínimo de trenes y que como ya se había pactado el número o cantidad de trenes

²¹³ LONG, Marceau. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Paris: Dalloz, 2017. p. 141.

²¹⁴ GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Derecho procesal administrativo. 3a ed. Bogotá: Ibáñez, 2015. p. 315.

²¹⁵ MORAND DEVILLER, Jaqueline. Curso de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 504.

el Estado no podía modificar la cláusula del contrato, entonces, lo que solicitaba la empresa es que existiera una armonización entre el reglamento que le concedía este tipo de derechos al Estado y las cláusulas previamente pactadas, pues “es un mínimo que no puede ser modificado sino por el acuerdo recíproco de las partes”.²¹⁶

Bajo estos supuestos fácticos, el comisario de gobierno Léon Blum planteó una teoría general de poderes enfocándose en el contrato de concesión, que luego fue acogida por el Consejo de Estado Francés, la cual presenta los siguientes comentarios:

“... es evidente que las necesidades de un servicio público de esta naturaleza se deben satisfacer, por lo tanto las necesidades de su explotación no tienen un carácter invariable, el Estado no puede desinteresarse del servicio público de transporte una vez se concede, pues se trata de un servicio público. La concesión representa una delegación lo que quiere decir que es un modo de gestión indirecta, y no puede abandonarse, entonces el Estado puede intervenir si es necesario en busca de una mejor prestación del servicio, por lo que no solo se puede tener en cuenta las condiciones del contrato sino también los derechos legales”.²¹⁷

En estricto sentido dice, que debe existir una correlación equitativa entre las prestaciones y que la compensación es una forma de lograr la unidad financiera del contrato, en la medida que los derechos otorgados unilateralmente a la entidad, no pueden desconocerse por el contenido del mismo, puesto que se trata de un mandato legal.

Entonces, aquí se observa como reconoce que el Estado debe tener unos derechos o unos poderes que le permitan satisfacer las necesidades de la población y lograr una efectiva prestación de los servicios públicos, lo cual tiene expresión en el “principio de mutabilidad de los contratos administrativos”²¹⁸; pero también junto a estos derechos, el

²¹⁶ LONG, Marceau. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Paris: Dalloz, 2017. p. 115.

²¹⁷ LONG, Marceau. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Paris: Dalloz, 2017. p. 116.

²¹⁸ SHIMABUKURO TOKASHIKI, Nestor Raúl. El principio de mutabilidad o flexibilidad en la modificación del contrato de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura suscrito en el marco jurídico de asociaciones público - privadas. *En*: Revista Derecho & Sociedad. Octubre, 2015. no. 45. p. 16: “La ingente doctrina clásica del contrato administrativo ha señalado que el principio que predomina en la ejecución contractual para salvaguardar la satisfacción de las necesidades públicas comprometidas es el de mutabilidad, el cual consiste sin más en la atribución de la potestas variandi por parte de la Administración pública, quien podrá variar los términos y condiciones del contrato de manera unilateral o prescindiendo de toda renegociación, por razones de interés público, a efectos de tutelar y garantizar la satisfacción de las necesidades colectivas”.

contrato no se puede convertir en un mecanismo que solo otorgue beneficios a la entidad, por lo que igualmente en sus comentarios el comisario reconoce que ante la utilización de dichas facultades, debe prevalecer la equivalencia del contrato, lo cual hace de la siguiente forma:

“... si la economía del contrato se encuentra quebrantada por el uso del poder de intervención y si algún elemento del mismo se encuentra distorsionado dentro del equilibrio de ventajas y cargas, de obligaciones y derechos, nada impedirá al concesionario de recurrir al juez del contrato, él demostrara que la intervención así haya sido apropiada para el caso y así fuera obligatoria, ha causado un daño cuya reparación se debe...”²¹⁹

En este sentido, aunque existan unos poderes unilaterales, necesarios para que el Estado pueda prestar correctamente los servicios públicos, el contratista no puede quedar desprotegido, ya que debe existir una equivalencia entre las ventajas y cargas, entre los derechos y las obligaciones, pues si al Estado se le dan unos derechos, al contratista también se le deben otorgar unas garantías equivalentes; así las cosas, el Estado puede intervenir en el contrato y variar las cláusulas inicialmente pactadas con una finalidad de garantizar el interés general, pero si con esa intervención el contratista resulta afectado patrimonialmente por la variación en el contrato, está en todo el derecho de solicitar el restablecimiento de las alteraciones económicas causadas.

Finalmente, lo que presenta es una separación entre los efectos que tiene el uso del poder de intervención en el contrato administrativo, por un lado el litigio de legalidad, donde le permite al contratista presentar un recurso por exceso de poder y por otro lado el litigio del contrato, que se refiere al examen preciso de las afectaciones que causó la entidad contratante con la utilización de las facultades unilaterales, que correspondería a lo que se conoce como plena jurisdicción.²²⁰

Dichos comentarios fueron acogidos por el Consejo de Estado Francés, en los mismos términos, es decir que aunque existen unos derechos del Estado otorgados legalmente que le permiten variar las condiciones del contrato, los mismos no pueden desconocer los intereses y los derechos que tiene el contratista como parte dentro del negocio

²¹⁹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis, 2015. p. 40.

²²⁰ LONG, Marceau. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Paris: Dalloz, 2017. p. 120.

jurídico, de manera que se reconoce la posibilidad de que sea restablecido el equilibrio económico que ha sido alterado por medio de la figura de la compensación.

En pocas palabras, si bien se reconoce la posibilidad de realizar variaciones en el contrato por el poder de intervención del Estado en el mismo, también se acepta que las afectaciones económicas causadas por dicha intervención no pueden quedar así, sino que la parte perjudicada o afectada tiene todo el derecho de que se le restablezca el equilibrio económico del contrato; textualmente señala “la compañía, si cree fundada su reclamación, puede presentar una demanda de compensación por los perjuicios causados”.²²¹

Como se puede percibir, este fallo es un elemento fundamental para empezar a hablar del principio del equilibrio económico y las potestas variandi (potestades excepcionales), puesto que en un primer momento reconoce la existencia de estas dos instituciones y afirma que las mismas no pueden pasarse por alto en los contratos que celebra el Estado, en la medida que la mutabilidad del contrato permite garantizar la prestación de los servicios públicos y satisfacer las necesidades e intereses generales, y el equilibrio económico garantiza el principio de igualdad entre las partes contratantes y la equivalencia económica dentro del negocio jurídico, es decir, una prestación igual a la contraprestación, por lo que los derechos tienen que ser equivalentes a las obligaciones y no es admisible que una de las partes tenga más derechos o más obligaciones que la otra bajo los parámetros de dicho principio.

Luego, en un segundo momento, el Consejo de Estado introduce la solución para armonizar estas dos figuras, pues las potestades excepcionales lo que hacen es permitir que se varíen las condiciones del contrato y la ecuación financiera tiene como objetivo que dichas condiciones y prestaciones durante todo el tiempo permanezcan inalteradas, por lo que se propone la solución que ante el uso de dichas facultades, correlativamente se reconoce el derecho del contratista quien es el que resulta afectado, de solicitar una reparación o restablecimiento del equilibrio económico, como una especie de

²²¹ LONG, Marceau. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Paris: Dalloz, 2017. p. 117.

compensación equivalente a la afectación que se causó con la variación de las condiciones del pacto o acuerdo.²²²

Todo lo anterior lo enuncia el fallo del Consejo de Estado Francés a que he venido haciendo alusión en referencia a un contrato de concesión, pero que se puede asimilar a cualquier contrato que el Estado pudiera realizar, es así que surgen dos figuras en la contratación pública que actualmente tienen total relevancia, el equilibrio económico en los contratos públicos, o como lo denomina la equivalencia comercial o ecuación financiera, en los términos de la “honesto equivalencia entre lo que se le concede al concesionario y lo que se exige”²²³ y por otro lado los poderes unilaterales del Estado en los contratos que le permiten intervenir y variar las condiciones del mismo, bajo la figura del principio de mutabilidad.

En pocas palabras, cuando se habla del origen de las potestades excepcionales como una alteración del equilibrio económico del contrato, se debe partir del origen del principio del equilibrio económico, el cual es netamente francés, desde el fallo de 1910 del Consejo de Estado y los comentarios del Comisario de Gobierno Léon Blum.

En Colombia, la teoría del equilibrio económico en relación a las potestades excepcionales como una causal de su rompimiento, se materializó por primera vez en la Ley 19 de 1982, que fue la norma que consagró el deber de reconocer las alteraciones económicas al contratista por parte de la entidad estatal por los efectos de la utilización de las potestades excepcionales²²⁴; luego el Decreto 222 de 1983 presentó dentro de los principios de la contratación las potestades excepcionales²²⁵ en su título IV y reiteró lo expuesto en la ley previa, donde a los poderes unilaterales de la Administración se les

²²² LONG, Marceau. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Paris: Dalloz, 2017. p. 117.

²²³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis, 2015. p. 40.

²²⁴ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999. p. 420.

²²⁵ Decreto 222 de 1983, Artículo 18: “Los contratos administrativos que se celebren con posterioridad a este estatuto, se rigen por los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales por parte de las entidades públicas que los suscriban, conforme a las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

denominó cláusulas exorbitantes limitándolas a tres eventos: la interpretación, modificación y terminación unilateral; y en el mismo sentido, se obligaba a la entidad a indemnizar al contratista por los perjuicios causados por la utilización de las cláusulas de modificación y terminación.

Finalmente la Ley 80 de 1993, recoge todo lo que se había previsto en su artículo 14, donde se mencionan las cláusulas exorbitantes bajo el nombre de cláusulas excepcionales como mecanismos idóneos para lograr el cumplimiento de los contratos estatales y la prestación de los servicios públicos, previendo la situación de que las mismas pueden generar la alteración de la equivalencia económica del contrato y que por tal razón, surge una obligación de reparar o compensar al contratista por los perjuicios o alteraciones económicas ocasionadas con el uso de las mismas, ya sea por medio de una indemnización o compensación dependiendo el caso.

En conclusión, en el derecho colombiano, siguiendo los pasos del derecho francés, al igual que se reconoce la figura de las potestades excepcionales como poderes dados a las entidades públicas que actúan como parte en el contrato, también se acepta el derecho del contratista de ser reparado por las afectaciones que llegaren a causarle las potestades excepcionales.

2.2 Las cláusulas excepcionales en el derecho colombiano como causales generadoras del rompimiento del principio del equilibrio económico y financiero del contrato estatal

En el derecho colombiano, las potestades excepcionales bajo el nombre de cláusulas excepcionales, como figuras encaminadas a garantizar la debida ejecución del contrato estatal, en cabeza de las entidades públicas en su posición de parte, se han presentado taxativamente en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y son las siguientes: Modificación, interpretación, terminación, caducidad, reversión y aplicación de las leyes nacionales.

Pero aparte de estas cláusulas, es preciso mencionar que la ley le ha otorgado a las entidades públicas muchas más potestades, con las mismas características de las

cláusulas excepcionales, es decir, facultades dadas únicamente a las personas jurídicas del Estado como parte dentro del contrato para lograr su debido cumplimiento, es el caso de los poderes de control y dirección²²⁶, de la potestad de auto tutela declarativa²²⁷ (el poder de declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato y ordenar la efectividad de las garantías previstas sin la aquiescencia previa del asegurador y sin necesidad de acudir al juez del contrato, mediante la expedición de un acto administrativo, con lo que técnicamente se configura el siniestro²²⁸), la facultad de liquidar unilateralmente el contrato²²⁹ en los casos en que previamente no se llegue a un acuerdo entre las partes co-contratantes, entre otras.

De la misma forma, en la doctrina francesa se han presentado como un conjunto de poderes unilaterales así como lo menciona Christophe Guettier:

“el régimen jurídico del contrato administrativo genera para la administración como parte contratante unos poderes que le permiten intervenir en la ejecución del contrato, de la forma como acabamos de ver, para controlar la ejecución, y en ciertos casos como lo vamos a ver para aportar modificaciones a las condiciones contractuales iniciales”.²³⁰

Y aunque la jurisprudencia y la ley en el derecho colombiano les han dado un tratamiento distinto a las del artículo 14²³¹, al igual que la modificación, la interpretación, terminación, etc., se trata de poderes unilaterales, exorbitantes y excepcionales al derecho común, puesto que es muy inusual que se presenten en el derecho privado y en algunos casos es imposible.

Es más, pese a que no es la tendencia por la que actualmente ha optado el Consejo de Estado, previamente a la expedición de la Ley 80 de 1993, en sentencia de 1992 presentó dichas potestades sin discriminación alguna de la siguiente forma:

²²⁶ GUETTIER, Christophe. Droit des contrats administratifs. Paris: Thémis, 2011, p. 430.

²²⁷ GIL BOTERO, Enrique. Tesouro de responsabilidad contractual de la administración pública. t. II. Bogotá: Temis, 2015. p. 323.

²²⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 13598. (24 de mayo de 2001). C. P. Ricardo Hoyos Duque.

²²⁹ GIL BOTERO, Enrique. Tesouro de responsabilidad contractual de la administración pública. t. II. Bogotá: Temis, 2015. p. 322.

²³⁰ GUETTIER, Christophe. Droit des contrats administratifs. Paris: Thémis, 2011, p. 434.

²³¹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 24697. (24 de octubre de 2013). C. P. Enrique Gil Botero.

“... en materia de contratación pública la administración contratante posee poderes exorbitantes o inusuales a los que las partes tienen en el contrato privado, poderes que le permiten terminar, caducar el contrato, modificarlo o interpretarlo en forma unilateral, y cuando para el efecto no se haya podido poner de acuerdo con su contratista. Poderes igualmente le permiten liquidarlo de igual manera y en ciertas circunstancias declarar su incumplimiento”.²³²

Entonces, como se puede evidenciar, todos los poderes mencionados son prerrogativas unilaterales y exorbitantes, imposibles en unos casos y en otros inusuales en el derecho privado como se ha hecho referencia; lo que pasa es que la Ley 80 de 1993, y la jurisprudencia posterior del Consejo de Estado, Sección Tercera les han dado una denominación y tratamiento distinto a los presentados en el artículo 14, ya que en general se habla de poderes unilaterales de la Administración, pero los expuestos en el artículo mencionado tienen la categoría de cláusulas excepcionales.

A modo de ejemplo, una sentencia de 2015 con ponencia del Magistrado Jaime Orlando Santofimio expone la clasificación de las cláusulas excepcionales luego de explicar la necesidad de su aplicación, así:

“Según lo establece el artículo 365 de la Constitución Política ‘los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado’, y es deber de éste ‘asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional’, que ‘podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares’ y que ‘en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

Esta consagración superior encuentra cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, al disponer que: ...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 colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

De otro lado, la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales, consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley.²³³

²³² COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 6661. (4 de mayo de 1992). C. P. Carlos Bentancurth Jaramillo.

²³³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El contrato de concesión de servicios públicos: Coherencia

Pues bien, de este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno, que el contrato estatal se constituye en un instrumento de la Administración para la satisfacción de las finalidades estatales, pues por medio de éste, el Estado persigue la adecuada prestación de los servicios públicos en colaboración con el contratista”.²³⁴

Por lo que solo se toman a las cláusulas excepcionales, o como en la sentencia se nombran exorbitantes únicamente a las presentadas en el artículo 14 y sus artículos siguientes, dejando por fuera otros poderes unilaterales como la declaratoria de incumplimiento o la liquidación unilateral o las cláusulas de multas o penal pecuniaria; situación que pienso no es correcta, en la medida que cuando se habla de potestad se habla de derechos o facultades o poderes unilaterales y cuando se refiere a excepcional hace alusión a que son inusuales o imposibles en el derecho común y en este sentido no solo la modificación, terminación, interpretación, la declaratoria de caducidad, la aplicación de las leyes nacionales y la reversión corresponden a esta categoría, sino que las potestades de declaratoria de incumplimiento, liquidación unilateral y en general las potestades sancionatorias se pueden incluir en esta clasificación, en la medida que todas son facultades o poderes otorgados por la ley de forma unilateral a las entidades estatales como parte en un contrato, en busca del cumplimiento del mismo, siendo todas excepcionales al derecho privado.

De tal forma, pienso que la categoría de potestad excepcional no es restrictiva y taxativa como lo menciona la Ley de Contratos Públicos en el artículo 14, puesto que existen otras potestades que así no se mencionen en el mismo tienen las mismas características de la modificación, interpretación, terminación, etc.

Para la presente investigación teniendo en cuenta la aclaración previa, se desarrollarán únicamente algunas de las potestades excepcionales previstas en el artículo 14 bajo el nombre de cláusulas excepcionales, haciendo énfasis en el impacto económico que tienen las mismas cuando son utilizadas en un negocio jurídico, pues como se ha tratado

con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos [en línea]. Tesis de Doctorado. [citado el 04-01-18]. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8339/tesis_santofimio_2010.pdf?sequence=1&isAllowed=y

²³⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 33244. (29 de abril de 2015). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

de desarrollar, generan alteraciones en las condiciones económicas del contrato cuando son aplicadas, desafiando los principios del equilibrio económico y financiero y de igualdad (al concederle más prerrogativas a una de las partes co-contratantes); lo que sucede, es que no todas tienen las mismas consecuencias y si bien es normal que alteren las condiciones y prestaciones inicialmente pactadas no en todos los casos se puede hablar de un desequilibrio económico o el rompimiento de la ecuación financiera del contrato.

Es más, Libardo Rodríguez presenta unas condiciones generales para que una circunstancia incluyendo las potestades excepcionales rompa el equilibrio económico de los contratos, siendo las siguientes: un hecho externo al contrato o atribuible a alguna de las partes contratantes (uso de una potestad excepcional por parte de la entidad pública), que se genere una consecuencia económica de estos hechos, los cuales deben ser posteriores a la presentación de la propuesta o celebración del contrato (que la potestad excepcional sea utilizada posteriormente a la celebración del contrato y que a causa de la utilización de la misma se genere un efecto tal que altere las condiciones económicas), y finalmente que se produzca una afectación de forma grave y anormal de la económica del contrato (que por el uso de la potestad excepcional, las condiciones económicas del contrato y las prestaciones cambien y por lo tanto se generen afectaciones económicas graves al contratista)²³⁵; por tanto, aunque ciertos autores consideran que con la simple alteración en la economía del negocio jurídico sin importar la gravedad de dicha afectación genera el rompimiento del equilibrio económico, considero que para que exista un verdadero quebrantamiento de las condiciones económicas y prestaciones debe presentarse una alteración grave de las mismas, lo que sucede es que como se trata de una causal atribuible a la entidad estatal en la mayoría de los casos la reparación va ser superior en comparación a los hechos externos que no son atribuibles a ninguna de las partes, y de esta forma lo ha previsto el Consejo de Estado:

“Por otra parte, las circunstancias determinantes de la alteración del equilibrio económico del contrato, como suficientemente se sabe, pueden derivarse de hechos o actos

²³⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis, 2015. p. 46.

imputables a la Administración o al contratista, como partes del contrato, que configuren un incumplimiento de sus obligaciones, de actos generales del Estado (hecho del príncipe) o de circunstancias imprevistas, posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes.

Sin embargo, debe recordarse que en todos estos eventos que pueden dar lugar a una alteración del equilibrio económico del contrato es indispensable, para que se abra paso el restablecimiento, la prueba del menoscabo y de que este es grave y que además no corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales”.²³⁶

De modo que, es importante determinar en cada cláusula excepcional, si con su utilización se generan variaciones de tal trascendencia en el contrato que ocasionen el rompimiento del equilibrio económico o si por el contrario su impacto no incide gravemente en la ecuación financiera de la relación contractual.

2.3 Cláusulas excepcionales según el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y su incidencia en el rompimiento del equilibrio económico del contrato

Las potestades excepcionales en la denominación de cláusulas excepcionales determinadas en el artículo 14 del Estatuto de Contratación Pública son seis, interpretación, modificación, terminación, caducidad, reversión en los contratos de concesión y la aplicación de las leyes nacionales, pero de las mismas las que tienen real incidencia en la economía del contrato son las cuatro primeras, por lo que serán las que se procederá a analizar:

2.3.1 Interpretación unilateral

La interpretación unilateral está presente en el artículo 15 de la Ley de Contratos Públicos que textualmente dice:

“Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente

²³⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 55855. (23 de octubre de 2017) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia”.²³⁷

De dicho artículo se pueden resaltar dos puntos, los supuestos fácticos y los supuestos procesales para que pueda aplicarse la cláusula de interpretación unilateral.

Respecto a los supuestos fácticos, la norma menciona que si durante la ejecución del contrato surge una diferencia entre las partes sobre las estipulaciones del mismo, en el caso de una cláusula obscura, ambigua o contradictoria podrá la entidad pública como parte, interpretarla, ya sea esclareciéndola o dándole un sentido para garantizar la continuidad del contrato; pero solo si el contenido de esas estipulaciones es de tal relevancia que pueda llegar a generar afectaciones graves en la prestación del servicio público y hasta paralizarlo, pues no habría ningún sentido que la entidad estatal unilateralmente interpretara estipulaciones contractuales que no tuvieran ninguna incidencia o una incidencia mínima en el cumplimiento del contrato y por lo tanto en la prestación del servicio público, puesto que la razón de ser de la existencia de esta cláusula excepcional, es garantizar claramente el cumplimiento del contrato, pero más allá del cumplimiento, garantizar la prestación del servicio público que se busca con el negocio jurídico y así satisfacer el interés general.

Frente a los aspectos procesales, enuncia el artículo, que primero se debe intentar llegar a un acuerdo entre las partes contratantes, y en el caso en que no se llegue a dicho acuerdo es que se podrá interpretar el contrato unilateralmente (siempre y cuando cumpla con los elementos fácticos presentados en líneas anteriores) por medio de un acto administrativo motivado²³⁸, que será sujeto del recurso de reposición de acuerdo a lo previsto en el artículo 14 si la parte co-contratante lo ve necesario, situación en la cual los efectos de la interpretación resultarán suspendidos hasta que la entidad resuelva el recurso presentado por el contratista; pero además, de la acción de controversias contractuales si el contratista no está de acuerdo con el acto administrativo que declara

²³⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094, art. 15.

²³⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1514. (8 de noviembre de 2000). M. P. María Victoria Sáchica Méndez.

la interpretación del contrato estatal y con el acto que resuelve el recurso de reposición, ya sea porque la entidad no tenía la facultad para utilizar la cláusula excepcional de interpretación o la aplicó extemporáneamente, porque los supuestos fácticos necesarios no se configuraron, o no se cumplió con el debido proceso, etc.

La interpretación como facultad de las partes co-contrantes no es exclusiva de los contratos públicos, puesto que en los contratos privados también es posible interpretar el contrato (pero solamente mediante el acuerdo de las partes)²³⁹, ya que muchas veces durante su ejecución surgen dudas sobre las estipulaciones pactadas, por lo que pueden en algunos casos llegar a ser contradictorias, confusas, o ambiguas y afectar el correcto funcionamiento del negocio jurídico, por esta razón las partes deben intervenir, porque de no ser así se causaría en la mayoría de los casos una paralización del contrato; por ejemplo, si en un contrato de obra de un edificio, en una cláusula dice que será de diez pisos, pero posteriormente en otra estipulación se hace referencia a un edificio ya no de diez pisos sino de nueve, entonces sería una cláusula contradictora que si las partes no aclaran, surgirían posteriormente controversias causando hasta la paralización de la ejecución del mismo.

Pero la diferencia entre el derecho privado y el derecho público, es que en el primero el contratante y el contratista deben llegar a un acuerdo de cómo se interpretará el contrato ante las estipulaciones que no se tiene claridad y de no llegar a tal acuerdo el juez será quien interprete esas estipulaciones ambiguas, contradictoras etc.; en cambio en el derecho público, se da la posibilidad de que si las partes no se ponen de acuerdo sobre la forma como se interpretará determinada parte del contrato, no se recurrirá al juez, sino que la entidad pública contratante podrá bajo su potestad unilateral de interpretación

²³⁹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 5973. (15 de febrero de 1991). C. P. Carlos Betancur Jaramillo. Menciona: *“El poder de interpretación que tienen las partes de un contrato no se discute, ni en el derecho privado ni en el público. El mismo código civil en sus artículos 1618 y siguientes trae una serie de normas orientadoras a ese respecto.*

Y es obvio que así sea porque en la ejecución y cumplimiento de los contratos pueden surgir discrepancias o dudas sobre el alcance de ciertas cláusulas o frases que entorpezcan su desarrollo. Discrepancias o dudas que deben ser despejadas, en primer término por las mismas partes y que en última instancia será el juez el que las despeje cuando aquéllas no hayan logrado un acuerdo y como consecuencia se haya producido el rompimiento de la relación negocial”.

darle claridad a la estipulación sujeta de la controversia (facultad que en ningún momento puede ser ejercida unilateralmente por el contratista²⁴⁰), siempre y cuando aquella parte del contrato que es ambigua, confusa, contradictoria y que se pretende interpretar tenga una gran relevancia, en el sentido de que si no se interpreta puede ocasionar el incumplimiento del contrato y por lo tanto afectar la prestación de servicio público.

Un elemento del que hay que tener claridad, es que cuando se habla de interpretación, no se puede confundir con la modificación²⁴¹, puesto que, lo que se busca con esta potestad excepcional es que aquellas cláusulas que no son claras, ya sea porque son ambiguas, porque son confusas o porque son contradictorias, se les dé un alcance sin llegar a cambiar las condiciones del contrato, para garantizar la continuidad del mismo.

De esa forma lo ha expresado el Consejo de Estado cuando ha dicho “la Administración contratante so pretexto de interpretar un contrato no puede modificarlo ni en todo ni en alguna de sus cláusulas”²⁴², de manera que, las estipulaciones inicialmente pactadas bajo la cláusula de interpretación deben permanecer y en ningún momento su contenido puede variar, simplemente lo que hace la entidad estatal es determinar cómo se debe entender esa estipulación que no es clara para garantizar la continuidad del negocio jurídico.

Por ejemplo, si en un contrato de explotación de un recurso natural, las partes pactaron la zona donde se realizaría esa explotación, pero no se delimitó la zona en cuestión, probablemente dicha cláusula obscura ocasionara confusiones entre las partes contratantes en la ejecución del contrato, en este caso la entidad estatal si no se llega a

²⁴⁰ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 48061. (22 de octubre de 2015). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Enuncia que está completamente prohibido que el contratista particular interprete unilateralmente el contrato de la siguiente forma “*para la Sala es claro que en la ejecución de un determinado contrato o negocio jurídico de carácter estatal, es totalmente inaceptable que el contratista en su calidad de colaborador interprete unilateralmente las cláusulas inicialmente convenidas en perjuicio de los intereses de la administración, pues en esa hipótesis estaría incumpliendo en esencia lo acordado y con ello estaría vulnerando el principio de buena fe objetiva que debe regir todo contrato o negocio jurídico de carácter estatal.*”

²⁴¹ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 633.

²⁴² COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp 5973. (15 de febrero de 1991). C. P. Carlos Betancur Jaramillo.

un acuerdo con el contratista sobre cómo se delimitará la zona de explotación, podrá emitir un acto administrativo en el que determine como se debe entender la cláusula correspondiente a dicha zona delimitando su alcance; entonces, se trata de darle claridad a estipulaciones ya existentes sin llegar al punto de cambiarlas.

Ahora, la interpretación al igual que el resto de cláusulas excepcionales es considerada una potestad que puede afectar la igualdad en el contrato estatal, ya que es posible que incida en la equivalencia entre los derechos y obligaciones que tienen los contratantes en el negocio jurídico, dándole a la entidad estatal más derechos o si se puede llamar ventajas frente a la otra parte; es por eso que dicha cláusula ha sido sujeta de demandas de inconstitucionalidad, sustentadas en que afecta el principio de “pacta sunt servanda” y la igualdad de las partes en el contrato, luego las controversias que surgieran en el mismo no podrían ser solucionadas directamente por la entidad estatal, sino que se debería recurrir al juez.²⁴³

Debido a lo cual en una sentencia del 2000, la Corte Constitucional respecto a los argumentos anteriormente presentados realizó un examen de si la prerrogativa pública de interpretación unilateral estaba de acuerdo a la Constitución o no, y la argumentación que permitió determinar si estaba conforme a la Carta Política, fue que satisficiera alguna de las finalidades previstas en la misma, “es decir que ésta sea útil y necesaria respecto de la finalidad que persigue y que no comprometa bienes constitucionales más importantes que los que busca promocionar o proteger”.²⁴⁴

Sustentación que claramente se ve reflejada en la interpretación unilateral y en sí en todas las potestades unilaterales, donde lo que se busca con su utilización es garantizar las finalidades presentadas en el artículo 3 de la Constitución Política.

Luego, al analizar la norma en específico, la Corte reconoció que dentro del contrato estatal las partes no entran en una posición igualitaria, pues las entidades estatales

²⁴³ MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 881.

²⁴⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1514. (8 de noviembre de 2000). M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

representantes de la Administración tienen una amplia normatividad que las dota de facultades, no solo en la ejecución del contrato, por lo que si bien esta potestad y en si todas aquellas facultades legales pueden llegar a afectar la igualdad y la equivalencia de las condiciones dentro del negocio jurídico, hay que reconocer que intrínsecamente la Administración tiene más poderes otorgados por la ley que el contratista.

Concluye entonces, que la interpretación unilateral: “resulta razonable pues se asegura el cumplimiento de la Constitución cuando el legislador autoriza a la administración para que la prestación de los servicios públicos no se vea interrumpida mientras se resuelven las diferencias entre la Administración y el contratista sobre la ejecución del contrato”.²⁴⁵

De tal manera, si bien esta potestad excepcional es claramente una ventaja o un derecho que en principio afecta la igualdad entre las partes contratantes al ser una facultad que el contratista no tiene, se encuentra justificada en la medida que se utiliza como una herramienta en busca garantizar el interés general y que la prestación del servicio público no se vea interrumpida por las diferencias que tengan las partes dentro de la ejecución del contrato; entonces se podría considerar como un mecanismo rápido para solucionar los problemas entre las partes contratantes, cuando está de por medio la adecuada prestación de los servicios públicos y la satisfacción de intereses superiores como lo es el interés general; además que la Corte en sus conclusiones luego de reconocer que está justificada la existencia de esta potestad excepcional, dice que para garantizar la igualdad entre las partes contratantes, se procederá a reparar los perjuicios causados hasta un punto de no pérdida en los siguientes términos “Debe tenerse en cuenta, además, que la ley ha previsto que el contratista tiene el derecho de solicitar “que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas” (Ley 80 de 1993 artículo 5° inciso 2 del numeral 1°, artículo 14 numeral 1), con lo cual resulta claro que el interés económico del contratista se ve preservado frente a las decisiones de la administración”.²⁴⁶

²⁴⁵ MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 872.

²⁴⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1514. (8 de noviembre de 2000). M. P. Martha

Pero continuando con el análisis del impacto de la interpretación unilateral en el equilibrio económico y financiero del contrato cuando la misma es utilizada, hay que decir que su aplicación puede incidir en la variación de las condiciones económicas del negocio jurídico y sus prestaciones y por lo tanto en el equilibrio económico y financiero, ya que al aplicarla la entidad estatal le da un alcance a las cláusulas o estipulaciones contractuales inicialmente pactadas, y aunque no se cambia en si el contenido del contrato, el impacto en las prestaciones y condiciones económicas puede ocurrir, puesto que el contratista una vez se expide el acto administrativo de interpretación unilateral y queda en firme, está en la obligación de cumplir el negocio jurídico teniendo en cuenta la interpretación introducida, pues la misma es obligatoria como cualquier cláusula contractual, situación que puede causar mayor dificultad en términos económicos para la ejecución del contenido del contrato, pues en cierta forma se varían las reglas de juego pero la obligación de cumplir con la relación contractual permanece intacta.

Sin embargo al tratarse de la interpretación de estipulaciones ya existentes, en la mayoría de ocasiones el cambio no es trascendental en el contrato, por lo que las condiciones económicas y financieras no se ven afectadas y por consiguiente no existen muchos casos que por la utilización de la interpretación se llegue a romper el equilibrio económico del contrato, en la medida que aunque incide en el contenido del mismo ante las cláusulas ambiguas, contradictorias u oscuras, muchas veces no llega a variar sus condiciones económicas de forma grave, pero en el evento en que por la utilización de la potestad excepcional de interpretación las condiciones económicas y prestaciones del contrato se alteren de una forma trascendental, perfectamente se configura el rompimiento del equilibrio económico y la parte afectada está en todo su derecho de pedir el restablecimiento.²⁴⁷

Otro ejemplo del rompimiento del equilibrio económico en razón a la interpretación unilateral, se presenta cuando en un contrato de obra se incluye dentro de sus

Victoria Sáchica Méndez.

²⁴⁷ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 53785. (10 de noviembre de 2017). C. P. Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia Exp. 18762. (7 de julio de 2011). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

estipulaciones dos tipos de concreto diferentes para la construcción de un muro de contención, sin distinción entre ellos, dándosele el mismo valor, sin especificar la destinación de cada uno dentro de la construcción (los concretos se identifican como concreto simple y concreto ciclópeo), en este caso la entidad estatal si no llega a un acuerdo con la parte contratista perfectamente puede interpretar el contrato, y si con la interpretación el material que es más costoso es el que se va utilizar (el concreto simple es de mayor valor), claramente las condiciones económicas del contrato varían, y se configura perfectamente el rompimiento del equilibrio económico, razón por la cual la parte co-contratante afectada puede solicitar el restablecimiento por medio de la reparación o compensación correspondiente.

2.3.2 Modificación unilateral

La potestad excepcional de modificación unilateral se encuentra desarrollada en el artículo 16 del Estatuto de Contratación Pública que textualmente dice:

“Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo”.²⁴⁸

En este caso a diferencia de la interpretación, ya no se fundamenta la entidad estatal en el contenido del contrato dándole un alcance al mismo, sino lo que busca es variar o modificar las cláusulas o estipulaciones inicialmente pactadas, con el objetivo de evitar la paralización del negocio jurídico y consigo garantizar la prestación del servicio público que se busca con el mismo y a la vez satisfacer el interés general; considerando que esta

²⁴⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094, art. 16.

clase de variación no se puede utilizar de forma deliberada o discrecional²⁴⁹, en la medida que se trata de una cláusula encaminada a cambiar el contenido del contrato estatal y solamente cuando sea estrictamente necesario es que la entidad contratante puede hacer uso de las mismas, bajo los principios de planeación y seguridad jurídica, como lo ha dicho la Corte Constitucional:

“... como se indicó en ese concepto, el que la mutabilidad de los contratos estatales sea posible no significa que pueda llevarse a cabo por la mera voluntad de las partes o de la entidad contratante; por el contrario, la modificación del contrato debe ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica. Por ello la Corte concuerda con la Sala de Consulta y Servicio Civil en que la modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, sustentada y probada, y acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal”.²⁵⁰

Entonces, al tratarse de una medida totalmente excepcional, la misma debe adoptarse únicamente cuando sea estrictamente necesario, es así que la Ley de Contratos Públicos y la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁵¹ han previsto ciertas limitaciones para su ejercicio:

La primera es que si bien la persona jurídica pública cuando vea la necesidad de realizar alguna modificación del contenido del contrato en razón de la necesidad del servicio público la puede hacer durante su ejecución, la variación no puede llegar hasta la sustitución, es decir cambiar totalmente el contenido del contrato, por lo que cuando se realiza una modificación como potestad excepcional, se debe guardar el objeto y la sustancia del negocio jurídico²⁵² según lo ha previsto el Consejo de Estado:

“Toda modificación que la Administración pública pretenda introducir en un contrato

²⁴⁹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE CONSULTA Y DEL SERVICIO CIVIL. Concepto 2263. (17 de marzo de 2016).

²⁵⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300. (25 de abril de 2012). M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁵¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949. (5 de septiembre de 2001). M. P. Clara Inés Vargas Hernández, menciona: “*La modificación unilateral del contrato estatal constituye una facultad que el legislador, en uso de su facultad configurativa, le ha otorgado a la administración cuando ésta actúa como contratante en un negocio jurídico de carácter estatal. Esta prerrogativa pública o privilegio contractual que tiene la administración es de naturaleza reglada, porque para poder ejercerla debe constatar la existencia de los supuestos fácticos previstos en la norma, previa garantía del debido proceso*”.

²⁵² DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 635.

administrativo debe respetar, sobre todo la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto, ya que una alteración llevada a tal extremo significara en realidad la conformación de un contrato diferente, no querido por el co-contratante particular y respecto del cual por tanto no ha mediado consentimiento”.²⁵³

La segunda es el límite sobre el quantum que impone el artículo 16 respecto a la modificación de las prestaciones del contrato, el cual debe analizarse en concordancia con lo previsto en el artículo 40 de la misma Ley 80 de 1993, de la siguiente forma.

El artículo 16 prevé que la entidad estatal podrá modificar el valor del contrato con un porcentaje de referencia del 20% del valor inicial, cuando la modificación sobre pasa dicho valor, la consecuencia es que el contratista puede renunciar a la ejecución del contrato sin ningún tipo de sanción, situación en la cual se procederá por consiguiente a la liquidación del mismo, (teniendo en cuenta que así renuncie al contrato, tiene todo el derecho de pedir la reparación por las afectaciones causadas²⁵⁴). De manera que, en principio la entidad estatal puede modificar en más del 20% del valor inicial corriendo el riesgo que el contratista desista de continuar ejecutando el contrato, situación que si se configura puede ser muy riesgosa para la entidad pública, pues será ella la responsable de cumplir con el objeto del contrato, exonerando de cualquier responsabilidad a la parte contratista.

Pero el cuestionamiento es hasta qué punto habría un límite respecto a la modificación, ya que el artículo 16 simplemente habla de un 20% del valor total del contrato, pero no lo menciona de forma restrictiva como lo acabe de explicar; entonces el artículo 40 de la misma Ley, el cual habla del contenido del contrato, menciona que no se podrá adicionar en más del 50% de su valor inicial, y como la modificación en si se trata de una de las formas en las que se refleja la adición²⁵⁵, es completamente aplicable y en este sentido,

²⁵³ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 4739, 4642 y 5951. (31 de enero de 1991). C. P. Julio Cesar Uribe Acosta.

²⁵⁴ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 635.

²⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300. (25 de abril de 2012). M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Establece: *“particularmente en torno a si las adiciones y prórrogas de los contratos estatales son parte del contrato principal o representan en realidad nuevos negocios jurídicos. La Sala considera que, al menos en lo que respecta al artículo 28 de la ley 1150, no son nuevos contratos sino modificaciones del contrato estatal principal; de ahí que su celebración deba regirse por las reglas vigentes*

en ejercicio de la potestad unilateral de modificación, la entidad estatal solo puede modificar hasta el 50% del valor inicialmente pactado, de modo que, es el artículo 40²⁵⁶ el que verdaderamente le pone un límite al quantum o el valor sujeto de modificación.

Finalmente, la tercera es el objetivo de esta potestad excepcional; es decir, qué se puede modificar en el contrato, y respecto a este aspecto el límite que se presenta normativa y jurisprudencialmente es muy amplio, pues se refiere a que no se cambie el objeto o la esencia del negocio jurídico como se indicó en párrafos anteriores, por lo que todas las cláusulas y estipulaciones pactadas son susceptibles de modificación en principio y solo aquellas que tengan una relación directa y que ocasionen con la variación un cambio en la totalidad del objeto contractual serán las únicas que no son susceptibles de la aplicación de esta potestad excepcional, teniendo presente que la aplicación de la modificación unilateral siempre sea en pro de garantizar la continuidad del negocio jurídico y la prestación de los servicios públicos.

El artículo 16 habla que la modificación como cláusula excepcional se refiere a la supresión o adición de obras, suministros o servicios, por lo que considero que no lo hace de forma restrictiva, sino más bien enunciativa, dándole libertad a la entidad estatal contratante de realizar las modificaciones que ésta considere necesarias y pertinentes; por ejemplo Miguel Marienhoff trata algunos puntos susceptibles de modificación:

al momento del perfeccionamiento del contrato principal”.

²⁵⁶ Ley 80 de 1993, Artículo 40: *“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.*

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.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

Parágrafo.- En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”.

“... la duración del contrato (por ejemplo en una concesión de servicio público, haciendo uso del rescate), sobre el volumen o cantidad de la prestación (así, ante la expansión de una ciudad el concesionaria de una línea de transporte puede ser obligado a extender dicha línea a un radio mayor al previsto en la concesión), y sobre las condiciones de ejecución del contrato (sustituyendo una técnica por otra nueva como ocurrió con los concesionarios de alumbrado a gas que después de haberse comenzado a utilizar la electricidad en la industria fueron constreñidos a adoptarla en reemplazo de aquel primitivo alumbrado a base de gas)”.²⁵⁷

Por lo que cada cláusula o estipulación presente en el negocio jurídico, desde la materia o asunto contractual hasta el tiempo de ejecución es sujeto de modificación, y la única limitación, es que las cláusulas contractuales que sean destinatarias de esta potestad no tengan relación directa con el cambio del objeto o esencia del contrato estatal, ya que si la variación del contenido llega a cambiar dichos elementos ya se trataría de un nuevo contrato; es decir, que la variación de las condiciones no puede llegar a hasta el punto de sustituir el negocio jurídico; y en cuanto al valor contrato, la limitación se dirige a que no se adicione o aumente su valor inicial sino hasta 50% del valor pactado de acuerdo al artículo 40 de la Ley 80 de 1993, con la particularidad de que si se excede el límite del 20% el contratista puede renunciar a ejecutarlo.

Teniendo siempre presente, que toda modificación en los contratos estatales se debe realizar únicamente en razón de evitar su paralización, garantizar su cumplimiento y prestar el servicio público de forma continua e ininterrumpida²⁵⁸ como lo dice el artículo 16 de la Ley de Contratos Públicos, ya que si una entidad estatal aplica esta cláusula excepcional con un interés particular se estaría bajo una actuación ilegal, encuadrada en abuso o desviación de poder.²⁵⁹

Y en cuanto a los aspectos procesales, al igual que la potestad de interpretación, la entidad cuando vea necesario aplicar una modificación de una cláusula del contrato, debe intentar primero llegar a un acuerdo sobre dicha variación con la parte co-contratante, previendo que la norma no menciona el procedimiento y ni cómo se debe estipular en el

²⁵⁷ MARINENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. t. III. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. p. 397.

²⁵⁸ GAUDEMET, Yves. Droit administratif. Paris: lextenso editions, 2012. p. 394-396.

²⁵⁹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 25000-23-24-000-2008-00509-01. (15 de febrero de 2018). C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

contrato en el caso en que se llegue a un arreglo, la Corte Constitucional ha dicho: “No existe una reglamentación en la ley para buscar el acuerdo, de manera que las partes pueden convenirlo, bien sea en una cláusula del contrato o cada vez que fuere necesario”²⁶⁰; por consiguiente, si de forma bilateral las partes pueden acordar la modificación deseada, se introducirá por medio de una cláusula contractual volviéndose obligatoria para las partes co-contratantes.

Pero en el caso en que no se llegue al acuerdo, la entidad estatal podrá realizar la modificación de forma unilateral a través de un acto administrativo motivado, el cual según el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 es susceptible del recurso de reposición si el contratista lo requiere, dando lugar a la suspensión de los efectos de la modificación mientras la entidad resuelve el recurso presentado; además, de la acción de controversias contractuales ante la jurisdicción contencioso administrativa, frente al acto que declara la modificación y el acto que resuelve el recurso de reposición, en el caso en el que el contratista no este conforme con la decisión adoptada por la entidad estatal parte en el contrato.

Un punto relevante, es que al igual que la interpretación unilateral, la modificación es una facultad que únicamente se encuentra en cabeza de la entidad estatal y al no otorgarle este derecho o esta facultad a la otra parte co-contratante, en principio podría llegar a desconocer el principio constitucional de igualdad, en la medida que una de las partes tiene más derechos que la otra, pero como se vio la Corte Constitucional ha reconocido que intrínsecamente la Administración representada en sus entidades estatales como partes contratantes tiene más derechos y facultades que el contratista particular, pues la ley se ha encargado de dárselas claro está en razón del interés público²⁶¹; por lo tanto, así en un comienzo se desconozca la igualdad de las partes dentro del contrato estatal, dicha desigualdad se encuentra justificada en la búsqueda del interés general y la satisfacción de las necesidades generales que se han de satisfacer con el mismo.²⁶²

²⁶⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300. (25 de abril de 2012). M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁶¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1514. (8 de noviembre de 2000). M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

²⁶² COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-499. (5 de agosto de 2015). M. P. Mauricio González Cuervo.

Respecto al impacto que tiene la modificación unilateral en el equilibrio económico y financiero del contrato estatal, considero que es la potestad que más incidencia tiene en cuanto al principio mencionado, ya que cuando la entidad estatal modifica las condiciones inicialmente pactadas, las reglas de juego cambian totalmente; pues a diferencia de la interpretación no se trata de un contenido previo que simplemente se le dio un alcance, sino que se trata de cambiar las condiciones que las partes acordaron en la celebración del negocio jurídico, pero esta vez solo con la voluntad de la entidad pública.

Además que una vez se realice dicha modificación, el contratista continua con la obligación de cumplir con el objeto contratado, pero incluyendo las nuevas condiciones que trajo consigo la utilización de esta cláusula excepcional; circunstancia que claramente lo afecta, en la medida que se le cambian las condiciones o estipulaciones sin que el mismo lo haya querido, y sin que tenga la posibilidad de renunciar a su ejecución, siempre y cuando el valor que se adicione al contrato no sea mayor al 20% del valor inicial (si bien la regla general es que los efectos de ésta y las demás cláusulas excepcionales recaen en el contratista, hay casos en los que la entidad estatal es quien tiene que sufrir las afectaciones de la modificación del contrato).

Entonces, al tener que cumplir con el negocio jurídico bajo otras condiciones, normalmente se causan variaciones económicas que llegan hasta el quebrantamiento de la ecuación contractual, digamos, si en un contrato de ejecución de una obra para destinarla a una concesión de la vía Tunja-Sogamoso, en principio se pactó que tendría una distancia de 200 km, pero luego se modificó unilateralmente a 230km, claramente el contratista tendría que gastar más para que el objeto contratado se cumpla y en este sentido, las condiciones económicas y prestaciones del contrato se verían afectadas, pues no existiría una equivalencia entre la prestación y la contraprestación inicialmente acordada, desconociendo directamente el principio del equilibrio económico y financiero.

Y es que al hacer uso de la modificación o como la doctrina la ha llamado “potestas variandi”, los efectos en la económica del contrato son evidentes, por lo que la equivalencia económica normalmente se ve desconocida como ya se explicó en líneas

anteriores; lo único es que dependiendo las condiciones que se han variado el impacto puede ser distinto, ya que no todas las estipulaciones de la relación contractual son iguales y unas son más trascendentales que otras en la ejecución del objeto contratado, por lo que solamente cuando se trate de una modificación que afecte gravemente la economía del contrato se puede hablar de un rompimiento de la ecuación financiera, así como lo enuncia el Consejo de Estado:

“Ahora bien, dentro de los requisitos necesarios para el reconocimiento de las causas anotadas (como la de las demás) de rompimiento del equilibrio financiero o económico del contrato, está el de la demostración o prueba del hecho que la configura y de la pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato. Es decir, cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo -que debe ser probado- por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato”.²⁶³

Teniendo presente que en todo rompimiento del equilibrio económico por el uso de la modificación unilateral, como en cualquier causal, debe probarse la relación entre el hecho generador de la afectación económica y la afectación como tal, pues muchas veces así existan dentro de la ejecución del contrato las causales del rompimiento, algunas veces no se puede encontrar la relación entre el hecho generador y el daño, y en ese sentido no habría lugar a un restablecimiento, en palabras textuales el Consejo de Estado dice:

“Por eso, bien ha sostenido esta Corporación que debe probarse que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente o se presentó cualquiera de los eventos que afecte el equilibrio económico del contrato y, además, para que resulte admisible el restablecimiento del mismo, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar”.²⁶⁴

Finalmente y a modo de ejemplo la sentencia exp. 52161 del 23 de noviembre de 2016²⁶⁵

²⁶³ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 21429. (29 de octubre de 2012). C. P. Danilo Rojas Betancourth.

²⁶⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 21429. (29 de octubre de 2012). C. P. Danilo Rojas Betancourth.

²⁶⁵ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 52161. (23 de noviembre de 2016). C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

del Consejo de Estado, describe un caso de modificación unilateral en un contrato de concesión en el estadio “El Campín” en Bogotá, celebrado entre el “Instituto distrital para la recreación y el deporte” y la “unión temporal publiestadios”, teniendo como objeto la explotación de las pantallas del estadio; durante su ejecución la entidad contratante introdujo una modificación unilateral al contrato, cambió la ubicación de la pantalla exterior lo que comprendía desmonte, traslado y reubicación, lo cual impidió que durante el tiempo en que se realizó dichas actuaciones, que fue un término aproximado de 7 meses, el contratista “unión temporal publiestadios”, pudiera obtener utilidades por la explotación de esa pantalla, y en ese sentido aunque la actuación de la entidad pública estaba ajustada a la ley, generó afectaciones al contratista, pues este no pudo recibir los réditos por un término aproximado de 7 meses, por lo que se presenta como un claro rompimiento del equilibrio económico del contrato por el uso de la modificación unilateral, caso en el que el Consejo de Estado decidió que el “instituto distrital para la recreación y el deporte” debía reconocerle a la unión temporal el lucro cesante, es decir lo dejado de percibir en el tiempo de la reubicación.²⁶⁶

Y así como la sentencia descrita se presentan muchos más casos en lo que se ha configurado el rompimiento del equilibrio económico por el uso de la potestad de modificación²⁶⁷, lo que evidencia que es una causal que genera un fuerte impacto en la economía del contrato, haciendo la aclaración de que no siempre que la entidad haga uso de la misma, necesariamente la ecuación financiera se tiene que ver quebrantada.

2.3.3 Terminación unilateral

Esta potestad junto con la caducidad, son presentadas en el artículo 14 como mecanismos encaminados a garantizar la prestación de los servicios públicos y en este sentido satisfacer el interés general, al igual que la modificación y la interpretación; pero

²⁶⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 52161. (23 de noviembre de 2016). C. P. Marta Nubia Velásquez Rico

²⁶⁷ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 21573. (18 de julio de 2012). C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia Exp. 18080. (31 de agosto de 2011). C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

se diferencian en que en el caso de la terminación y la caducidad el interés no es continuar con el contrato y lograr su cumplimiento, sino ponerle fin de forma anticipada, ya sea porque los efectos de la ejecución han causado afectaciones que impiden la debida prestación de los servicios públicos o en sí el interés general o porque durante el mismo surgen circunstancias por las que no es necesaria su ejecución, llegando al mismo punto afectar los intereses de la comunidad.

La terminación unilateral es una figura totalmente excepcional, es así que es considerada como una forma anormal de terminar el contrato por diferentes doctrinarios y por el Consejo de Estado cuando expresa “Los contratos administrativos pueden terminar de forma normal o anormalmente. En el primer evento por el cumplimiento del objeto en la forma y el tiempo debido. En el segundo por caducidad o terminación unilateral o vencimiento del plazo antes del cumplimiento del objeto convenido”.²⁶⁸

Entonces, al tratarse de una facultad o potestad extraña a los casos normales de terminación de un contrato, como es el vencimiento del plazo o el cumplimiento del objeto, no puede dejarse únicamente al arbitrio de la entidad del Estado, es decir, que cuando quiera la pueda utilizar, en la medida que se trata de un poder de gran magnitud el que la ley le otorga a la parte contratante dentro del negocio jurídico, por lo que la Ley de Contratos Públicos se ha encargado de establecer las causales taxativas por las cuales es posible la aplicación de la potestad unilateral de terminación, las cuales se enmarcan en garantizar la prestación del servicio público y circunstancias relacionadas con el contratista.²⁶⁹

Pero antes de empezar a explicar el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, el cual se encarga de desarrollar la terminación unilateral como una cláusula excepcional, es necesario aclarar, que no es la única forma que el Estatuto de Contratación Pública prevé para terminar el contrato unilateralmente²⁷⁰, puesto que el artículo 18 por medio de la

²⁶⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 20968. (9 de mayo de 2012). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁶⁹ GIL BOTERO, Enrique. Tesoro de responsabilidad contractual de la administración pública. t. II. Bogotá: Temis, 2015. p. 350.

²⁷⁰ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp.

caducidad también le concede la potestad a la entidad de terminarlo, solo que en este caso es una sanción ante el incumplimiento como se explicará en el título siguiente, y el artículo 45 al igual que los artículos 17 y 18 dota a la entidad contratante del poder para terminar el negocio jurídico pero cuando se haya configurado ciertas circunstancias previstas como causales de nulidad absoluta del contrato, ya no como una facultad sino como un deber, así:

“Artículo 44º.- De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

- 1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;
- 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.
- 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.
- 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y
- 5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley”.

Artículo 45º.- De la Nulidad Absoluta La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación. En los casos previstos en los numerales 1o. 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”.²⁷¹

De manera que, este tipo de terminación unilateral se sustenta en los siguientes aspectos: en un primer momento el artículo 44 dispone las causales de nulidad absoluta, situaciones que si se configuran, es el juez la única autoridad que puede declarar tal nulidad del contrato, pero luego en el artículo 45 después de mencionar que la nulidad puede ser alegada por cualquiera de las partes, obliga a la entidad para que si se

39536. (10 de noviembre de 2017). C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. *Prevé: “Las distintas previsiones legales permiten identificar la “terminación unilateral de los contratos estatales” como un género, dentro del cual, a su turno, se distinguen algunas especies, las cuales participan de ciertas notas comunes, sin que ello signifique que puedan confundirse como una sola y única figura, puesto que -valga aclarar- son muchos y muy variados los aspectos que las diferencian entre sí. Dentro del aludido género se encuentran las siguientes modalidades o especies de la figura: i) la declaratoria de caducidad administrativa del contrato, ii) la terminación unilateral regulada por los artículos 14 y 17 de la Ley 80 y iii) la terminación a cuya aplicación hay lugar cuando se configuran algunas causales de nulidad absoluta del respectivo contrato estatal (artículo 45, inciso 2º, de la Ley 80 de 1993)”.*

²⁷¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094, art. 44 y 45.

configuran las causales 1, 2 o 4, sin tener que recurrir al juez termine el contrato unilateralmente (teniendo en cuenta que no hay restricción alguna respecto al tipo de negocio jurídico en el que se debe configurar la causal de nulidad²⁷²), actuación que no significa que se vaya a declarar la nulidad del mismo, pues la declaratoria de nulidad absoluta es una función del juez únicamente y no de la entidad estatal.²⁷³

Situación que se podría considerar en principio como otra facultad otorgada por la ley a las entidades públicas para que sin necesidad de recurrir al juez, puedan terminar el contrato por ciertas causales que el Estatuto ha previsto como generadoras de nulidad absoluta, por ejemplo celebrar un contrato con una persona que esté incurso una causal de inhabilidad o incompatibilidad, celebrar el contrato con abuso o desviación de poder, etc.

Sin embargo el Consejo de Estado, ha dicho que si bien la entidad estatal como parte puede terminar el contrato unilateralmente por ciertas causales de nulidad absoluta, no se puede asimilar a la potestad excepcional de terminación unilateral del artículo 17 del Estatuto, en la medida que la terminación por nulidad absoluta no es una facultad sino un deber u obligación legal:

“... un deber legal a cargo de las entidades estatales que a la postre se traduce en la obligación de proceder en tal sentido cuando quiera que se presente el hecho o el supuesto de la norma, mientras que la terminación unilateral prevista en los artículos 14 y 17 de la misma normatividad, implica el ejercicio de una facultad por parte de la Administración que por ende conlleva el análisis del evento específico y según la situación podrá determinar la viabilidad de continuar con la ejecución del contrato o definitivamente disponer la terminación del mismo por razones sobrevinientes establecida por la normatividad”.²⁷⁴

Lo que quiere decir, que cuando se habla de la cláusula excepcional de terminación, la

²⁷² COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 39536. (10 de noviembre de 2017). C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Se menciona “*esta modalidad de terminación tiene cabida en relación con cualquier clase de contrato estatal, independientemente de su objeto, siempre que en la celebración del mismo se haya configurado cualquiera de las causales de nulidad antes referidas, sin que su aplicación pueda extenderse, entonces, a otras causales de nulidad absoluta diferentes a ellas*”.

²⁷³ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 652.

²⁷⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 15797. (25 de febrero de 2009). C. P. Myriam Guerrero Escobar.

entidad estatal puede utilizarla o no, su aplicación es optativa, facultativa, de acuerdo a la valoración que el contratante haga del contrato, pero la terminación del artículo 45 se consagra como una obligación a cargo de la entidad estatal, en la medida que si se configura dentro del contrato las causales 1, 2 o 4, surge el deber de terminación y liquidación, independientemente si se solicita judicialmente la nulidad absoluta por cualquiera de las partes co-contratantes.

Cuando se habla de la terminación unilateral del artículo 45 como se ha venido haciendo referencia, no quiere decir que el contrato se haya declarado nulo, en la medida que se trata de una facultad judicial y en ningún caso administrativa²⁷⁵, por lo que ese deber que dispone el artículo, es una reacción inmediata a la configuración de las circunstancias mencionadas en el artículo 44 por parte de la entidad estatal.

Y es que la declaratoria de nulidad tiene muchas diferencias frente a la terminación, empezando por la competencia como ya se ha mencionado, ya que la primera solo puede ser declarada por el juez y la segunda tanto por el juez como por la entidad estatal; pero además, cuando se habla de nulidad absoluta, se refiere a un vicio que afecta el contrato en términos de validez, cuyo propósito es eliminarlo, expulsarlo del mundo jurídico y privarlo de sus efectos²⁷⁶, volver al estado anterior de la celebración del mismo; mientras que la terminación, si bien se utiliza bajo las mismas causales de nulidad absoluta no tiene efectos retroactivos, sino que los efectos del contrato continúan; otra diferencia es que la terminación en todas sus formas tanto normal o anormal resulta viable si el contrato está vigente²⁷⁷, en cambio la nulidad se puede solicitar durante la vigencia del contrato y posterior a ella en la medida que lo que se busca es que el contrato no tenga efecto alguno, además que cualquiera de las partes puede solicitarla mediante la acción contractual al desprenderse de los vicios que puede llegar a tener el negocio jurídico²⁷⁸,

²⁷⁵ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 20185. (24 de marzo de 2011). C. P. Olga Melida Valle de la Hoz.

²⁷⁶ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 653.

²⁷⁷ Como las demás cláusulas excepcionales, sujetas al límite temporal correspondiente al término de ejecución del contrato.

²⁷⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 20185. (24 de marzo de 2011). C. P. Olga Melida Valle de la Hoz. Respecto a quien puede solicitar la

por el contrario la terminación del contrato solo está en cabeza de la entidad estatal contratante, en busca de garantizar el interés general como posteriormente se explicará.

Todo lo anterior para llegar a la conclusión de que la terminación unilateral como cláusula excepcional, la caducidad y la terminación por una causal de nulidad absoluta también se pueden considerar como formas de terminación excepcional y anormal del contrato, de las cuales se resaltan los siguientes aspectos:

“a) el hecho de que en las tres modalidades es la ley la que consagra, de manera expresa, la facultad para que la entidad estatal contratante pueda realizar la declaración respectiva, b) producen el mismo efecto en la relación negocial, consistente en poner fin –de manera anticipada– al respectivo contrato estatal, c) la declaratoria correspondiente constituye un verdadero acto administrativo de naturaleza contractual y, por ende, sujeto a control jurisdiccional, d) es necesario que se proceda a la liquidación del contrato estatal, una vez quede ejecutoriada la decisión correspondiente y f) la terminación unilateral, en cualquiera de sus modalidades, sólo es posible aplicarla en relación con contratos vigentes”.²⁷⁹

Volviendo a la cláusula excepcional de terminación como una potestad que la Ley 80 de 1993 le ha dado a las entidades públicas que es el tema del presente título, hay que advertir que se trata de una facultad legal y en ese orden de ideas la entidad estatal no está en la obligación de utilizarla, sino que valorará su conveniencia para el contrato y para el interés general, ya que lo que se busca con la misma es evitar que el contratista incumpla y se pueda paralizar y/o afectar el servicio público.

Pero aunque se trata de una facultad, no quiere decir que la entidad estatal la pueda introducir en cualquier momento o ejercer como ella quiera, sino que existen circunstancias específicas previstas por la Ley de Contratos Públicos en las cuales se puede aplicar la cláusula de terminación, como textualmente lo dice el artículo 17:

nulidad del contrato dice: *“Es sabido que, las nulidades absolutas constituyen vicios e imperfecciones en las que puede incurrir el proceso de formación de los contratos, de tal gravedad, que impiden que éstos se celebren o se continúen ejecutando. Su declaración pretende proteger el interés jurídico que rodea a la materia contractual, dando lugar a normas imperativas o de orden público que no pueden ser desconocidas ni discutidas por las partes. Por ello, las nulidades absolutas pueden ser demandadas por las partes, el ministerio público y cualquier persona”.*

²⁷⁹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 39536. (10 de noviembre de 2017). C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

“La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

- 1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
- 2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
- 3o. Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista.
- 4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio”.²⁸⁰

Como se puede apreciar, únicamente en los casos mencionados la entidad estatal podrá terminar unilateralmente el contrato, mediante un acto administrativo debidamente motivado²⁸¹, respecto del cual procede únicamente el recurso de reposición y en algunos casos ni siquiera éste, cuando es dictado por una autoridad administrativa en ejercicio de una delegación o desconcentración administrativa, como lo prevé el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 con la modificación de la Ley 1150 de 2007.²⁸²

²⁸⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094, art. 17.

²⁸¹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 23949. (2 de mayo de 2013). C. P. Hernán Andrade Rincón, en cuanto a la motivación de los actos administrativos que declaran la terminación unilateral dice: “Al respecto, cabe recordar que el numeral 7º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, estableció, como una de las expresiones del principio de transparencia, que a excepción de los de trámite, todos los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella deben motivarse “en forma detallada y precisa”; del mismo modo, el artículo 17 *ibidem* dispuso que la terminación unilateral del contrato debe adoptarse a través de un acto administrativo debidamente motivado”.

²⁸² Ley 80 de 1993, artículo 12. “De la Delegación para Contratar. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

Parágrafo. *Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso”.*

La anterior limitación se presenta en razón de que terminar el contrato es un poder de gran magnitud y debe ser la última decisión por la que puede optar la Administración, ya que sus consecuencias en los contratistas son nocivas; entonces, únicamente cuando es estrictamente necesario terminar de forma anticipada el contrato es que esta cláusula excepcional se puede y debe utilizar.

El artículo presenta cuatro causales específicas por las cuales la entidad estatal puede terminar unilateralmente el contrato, la primera hace enuncia que cuando por necesidades de servicio público se requiera o la situación de orden público lo imponga; en principio se podría considerar una causal demasiado general, pues diversos supuestos fácticos se podrían encuadrar dentro de la misma, y así lo ha expuesto el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“la entidad contratante cuenta con un amplio margen de apreciación para establecer, en cada caso concreto, qué tipo de circunstancias tendrían la relevancia y las características necesarias para sustentar la terminación unilateral del contrato en ejercicio de dicha causal. La anterior consideración ha surgido como una consecuencia lógica, inevitable e indiscutible que se desprende de la considerable flexibilidad de los conceptos jurídicos indeterminados de los cuales se valió el legislador para configurar la facultad que puso en manos de la autoridad pública contratante a través del numeral 1º del artículo 17 de la Ley 80 de 1993”.²⁸³

Por esta razón el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha previsto ciertos límites para el uso de la potestad de terminación por la causal primera así:

“... el componente discrecional que incluye la facultad de terminar unilateralmente el contrato estatal con fundamento en la potestad excepcional consagrada en el artículo 17-1 de la Ley 80 de 1993, no exige a la autoridad que la ejerce (i) de cumplir con la exigencia de acreditar que ha satisfecho la carga de argumentación de la decisión, en los términos exigidos por los artículos 209 constitucional y 36 del C.C.A. y (ii) de adoptar dicha determinación solamente en los casos en los cuales existan unos motivos -presupuestos fácticos antecedentes a que se profiera el acto administrativo correspondiente- y se persiga alguna de las finalidades que el ordenamiento jurídico ha previsto como aquellos que justifican el ejercicio de la facultad en mención; y en relación tanto con los motivos como con los fines que pueden sustentar la utilización de la tantas veces mencionada facultad de terminación unilateral, según ya se anotó en este pronunciamiento, incluso la jurisprudencia constitucional ha expresado que debe tratarse de circunstancias sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato -motivos- y que el fin propuesto con la adopción de la medida ha de estar directamente conectado con la idónea

²⁸³ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 23949. (2 de mayo de 2013). C. P. Hernán Andrade Rincón

prestación del servicio a cargo de la entidad contratante y/o con la preservación del orden público”.²⁸⁴

Así pues, para que una entidad estatal pueda terminar unilateralmente el contrato en razón a la causal primera debe aportar argumentos sólidos a la decisión, basados en el interés general y la prestación el servicio público, que permitan concluir que realmente es necesario acabar con el contrato.

Habiendo hecho la anterior aclaración, considero que esta causal es la que más acorde está con la finalidad de las cláusulas excepcionales previstas en el Estatuto de Contratación Pública, pues en general lo que se busca es garantizar la prestación del servicio público y satisfacer los intereses generales y esta causal habla que cuando por exigencias de orden público o necesidades de servicio público se requiera, es decir, que si las circunstancias durante la ejecución del contrato para garantizar la prestación del servicio público y en procura de satisfacer el interés general ameritan su terminación, la entidad estatal lo puede hacer bajo la potestad legal.

Ahora, las causales 2, 3 y 4 más que ir en busca del interés general y la prestación debida de los servicios públicos se trata de causales personales, las cuales recaen directamente sobre el contratista y su situación económica²⁸⁵ por ejemplo, la muerte o incapacidad absoluta, la declaratoria de quiebra, etc., circunstancias que si bien afectan la ejecución y el cumplimiento del contrato y por lo tanto la prestación del servicio público, considero, son circunstancias que van dirigidas a la calidad del contratista, más que a la finalidad propia de las potestades excepcionales, es decir la prestación de los servicios públicos y en general la satisfacción de intereses superiores.

Pero aunque se trata de causales dirigidas al contratista como tal, las mismas pueden generar el incumplimiento del contrato y es por esta razón que se han introducido como causales de terminación unilateral del mismo; es más, en el Decreto 222 de 1983, las preveía como factores que generaban la caducidad, solo que era una sanción demasiado

²⁸⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 23361. (28 de junio de 2012). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁸⁵ GIL BOTERO, Enrique. Tesoro de responsabilidad contractual de la administración pública. t. II. Bogotá: Temis, 2015. p. 342.

severa para hechos que muchas veces se salían de las manos del contratista, ya que además de terminar el contrato la caducidad llevaba consigo una sanción, una inhabilidad.²⁸⁶

Sin embargo, independientemente si las causales que se presentan en el artículo 17 son en razón del interés público o no, únicamente se podrá terminar unilateralmente el contrato si se configuran al estar establecidas legalmente²⁸⁷, y al igual que las demás potestades excepcionales solamente la entidad estatal podrá hacer uso de la misma en aquellos contratos cobijados por el Estatuto y aquellos que sin estar regulados por este se encuentran autorizados, de modo que aquellos que están fuera del régimen de la Ley de Contratos Públicos y que no se encuentran dentro de los contratos en los que es opcional u obligatoria la inclusión de las potestades excepcionales de acuerdo al artículo 14, no es posible la terminación unilateral al igual que las demás cláusulas.²⁸⁸

Otro factor a tener en cuenta, es en qué momento se puede hacer uso de la potestad de terminación unilateral, y respecto a este punto ha habido diferentes posiciones, en principio como toda potestad unilateral es hasta el vencimiento del plazo de ejecución que las partes han pactado, pero la jurisprudencia del Consejo de Estado ha previsto que la terminación no se da necesariamente por el vencimiento del plazo, pues más allá del plazo, la terminación se encuentra supeditada a la ejecución del contrato, lo que quiere decir que mientras sigan existiendo obligaciones por cumplir es posible aplicar la cláusula excepcional de terminación, pero una vez el contrato se encuentre en la etapa de liquidación ya no es posible utilizar esta cláusula excepcional, en la medida que ya no quedan obligaciones por cumplir y por lo tanto, el negocio jurídico ya se encuentra por fuera de la etapa de ejecución, en palabras textuales ha mencionado el Consejo de Estado:

²⁸⁶ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 653.

²⁸⁷ GÚECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Contratos administrativos. 3a ed. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2015. p 324. Quien indica que las cláusulas excepcionales en los términos en que está consagrado el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, no nacen de la voluntad de las partes sino de la ley y por esta razón, no hay cláusulas excepcionales facultativas, sino algunas prerrogativas públicas, con excepción de las multas y la cláusula penal pecuniaria que sí nacen de la voluntad de las partes.

²⁸⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 42408. (21 de noviembre de 2017). C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

“La terminación del contrato no se da necesariamente por el vencimiento del plazo de ejecución, es decir, del termino estipulado por las partes para el cumplimiento del contrato pues de él solo depende la exigibilidad de las obligaciones que emanan del mismo y no su extinción; en primer lugar porque el vencimiento del plazo no fue previsto por el legislador dentro de los modos de extinguir las obligaciones y en segundo lugar porque las obligaciones se extinguen una vez se cumplan”.²⁸⁹

Lo que quiere decir, que la potestad de terminar anticipadamente el contrato es perfectamente aplicable siempre y cuando queden obligaciones por cumplir así ya se haya cumplido el plazo pactado, pero esta posición fue cambiada en el 2008, donde se hizo referencia a la caducidad y se previó que únicamente se puede hacer uso de la potestad excepcional durante el plazo de ejecución del contrato, pues así existan obligaciones posteriores no quiere decir que el plazo de ejecución se extienda y que no sería viable el uso de la potestad excepcional de caducidad y por consiguiente las demás.²⁹⁰

Posteriormente en una sentencia de 2015, haciendo referencia directamente al plazo de la terminación unilateral el Consejo de Estado dijo:

“Anticípese desde ahora que la competencia para terminar unilateralmente un contrato no desaparece cuando vence el plazo, porque es perfectamente posible que posteriormente se configure alguna de las causales legales que conducen a esa decisión. El error de apreciación en este tema radica en no diferenciar el plazo del contrato de la ejecución del contrato, pues si bien lo normal es que un negocio jurídico se cumpla dentro del tiempo previsto -estado usual y, además, esperado por las partes, también cierto que con frecuencia se cumple fuera del plazo: es el caso en que el contratista incumple sus obligaciones, y termina fuera del tiempo convenido.

En este evento aún existe el contrato -por tanto vincula-, pero el plazo está vencido, aunque la ejecución continúa. Nada de lo anterior se opone al derecho ni a la realidad, como implícita o inconscientemente lo entiende la opinión contraria. En estos términos, la terminación unilateral no se supedita al plazo del contrato-pese a que suele coincidir con el-, sino a su ejecución, la cual puede prolongarse vencido el término pactado. Esta posición tiene respaldo irrefutable en el inciso primero del artículo 14 de la Ley 80, que creó estas facultades excepcionales para la dirección general y para la vigilancia de la ejecución del contrato, y se sabe que puede existir contrato aun cuando venza el plazo -salvo que se pactara que con su llegada termina, lo cual requiere pacto expreso-.

²⁸⁹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 10264. (13 de septiembre de 1999). C. P. Ricardo Hoyos Duque.

²⁹⁰ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 17031. (20 de noviembre de 2008). C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

De esta manera, es incorrecto limitar su ejercicio al plazo nominal, pues no recoge el sentido íntegro del contrato, y sobre todo la posibilidad directora del negocio jurídico, en cabeza de la administración. En este sentido, si el Decreto-ley 222 de 1983, y también la Ley 80 disponen que la terminación unilateral se confieren para vigilarla ejecución del contrato, y también para evitar la paralización o afectación grave de los servicios públicos²⁹¹, ¿por qué habría de identificarse estas hipótesis con el plazo del contrato y no con su ejecución, así esté vencido aquél?”²⁹²

Sin embargo, esta no es la postura por la que ha optado el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, pues solamente es dentro de la ejecución del contrato donde realmente se puede introducir la terminación unilateral, en los siguientes términos:

“... para el ejercicio de los poderes exorbitantes constituye un requisito legal el hecho de que el contrato no haya expirado, puesto que, de lo contrario –si ya expiró–, la facultad excepcional de que se trate no lograría satisfacer su finalidad; en otros términos, existe un plazo dentro del cual se puede hacer uso de las facultades excepcionales que llevan a la terminación del contrato por parte del organismo o entidad contratante y éste se encuentra determinado, precisamente, por el plazo de vigencia o ejecución del mismo.

En ese orden de ideas, los organismos y entidades estatales no deben esperar a que venza el plazo de ejecución del contrato para comprobar si se configuró alguna de las causales previstas para que lo de por terminado; todo lo contrario, las normas que consagran esa facultad exigen –como se vio– que el plazo no haya expirado, pues, de ser así, resultaría inane la figura por la sencilla razón de que no se puede declarar terminado algo que ya alcanzó su fin”²⁹³.

De modo que, la terminación unilateral se debe hacer en el término de ejecución del contrato y nunca posterior a este, de acuerdo a la postura tomada por el Consejo de Estado, pero además porque el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 hace referencia a la terminación anticipada, lo que quiere decir, que es antes del vencimiento del plazo acordado en el contrato el momento previsto para poder ejercer esta potestad excepcional; circunstancia distinta es afirmar, que el tiempo de ejecución se puede

²⁹¹ Dispone el numeral primero del art. 14 de la Ley 80, en este sentido, que las entidades públicas: “1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado”.

²⁹² COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 26938. (13 de febrero de 2015). C. P. Olga Melida Valle de la Oz.

²⁹³ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 39536. (10 de noviembre de 2017). C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

prorrogar o ampliar mientras estén pendientes obligaciones por cumplir, respecto a lo que no estoy de acuerdo, en la medida que muchas veces si quedan obligaciones por cumplir luego del plazo es por causa del incumplimiento, entonces no sería razonable dar por terminado unilateralmente el contrato por la falta de una de las partes, así mismo, si el termino de ejecución corresponde al plazo pactado inicialmente para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, solamente la ejecución se podría hacer en ese término y sería ilógico pensar que hay obligaciones pendientes por cumplir.

En cuanto a los aspectos procesales, el artículo a diferencia de la interpretación y la modificación, no menciona que se deba tratar de llegar a un acuerdo con el contratista sobre la decisión que va tomar la entidad estatal en este caso la terminación del negocio jurídico, sino que directamente se podrá hacer uso de dicha potestad siempre y cuando se configure durante la ejecución del contrato alguna de las causales mencionadas en el artículo 17, caso en el cual la entidad estatal deberá expedir un acto administrativo motivado en el cual termina unilateralmente el contrato que se encuentra en ejecución de acuerdo a la causal que se haya configurado; frente a esta decisión así como lo prevé el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se podrá interponer por el contratista el recurso de reposición si lo ve pertinente (situación que causara la suspensión de la decisión hasta que la entidad resuelva el recurso presentado) y claramente la acción de controversias contractuales por vía judicial, al igual que la interpretación y la modificación.

No obstante, considero, que así como el contrato en principio es un acuerdo de voluntades, la terminación debería correr la misma suerte, por consiguiente, primero debería intentarse llegar a un acuerdo con la parte co-contrante y si no es posible, ahí si la persona jurídica pública hacerlo unilateralmente.

Una vez abordado los anteriores criterios de la cláusula excepcional de terminación unilateral, es necesario tratar el tema del impacto económico cuando es aplicada dentro de los parámetros del principio del equilibrio económico y financiero del contrato, porque es a ello a lo que se refiere este capítulo.

La terminación anticipada por alguna de las causales del artículo 17 del Estatuto de Contratación implica primero la finalización del término de ejecución del contrato, y por lo tanto la liquidación para extinguir la relación contractual, teniendo en cuenta que el contrato sigue teniendo sus efectos; pero al terminarse independientemente del momento de ejecución en el que se encuentre y proceder a su liquidación inmediata²⁹⁴ implica probablemente afectaciones al contratista, puesto que así no se trate como en el caso de la modificación o de la interpretación de continuar el negocio jurídico bajo condiciones diferentes, la equivalencia entre las prestaciones y las contraprestaciones claramente no van a ser las mismas en comparación a las inicialmente pactadas, en la medida que se le impide al contratista ejecutar el contrato hasta lograr su cumplimiento, y en este sentido, los gastos en relación a las utilidades serán completamente diferentes.

Por ejemplo, si se había celebrado un contrato de concesión de una mina de carbón, por un término de 4 años y la empresa encargada de dicha explotación había hecho ciertas inversiones en maquinaria, infraestructura y mano de obra para lograr una mejor extracción del carbón de acuerdo a lo acordado; en principio en su ejecución no habría ningún problema pues fue lo que se pactó inicialmente en el contrato estatal, pero si cuando se comenzó la actividad la afectación ambiental para la población aledaña era muy fuerte, y en razón del interés general la entidad estatal decide terminar unilateralmente el contrato, la parte co-contratante encargada de la explotación probablemente no alcanzaría a recuperar su inversión y las ganancias esperadas con la actividad de explotación, por lo que claramente se ocasionaría una afectación económica grave al contratista por causa de la utilización de la potestad excepcional de terminación unilateral, independientemente de que haya sido utilizada para garantizar un interés superior, pues la equivalencia de las condiciones económicas y las prestaciones claramente no serían las mismas, en la medida que el contratista tendría unas pérdidas que si el contrato hubiera continuado no se habrían causado; afectación que no está en la obligación de soportar y que posteriormente deberá ser reparada, pero que no es más que el rompimiento del equilibrio económico del contrato, ante una circunstancia que afectó gravemente la economía del mismo.

²⁹⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 39665. (8 de junio de 2016). C. P. Jaime Orlando Santofimio.

Y así como el ejemplo presentado, el Consejo de Estado ha tenido que abordar varias veces el rompimiento del equilibrio económico y financiero por el uso de la potestad excepcional de terminación unilateral, donde en la mayoría de casos ha generado efectos gravosos en la economía del contrato y en estos términos se ha concedido el restablecimiento del mismo.

Como es la sentencia Exp 52285 de 2017, donde se trató el rompimiento del equilibrio económico en un contrato de concesión celebrado entre el municipio de Tubará y la unión temporal Iluminemos Tubará, en el cual se le había dejado la explotación del alumbrado público del municipio a cambio del mejoramiento del mismo (el cual se hizo dentro de los primeros meses de la ejecución del contrato), operación, mantenimiento y administración, pero al modificarse unilateralmente las tarifas en razón del impuesto al alumbrado público, reduciendo el valor de las mismas, causó la suspensión del contrato al no encontrarse de acuerdo el contratista, y al haberse suspendido por tiempo indefinido y no poder llegar a un arreglo, en busca de garantizar el servicio público, es que la entidad estatal tomó la decisión unilateral de terminar el contrato, pero por otra parte así se encontrara justificada la utilización de la potestad, la unión temporal resultó afectada con dicha decisión, puesto que la misma había hecho una inversión considerable para el mejoramiento del servicio público, es por esta razón que aunque el Consejo de Estado reconoció que la utilización de la potestad de terminación estaba ajustada a derecho, se rompió el equilibrio económico y en ese sentido se le debía reconocer todos los perjuicios causados al contratista.²⁹⁵

Haciendo la salvedad de que así existan situaciones en las que se debe restablecer el equilibrio quebrantado por el uso de la potestad de terminación unilateral, son mucho más frecuentes las veces en que por su uso indebido ya sea por desconocimiento de los aspectos procesales o de las causales o de los contratos en los que es posible su aplicación, se han generado perjuicios a las partes co-contratantes.²⁹⁶

²⁹⁵ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 52285. (3 de agosto de 2017). C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

²⁹⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 39692. (8 de noviembre de 2016). C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia Exp. 33611. (5 de

Debo aclarar de igual forma, que el rompimiento del equilibrio económico del contrato en este caso de la terminación unilateral, se toma en cuenta desde lo previsto en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 y no del artículo 18 que lo desarrollaré a continuación (que se trata de la caducidad por incumplimiento del contratista).

2.3.4 Declaratoria de caducidad

Como ya se advirtió en la potestad excepcional anterior, la caducidad se trata de un tipo de terminación unilateral del contrato con la finalidad de extinguir la relación jurídica existente, pero se diferencia de la terminación unilateral como potestad excepcional en dos puntos esencialmente, el primero es que la causa de la declaratoria de caducidad es por el incumplimiento del contratista, el cual afecta gravemente la continuidad del contrato y el segundo, son los efectos de la aplicación de esta potestad excepcional, pues si bien con la declaratoria de la misma se termina el negocio jurídico y por consiguiente se extingue de la relación contractual, la caducidad lleva consigo una sanción y es la inhabilidad del contratista por haber incumplido el contrato; además que, al tratarse de su falta no surge el derecho a ser reparado de cualquier clase de afectación que se cause por la declaratoria de caducidad, más bien, se configura el derecho de la entidad estatal a hacer efectiva las garantías correspondientes al incumplimiento.

La caducidad es considerada por diferentes doctrinarios y por el Consejo de Estado la potestad excepcional por excelencia²⁹⁷, en la medida que se trata de una facultad unilateral de gran magnitud la que la ley le otorga a la entidad estatal dentro del contrato, puesto que le da el poder de terminarlo en cualquier momento (obviamente cumpliendo el debido proceso y garantizando el derecho de defensa del contratista), sin necesidad de recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando la otra parte co-contratante haya incumplido alguna de sus obligaciones, afectado gravemente la continuidad del negocio jurídico, otorgándole al mismo tiempo una facultad sancionatoria en la medida

diciembre de 2016). C. P. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia Exp. 3130^a. (2 de mayo de 2016). C. P. Danilo Rojas Betancourth.

²⁹⁷ GIL BOTERO, Enrique. Tesoro de responsabilidad contractual de la administración pública. t. II. Bogotá: Temis, 2015. p. 410-412.

que cuando se habla de caducidad, se deben generar las inhabilidades correspondientes como consecuencia del incumplimiento.²⁹⁸

Textualmente la cláusula excepcional sancionatoria que se encuentra prevista en el artículo 18 de la Ley de Contratos Públicos dice:

“Artículo 18. De la Caducidad y sus Efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”.²⁹⁹

Del anterior artículo se pueden extraer varios aspectos de la caducidad como una potestad excepcional en cabeza únicamente de la entidad estatal, así: el primero es, ¿en qué casos la parte co-contratante puede hacer uso de la cláusula de caducidad en un contrato?, para responder esta pregunta es necesario partir de la base que es una potestad que no se puede ejercer de forma deliberada, ni únicamente bajo el arbitrio de la entidad estatal (de allí su carácter excepcional en el derecho común), sino que la Ley de Contratos Públicos en su artículo 18 presenta el caso específico en el cual la entidad

²⁹⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 18553. (25 de mayo de 2011). C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Toma la caducidad como “*la sanción más drástica que la entidad pública contratante le puede imponer al contratista, puesto que no solo entraña el aniquilamiento del contrato para lograr los fines perseguidos en el mismo, en condiciones que garantice la adecuada y continua prestación del servicio, sino que comporta para él la inhabilidad para celebrar contratos con entidades públicas durante el termino fijado por la ley*”.

²⁹⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094, art. 18.

pública parte en el contrato puede hacer uso de la misma en el negocio jurídico, y se trata del incumplimiento de alguna de las obligaciones por parte del contratista; pero dicho incumplimiento no puede ser cualquiera, sino que necesita de los siguientes requisitos para que sea merecedor de la utilización de esta potestad excepcional:

1. Que el contratista durante de la ejecución del contrato incumpla alguna de las obligaciones de forma total o parcial (calidad o cantidad), como ya se mencionó.
2. Que ese incumplimiento afecte gravemente la continuidad del contrato, y por lo tanto la prestación del servicio público o el interés general que se pretende satisfacer.

Pues todo acuerdo de voluntades puede tener varias obligaciones unas a cargo del contratante y otras a cargo del contratista, pero no todas afectan directamente a la ejecución y la continuidad del contrato, y por lo tanto el cumplimiento del servicio público o la satisfacción del interés general (no se puede dejar de lado que al igual que las otras potestades excepcionales se aplican en aquellos contratos que vayan en busca de la prestación de los servicios públicos o garantizar el interés general).

Por lo que el incumplimiento debe ser sobre aquellas obligaciones que afecten de manera trascendental la continuidad del contrato y que la única solución sea terminarlo pues no se podrá lograr su cumplimiento³⁰⁰; por ejemplo, en un contrato de construcción de un puente, es decir de obra pública, la obligación principal del contratante es pagar el precio pactado y la del contratista es realizar la obra acordada hasta su terminación, entonces, todas aquellas obligaciones que el contratista tenga a su cargo y cuyo incumplimiento llegue a afectar la construcción del puente, son las destinatarias de la aplicación de la declaratoria de caducidad, digamos que se habían pactado unos materiales pero el contratista a su arbitrio escogió otros materiales de una menor calidad, y por tal razón la construcción del puente cuesta más trabajo y duración de la que inicialmente se pactó, en este caso la obligación afecta gravemente la continuidad del contrato y probablemente

³⁰⁰ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 26705. (26 de junio de 2014). C. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

su cumplimiento total; y al no poder cumplir de la forma deseada el negocio jurídico, claramente la necesidad o el interés de la población que se pretende satisfacer también se ve afectado, por lo que la entidad estatal perfectamente puede declarar la caducidad del contrato y proceder a su liquidación (eso sí, cumpliendo el debido proceso del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011).

Y es que la caducidad, como potestad excepcional lo que busca, más allá de sancionar al contratista por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, es que el servicio público o el interés general no se afecte con la falta (el incumplimiento) o si llega a verse afectado que los efectos sean los menos gravosos posibles; es decir, tratar de proteger y salvaguardar el servicio público.³⁰¹

En otras palabras,

“... el otorgamiento de la prerrogativa de declarar la caducidad se persigue garantizar que en aquellos casos de grave afectación de los contratos por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, no se interrumpa o paralice la prestación de los servicios y las funciones de las entidades contratantes, sino que con esa terminación anticipada se asegure su continuidad mediante la correcta ejecución del objeto contractual por la correspondiente entidad o por un tercero en reemplazo del contratista incumplido”.³⁰²

3. Que el incumplimiento del contratista no haya sido generado por la entidad estatal.

Es decir, que si por actuaciones u omisiones de la entidad estatal el contratista ha incumplido el contrato, no es posible declarar la caducidad del mismo, pues es la entidad quien ha dado lugar a ese incumplimiento y sería impensable que por su propia falta vaya a ocasionar tales afectaciones al contratista.

Por lo que en aquellos casos en que el contratista incumpla alguna de sus obligaciones, independientemente si es trascendental para el cumplimiento del objeto contratado o no,

³⁰¹ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Legis, 2016. p. 655.

³⁰² SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de derecho administrativo. 8a ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002. p. 569.

si es por causa de la entidad estatal co-contratante, ya sea por una actuación por ejemplo que entregó unos diseños estructurales que tenían errores y por lo tanto no se puede iniciar la obra hasta que los mismos sean corregidos o por una omisión, digamos que no haya pagado la prestación acordada o el anticipo inicialmente pactado, quedará exonerado de la declaratoria de caducidad.

Es más, el Consejo de Estado ha tomado esta figura como una excepción del contrato no cumplido, que se refiere básicamente a que si una de las partes incumple alguna de sus obligaciones pactadas la otra no está en el deber de cumplir las que se encuentren a su cargo, siempre y cuando dichas obligaciones se encuentren relacionadas, es decir que por causa del incumplimiento del co-contratante la otra parte co-contratante no pueda cumplir su obligación; y en este sentido, no sería viable la utilización de la caducidad por parte de la entidad estatal; en palabras textuales ha dicho:

“En el evento que se prueben las condiciones que configuran la excepción de contrato no cumplido se desdibuja el incumplimiento del contratista en que se funda la declaratoria de caducidad del contrato, pues conforme lo establece el artículo 1609 del Código Civil, el contratista no está obligado a cumplir sus obligaciones cuando su co-contratante incumplió las propias”.³⁰³ Llegando a la teoría del mutuo disenso tácito.

En conclusión, para que la entidad estatal dentro de un contrato pueda declarar la caducidad, debe haber un incumplimiento por parte del contratista, que afecte gravemente la ejecución y por lo tanto cumplimiento del contrato celebrado, siempre y cuando dicha falta no haya sido causada por la entidad contratante.³⁰⁴

El segundo aspecto, es si la declaratoria de caducidad cuando se han presentado los supuestos fácticos mencionados anteriormente es obligatoria o por el contrario es facultativa, y el artículo 18 es muy claro respecto a este punto, dice que “si la entidad estatal decide abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado”, por lo que si

³⁰³ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 13415. (15 de marzo de 2001). C. P. Ricardo Hoyos Duque.

³⁰⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 26705. (26 de junio de 2014). C. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

se presenta un incumplimiento por parte del contratista el cual afecte gravemente la ejecución y continuidad del contrato, la entidad estatal deberá valorar qué es lo más beneficioso para alcanzar la finalidad buscada (en este caso prestar un servicio público o en general satisfacer el interés general) si continuar con el contrato; porque aunque el incumplimiento es evidente y la afectación da lugar a la caducidad, el contratista puede cumplir con el objeto contratado adoptando las medidas necesarias para lograr su objetivo o por el contrario terminar el negocio jurídico, declarando la caducidad a causa de ese grave incumplimiento, ya que si la relación jurídica persiste lo único que ocasionará son afectaciones en la prestación del servicio público y el interés general, sin cumplir el objeto contratado.

Y la norma al darle ese carácter opcional a la declaratoria de caducidad, lo que permite evidenciar es que en principio la entidad estatal debe velar porque el contrato continúe así el contratista haya incumplido, ya que más allá del acuerdo de voluntades la entidad estatal en esta clase de contratos tiene un fin superior, el cual se concreta en la prestación de un servicio público o en si satisfacer una necesidad de interés general.³⁰⁵

De modo que, solamente se debe hacer uso de esta cláusula excepcional cuando se configuren los supuestos fácticos mencionados, pero más allá de los requisitos, cuando la entidad estatal vea que es completamente necesario terminar ese negocio jurídico, puesto que si continua afectará la prestación del servicio público o en general la satisfacción del interés general³⁰⁶; ya que cuando se aplica esta cláusula excepcional el contrato se termina y al terminarse la entidad estatal asume la responsabilidad de ejecutar esa obra pública o prestar ese servicio público que se había contratado previamente; en el mismo sentido, debe decidir si lo hará directamente o volverá a contratar para lograr los fines, para lo cual tendrá que surtir todo el trámite del proceso de selección y contratación como si fuera la primera vez, todo lo anterior para decir que con la caducidad también se generan dificultades que pueden dilatar la finalidad del contrato, de manera

³⁰⁵ MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 888.

³⁰⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 24697. (24 de octubre de 2013). C. P. Enrique Gil Botero.

que la entidad debe valorar con todo lo que conlleva, si la caducidad es el mecanismo más óptimo para salvaguardar ese interés general que se pretende satisfacer o si es más beneficioso continuar con la ejecución del contrato.

En pocas palabras, la finalidad de la caducidad es terminar la relación jurídica con el contratista para tratar de lograr el cumplimiento del objeto contratado, el cual sería imposible de ejecutar si el negocio jurídico continuara y así lo ha mencionado el Consejo de Estado cuando dice:

“... es la posibilidad que tiene la Administración para terminar unilateralmente un contrato estatal con efectos hacia el futuro, en ciertos eventos contemplados en la ley, dentro de los que se encuentra el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que repercute seriamente en la ejecución del contrato, con el propósito de desplazarlo o removerlo de manera que pueda asumir aquella directamente la construcción de la obra o la prestación del servicio objeto del mismo o por medio de un tercero que cumpla las exigencias de idoneidad y capacidad necesarias para desarrollarlo...”³⁰⁷

El tercer punto es, cómo la entidad estatal declara unilateralmente la caducidad del contrato, es decir los aspectos procesales; donde al igual que las demás cláusulas excepcionales, la decisión de la declaratoria de caducidad se materializa en un acto administrativo debidamente motivado, y contra este acto procede el recurso de reposición caso en el cual se suspenderán los efectos de la decisión hasta que el órgano competente es decir la entidad estatal resuelva el recurso, y la acción de controversias contractuales frente la jurisdicción contencioso administrativa, donde el contratista si ve que no fue correcta la decisión tomada por la entidad estatal, tanto en el acto administrativo en el que se declara la caducidad como en el que resuelve el recurso de reposición, podrá impugnarlos. Aspectos procesales que se concretan en la garantía del debido proceso y el derecho de defensa del contratista.³⁰⁸

Por otra parte, respecto al trámite que la entidad estatal debe realizar para introducir la declaratoria de caducidad, al tratarse de una sanción, se rige por el artículo 86 de la Ley

³⁰⁷ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 17031. (20 de noviembre de 2008). C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁰⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 53339. (3 de agosto de 2016). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

1474 de 2011³⁰⁹ Estatuto Anticorrupción, donde se expone que en dado caso que la entidad estatal quiera declarar el incumplimiento del contrato deberá llamar a audiencia a la contraparte y exponer los motivos por lo que quiere realizar dicha declaratoria, dando la oportunidad de que la parte que presuntamente incumplió presente sus argumentaciones pertinentes, para finalmente por medio de resolución motivada adoptar la decisión de declarar el incumplimiento del contrato o no; lo que implica que no se trata de una decisión discrecional de la entidad pública, sino estrictamente reglada en su procedimiento, así como en sus causales, siguiendo estrictamente lo que describe la ley.

El último aspecto que hay que resaltar de la norma que desarrolla la declaratoria de caducidad son los efectos que tiene esa decisión administrativa, pues es considerada como una medida drástica que la entidad estatal aplica al contratista³¹⁰ y en este sentido,

³⁰⁹ Ley 1474 de 2011, Artículo 86. *“Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:*

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.”

³¹⁰ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 18553. (25 de mayo de 2011). C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

deberá ser la última decisión que se tome en un contrato, porque en lo posible se debe procurar por mantener la relación comercial.

La potestad excepcional de caducidad va dirigida a terminar unilateralmente la relación contractual existente y todos los efectos hacia el futuro que conlleva la terminación, es decir la liquidación y la extinción de la relación jurídica³¹¹; pero estas no son las únicas consecuencias de su declaratoria, es así que el artículo 18 ha previsto algunas y el Consejo de Estado se ha encargado de concretarlas, podría decirse taxativamente, de la siguiente forma:

“La declaratoria de caducidad en el régimen general del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, tiene los siguientes efectos:

- la entidad contratante podrá tomar posesión de la obra o continuar inmediatamente con la ejecución del objeto contratado bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien, a su vez, le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.
- No habrá lugar a indemnización para el contratista.
- Será constitutiva de siniestro de incumplimiento.
- Habrá lugar a hacer efectivo el cobro de la cláusula penal pecuniaria pactada.
- La liquidación del contrato en el estado en que se encuentre.
- Implica al contratista la inhabilidad para celebrar contratos con las entidades públicas durante 5 años (actualmente prevista en el art. 8 letra c) de la Ley 80 de 1993 y antes en el núm. 2 y párrafo del art. 8 del decreto ley 222 de 1983...

...Este poder exorbitante de caducar el contrato estatal participa de las características propias de las potestades administrativas, es decir, es de orden público, y como tal, inalienable, irrenunciable e intransmisible; goza, por tanto, de autonomía, unilateralidad y proporcionalidad en su adopción, y se ejercita a través de la expedición de actos administrativos debidamente motivados, que pueden ser ejecutados sin necesidad de acudir ante el juez, puesto que involucra el interés público³¹²,³¹³

Entonces, se evidencia como la caducidad como potestad excepcional, le otorga un poder absoluto e irrenunciable a la entidad estatal sobre el contrato, teniendo efectos directos en el contratista, puesto que además de darle el poder de terminar el negocio jurídico

³¹¹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 42105. (14 de septiembre de 2017). C. P. Danilo Rojas Betancourth.

³¹² COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 14431. (27 de noviembre de 2003). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

³¹³ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 17031. (20 de noviembre de 2008). C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

cuando las situaciones fácticas se configuren sin necesidad de acudir al juez competente, le da facultades sancionatorias, en la medida que lleva consigo la aplicación de una inhabilidad por 5 años, dentro de los cuales el contratista que incumplió el contrato no puede contratar con el Estado, y al tratarse de un incumplimiento todas las garantías incluyendo también la cláusula penal pecuniaria se hacen efectivas.

Además, como se puede observar, en los efectos que implica declarar la caducidad en un contrato estatal, es un gran impacto el que se le ocasiona al contratista, por lo que no puede ser una decisión súbita de la Entidad estatal, sino que bajo el principio del debido proceso, se exige el deber de informar a la parte co-contratante de la decisión que se pretende tomar, para que esta justifique sus actuaciones y ejerza su derecho de defensa y solo en este momento, es que se podrá aplicar la cláusula excepcional por medio de un acto administrativo en el cual se explique las razones por las cuales se ha tomado esa medida, como lo ha dicho el Consejo de Estado:

“... pues, siendo una medida de gran trascendencia que comporta no sólo su terminación, sino la inhabilidad del contratista por cinco (5) años para contratar con el Estado, no se puede tomar en forma sorpresiva para él, de manera que debe permitírsele ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales y contradecir las imputaciones de incumplimiento que se le hacen, sin perjuicio de los recursos administrativos y las acciones judiciales que pueda presentar.”³¹⁴

Así, para evitar la vulneración al debido proceso, la Administración con antelación a la declaratoria de caducidad de un contrato debe adelantar un procedimiento en el que se le permita a la parte afectada ejercer su derecho de defensa, que como mínimo consiste en requerir al contratista para que cumpla el contrato y explique las razones de su incumplimiento”.³¹⁵

Todo lo anterior bajo el principio del debido proceso, el cual se encuentra establecido en la Ley 1150 de 2007 en el artículo 16, donde se menciona que “el debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales”.

Aunque de todas maneras, esto ya fue concretado con las previsiones del artículo 86 de

³¹⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 14821. (24 de septiembre de 1998). C. P. Ricardo Hoyos Duque.

³¹⁵ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 24436. (17 de julio de 2003).

la Ley 1474 del 2011 como se indicó anteriormente, pues es allí donde se estableció el trámite para imponer las sanciones a los contratistas, incluida la caducidad.

Ahora, hay un aspecto sobre esta cláusula que ha sido fuertemente debatido y considero es necesario tratarlo, y es ¿Cuál es el plazo que tiene la entidad contratante para declarar la caducidad de un contrato estatal o en qué momento la puede declarar?, para responder esta pregunta hay que advertir que el Consejo de Estado ha cambiado constantemente de posición respecto del momento en que se puede hacer uso de esta y de las demás potestades excepcionales, pero que en el 2008 consolidó una postura que se ha mantenido hasta ahora.

En principio el Consejo de Estado precisaba que la caducidad al tratarse de una terminación anticipada, no podía darse luego del vencimiento del plazo de ejecución del contrato pues el mismo ya había terminado y no se tendría que aplicar este poder exorbitante, por lo que si la entidad estatal emitía un acto administrativo declarando la caducidad del contrato luego del vencimiento del plazo de ejecución se debería declarar nulo por un vicio en la competencia temporal; y la razón principal para tomar esta posición era que al tratarse de un poder exorbitante la limitación debía ser más estricta; así lo precisaba en palabras textuales en una de sus sentencias la Sala de lo Contencioso Administrativo “La exorbitancia que puede ejercer la administración presenta, como lo ha dicho la jurisprudencia, límites temporales. Así, no podrá terminar o caducar el contrato, interpretarlo o modificarlo después de su vencimiento, so pena de que el acto quede afectado de nulidad”.³¹⁶

Pero luego una Sentencia de 1996 cambió esa posición, dando la posibilidad que esta potestad excepcional fuera utilizada luego del vencimiento del plazo de ejecución, en la medida que tuviera siempre como objetivo el interés general y que el contrato así hubiera terminado siguiera teniendo efectos, en palabras textuales mencionaba el Consejo de Estado:

³¹⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 6491. (9 de abril de 1992). C. P. Carlos Betancur Jaramillo.

“... Para el sentenciador tampoco es argumento válido que lleve a desvirtuar la legalidad del acto administrativo demandado, que la caducidad se haya producido cuando ya había expirado el plazo del contrato. Y no lo es pues una cosa es el vencimiento del plazo, y otra la terminación de la relación negocial y es claro que los poderes de la administración pueden ser utilizados mientras siga produciéndose los efectos y mientras haya que salvaguardar los intereses de la comunidad, cuando vencidos los contratos las partes lo renuevan tácitamente”.³¹⁷

Posteriormente, continuando la misma línea en una sentencia de 1999, se le dio la posibilidad a la entidad estatal de que luego de vencerse el plazo de ejecución pactado, pudiera hacer uso de la cláusula de declaratoria de caducidad, argumentando que el vencimiento del plazo no siempre extingue las obligaciones, es más, puede suceder que una vez el plazo termine surjan obligaciones que se deben cumplir, lo que se llama un plazo suspensivo; entonces, luego del término de ejecución pactado pueden existir obligaciones que no se hubieran cumplido, que surgieran en ese momento o que existiera la necesidad de valorar la forma de su cumplimiento y en ese sentido, era totalmente viable la declaratoria de caducidad luego del vencimiento del plazo de ejecución del contrato, es decir, durante el término de liquidación, como lo planteaba el Consejo de Estado al decir:

“...el contrato que se celebra con el Estado tiene dos plazos: uno para la ejecución y otro para la liquidación y que no tienen jurídicamente el mismo alcance las expresiones contrato vencido y contrato extinguido, toda vez que frente al primero la administración tiene la potestad para exigir las obligaciones a cargo del contratista y evaluar su cumplimiento. La extinción del contrato por el contrario, se configura cuando éste ha sido liquidado. En este orden de ideas, no puede estar ausente en la etapa de liquidación del contrato la potestad de autotutela de la administración para declarar su incumplimiento. (...) En conclusión, cuando el contratista de la administración no cumple dentro del plazo establecido en el contrato, es precisamente el vencimiento del plazo el que pone en evidencia su incumplimiento y es este el momento en el que la administración debe calificar la responsabilidad que le incumbe al contratista, de manera que si lo fue por motivos únicamente imputables a él que no encuentran justificación, debe sancionar su incumplimiento”.³¹⁸

De modo que, según esta posición el término para declarar la caducidad no corresponde directamente al plazo de ejecución del contrato, pues si bien puede presentarse el

³¹⁷ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 10833. (6 de junio de 1996).

³¹⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 10264. (13 de septiembre de 1999). C. P. Ricardo Hoyos Duque. Reiterada, entre otras: Sentencia Exp. 15936. (18 de marzo de 2004). C. P. Ricardo Hoyos Duque.

incumplimiento durante el termino pactado, también puede causarse posterior a éste, es decir, en el término de liquidación; en el mismo sentido argumenta la Sala, que es luego del vencimiento del plazo cuando se puede observar si realmente existió un incumplimiento y en este sentido tener la certeza para declarar la caducidad; además que se plantea, que cuando se termina el plazo pactado no quiere decir que el contrato se extinga, por lo que era completamente viable hacer uso de esta potestad excepcional.

Esta postura cambio totalmente en el 2008, donde el Consejo de Estado en una sentencia con ponencia de la Magistrada Ruth Stella Correa se encargó de sentar la postura actual sobre el límite temporal de la declaratoria de caducidad³¹⁹, que en pocas palabras se devolvió a la primera posición adoptada, es decir, que la misma únicamente es posible declararla durante la ejecución del contrato, y en ningún caso la entidad estatal está habilitada para ejercerla luego de que se haya vencido el término para el cumplimiento de las obligaciones pactadas, es decir en la etapa de ejecución.

La Sala da tres razones principales: la primera es la razón de ser de la declaratoria de caducidad, ya que la misma fue pensada en los casos de un incumplimiento grave que impidan la continuidad y por consiguiente el cumplimiento del contrato, causando la paralización en su ejecución; entonces si ya expiro el plazo ya no hay un término ordinario para ejecutar las obligaciones y no tendría ningún sentido declarar la caducidad.³²⁰

La segunda razón, es que la caducidad tiene un fin superior, y es evitar que la afectación del incumplimiento no repercuta o sea lo menos gravosa posible en el servicio público que se deseaba prestar o en la necesidad general que se pretendía satisfacer; corresponde a una respuesta inmediata ante el incumplimiento del contratista, la cual permite que la entidad pueda ejecutar propiamente el contrato o delegar a un tercero esa función volviendo a contratar; pero si el plazo ya venció, ya no existe un impedimento para que la entidad estatal pueda ejecutar el objeto contratado propiamente o vuelva a

³¹⁹COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 17031. (20 de noviembre de 2008). C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

³²⁰ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 17031. (20 de noviembre de 2008). C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

celebrar un negocio jurídico, por lo que la caducidad perdería su objeto.³²¹

La tercera es que el término de liquidación no está pensado para la utilización de esta potestad excepcional, por la siguiente razón:

“... la liquidación del negocio jurídico estatal no está instituida en la ley para sancionar al contratista con la caducidad del contrato, sino para efectuar un balance del estado en que quedaron los derechos y obligaciones de las partes y un corte económico de cuentas, declararse a paz y salvo en relación con las mismas y, por ende, para extinguirlo.

En la etapa de la liquidación no es posible que se presente un incumplimiento de las obligaciones del contratista que pueda conducir a la paralización del contrato, toda vez que la etapa de ejecución del contrato se encuentra ya legal y convencionalmente terminada, precisamente, para que las partes puedan realizar ese corte de cuentas y el balance definitivo de las prestaciones a su cargo y así poder darlo por liquidado”.³²²

Finalmente, la sentencia menciona que en el caso que ciertas obligaciones no se hayan cumplido dentro del término pactado, es decir, que se encuentren en mora así el contratista (acreedor) después acepte su cumplimiento, no quiere decir que exista una extensión del plazo, y por lo tanto la declaratoria de caducidad no puede utilizarse posterior a su vencimiento.

En pocas palabras la Sala concluye:

“... La caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre éste vigente, y no durante la etapa de la liquidación, teniendo en cuenta: en primer lugar, los elementos de su definición legal; en segundo lugar, la finalidad de protección del interés público de esta medida excepcional; en tercer lugar, que la etapa de liquidación del contrato no está concebida para la adopción de la caducidad del contrato; y en cuarto lugar, que el hecho de que se pueda recibir o aceptar en mora el cumplimiento de la obligación, no puede ser entendida como una extensión regular del plazo previsto en el contrato para ejecutarlo...”.³²³

Así las cosas, la caducidad en su esencia lo que hace es terminar el contrato por

³²¹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 17031. (20 de noviembre de 2008). C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

³²² COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 17031. (20 de noviembre de 2008). C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

³²³ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 17031. (20 de noviembre de 2008). C. P. Ruth Stella Correa Palacio

incumplimiento del contratista, lo que significa que si el plazo de ejecución ya venció, no es posible declararla porque no se puede acabar lo que ya feneció por vencimiento del término previsto en el acuerdo de voluntades, postura que ha sido reiterada en diferentes ocasiones por el Consejo de Estado y que fue consolidada en la sentencia de unificación de jurisprudencia del 12 de julio de 2012, exp. 15024, donde se reafirmó “sólo durante el plazo del contrato se puede declarar la caducidad, de manera que tan pronto vence, aunque siga en ejecución, no es posible hacerlo”.³²⁴

Abordados todos los aspectos de esta cláusula excepcional mencionada en el artículo 14 y desarrollada en el artículo 18 del Estatuto de Contratación Pública, es necesario recalcar que a diferencia de la modificación, interpretación y terminación, independientemente del impacto económico que ésta ocasione al contratista al terminar anticipadamente el negocio jurídico, automáticamente no surge la obligación de repararlo por parte de la entidad estatal que hizo uso de la declaratoria de caducidad a diferencia de las otras potestades, ya que se trata de una falta del contratista, por lo que no se debe ninguna clase indemnización o compensación por los efectos de su utilización.

Situación muy diferente es si la entidad estatal declara la caducidad y no se cumple con los supuestos fácticos mencionados, es decir, se hace un uso indebido de esta potestad, caso en el cual sí da lugar claramente a una reparación pero no estrictamente como lo prevé el artículo 14 para la terminación, interpretación y modificación, de acuerdo al principio del equilibrio económico en busca de mantener la equivalencia de las cargas económicas para las partes co-contratantes, sino en razón de ese abuso de poder de la entidad estatal como una especie de incumplimiento; que también sería posible en el evento de que la entidad pública utilizara inadecuadamente las demás potestades excepcionales, porque violaría el principio de los deberes legales.³²⁵

³²⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 15024, (12 de julio de 2012). C. P. Danilo Rojas Betancourth.

³²⁵ GÜECHÁ MEDINA. Ciro Nolberto. La inexistencia de la discrecionalidad en la actuación de la administración. En: GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto, et al. *Quaestio Iuris Miscelánea Jurídica con motivo del XX aniversario de la Universidad Alfonso X El Sabio*. Madrid: Fundación Universidad Alfonso X El Sabio, 2015. p. 293.

3. ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL POR EL USO DEBIDO E INDEBIDO DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES

Las cláusulas excepcionales cuando son utilizadas generan muchas veces alteraciones en las condiciones económicas del contrato, en la medida que se trata de hechos en cabeza únicamente de la entidad estatal, en los cuales no media la voluntad del contratista, y de una forma u otra, una vez son aplicadas varían las estipulaciones contractuales, es decir, el contenido del negocio jurídico y por lo tanto, pueden llegar a afectar su economía, pues si se varía el contenido del mismo normalmente las condiciones económicas también cambian, caso en el cual aunque diferentes autores mencionan que no es necesario la trascendencia del impacto económico, para que se rompa la ecuación financiera del negocio jurídico³²⁶; considero que sí lo es, pues los efectos de su aplicación deben ser de cierta magnitud para que el principio del equilibrio económico y financiero resulte quebrantado y por lo tanto se deba un restablecimiento.

Cada cláusula excepcional tiene unos efectos diferentes en la relación contractual y dependiendo esos efectos el impacto es distinto en las condiciones económicas; digamos, en el caso de la interpretación se le da un alcance o se le da un sentido a una estipulación que es ambigua contradictoria u oscura, en el evento de la modificación las cláusulas y en si las condiciones se cambian porque no cumplen con la finalidad que se pretende obtener con el contrato, en estas dos circunstancias el contratista sin que lo haya querido tiene que ejecutar el negocio jurídico pero bajo una variación en su contenido o una interpretación diferente; entonces, seguramente los gastos previstos y las condiciones económicas inicialmente pactadas no serán las mismas, en la medida que tiene que ejecutar el contrato pero con un contenido diferente.

En los eventos de terminación y caducidad la entidad estatal finaliza el contrato sin

³²⁶ GONZÁLEZ VARAS, Santiago. El contrato administrativo. Madrid: Civitas Ediciones, 2003. p. 275, donde se menciona que para la configuración del rompimiento del equilibrio económico del contrato estatal por causa de una potestad excepcional, a diferencia de las demás causales no necesita que sus efectos sean extremadamente gravosos como para configurar el rompimiento del contrato, solo es necesario que con la utilización de la potestad la parte afectada acredite que existió un daño, no importa su gravedad.

haberse cumplido el plazo pactado³²⁷, por razones de interés general o por el incumplimiento de la parte co-contratante, por lo que el contratista por cualquier clase de terminación anticipada no alcanza a ejecutar el negocio jurídico y por lo tanto lograr su cumplimiento; en este sentido, en la etapa de liquidación sus intereses económicos se verán probablemente afectados, en la medida que con la terminación antes del término pactado puede ocurrir que no haya logrado recuperar su inversión u obtener las ganancias esperadas.

En pocas palabras, la afectación económica se basa en que la contraprestación al terminarse previamente la relación contractual muy probablemente no será la esperada, llegando hasta el punto de ocasionar pérdidas, causando impactos negativos en el patrimonio del contratista (teniendo presente que si bien hago siempre referencia a casos de afectaciones al contratista pues es la regla general, las potestades pueden afectar a la entidad estatal también, caso que es verdaderamente excepcional, y que tendrá otro camino respecto al restablecimiento por las alteraciones económicas causadas³²⁸). Lo anterior, con las salvedades que existen en el caso de la caducidad por tratarse de un incumplimiento del contratista, es decir que así exista una afectación económica, no tiene se tiene derecho a solicitar ninguna clase de restablecimiento.

Y aunque se justifica la utilización de dichas potestades, puesto que son dadas a las entidades públicas para garantizar los intereses generales y la prestación de los servicios públicos por medio de la debida ejecución del contrato³²⁹, la afectación de la ecuación financiera en cualquiera de sus modalidades es clara, puesto que cada cláusula excepcional le cambia las reglas de juego al contratista sin que medie la voluntad del mismo en dicha decisión³³⁰, afectando en la mayoría de los casos las condiciones

³²⁷ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 27391. (14 de septiembre de 2017). C. P. Danilo Rojas Betancourth.

³²⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis, 2015. p. 56.

³²⁹ OSORIO MORENO, Néstor David. Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador?, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

³³⁰ OSORIO MORENO, Néstor David. Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador?, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

económicas del contrato, lo cual no quiere decir, que siempre que se utilicen, van a tener efectos gravosos en las condiciones económicas de la relación contractual.

Como se pudo evidenciar en el título anterior, existen casos donde la incidencia de las cláusulas en las condiciones económicas es nula, o no es tan gravosa para generar el quebrantamiento del equilibrio económico, así como existen otros cuyos efectos normalmente repercuten en la economía del contrato hasta ocasionar el quebrantamiento de la ecuación financiera, por ejemplo, si hablamos de la interpretación no existe sustancialmente un cambio en las estipulaciones contractuales, por lo que normalmente no se genera un impacto económico tan drástico en el acuerdo, sin desconocer que puede llegar a cambiar las condiciones económicas del mismo, pero si se trata de una modificación, normalmente como su finalidad es alterar las cláusulas del negocio jurídico, sus efectos son más fuertes y en esta medida, el impacto en las condiciones económicas y prestaciones del contrato son más trascendentales, ya que en este caso realmente se le han cambiado las reglas de juego al contratista pero sin que la obligación termine o sea opcional su cumplimiento (con alguna excepción cuando la modificación supera el 20% del valor inicial).

Entonces, por un lado se tiene la figura de las cláusulas excepcionales que de cierta forma todas tienen un aspecto en común y es que alteran el contrato³³¹ ya sea porque lo interpretan de una forma distinta, le cambian sus cláusulas o estipulaciones inicialmente pactadas, lo terminan anticipadamente etc., sin que exista en las anteriores decisiones un acuerdo de voluntades y al no existir tal acuerdo para su aplicación, además de causar un impacto en la relación contractual, también puede llegar a afectar la económica del contrato, ya sea porque se vuelve más difícil su ejecución o cumplimiento o porque con la terminación se configuran pérdidas o no se obtiene los efectos económicos deseados con el negocio jurídico celebrado.

Y por otro lado, se encuentra el principio del equilibrio económico y financiero el cual va

³³¹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 1293. (14 de diciembre de 2000). C. P. Luis Camilo Osorio Isaza.

encaminado a que las condiciones económicas del contrato estatal se mantengan en todo momento inalteradas, para garantizar una equivalencia en este caso financiera entre las partes³³²; en otras palabras, que la prestación sea igual o equivalente a la contraprestación y que ninguna de las partes co-contratantes sea superior a la otra³³³, pues como se ha mencionado, aunque el contratista es un colaborador de la Administración para el cumplimiento de sus fines, y se ha reconocido jurisprudencialmente que las entidades estatales dentro del contrato tienen más poderes y derechos que el contratista³³⁴, sus intereses económicos no se pueden ver desconocidos.³³⁵

De manera que, al ser las potestades excepcionales una forma de variar el contenido del negocio jurídico, generan varias veces el rompimiento el equilibrio económico y financiero del mismo (teniendo en consideración que toda alteración para que se configure el rompimiento de la ecuación financiera tiene que ser gravosa³³⁶, en la medida que se trata de una verdadera variación de las condiciones económicas inicialmente pactadas, que ocasionan afectaciones al contratista y de la cual se deba un restablecimiento).

Y es que los contratos estatales al igual que cualquier negocio jurídico, son acuerdos de voluntades, en esta medida las partes contratantes se deben encontrar en la misma posición, pues una parte co-contratante no puede tener más ventajas que la otra³³⁷, por consiguiente, si por el uso de una potestad excepcional se llega a variar las condiciones económicas del contrato y esa alteración es considerable, al tratarse de una afectación que el contratista no está en el deber de soportar (ya que aunque sea una actividad para garantizar el interés general y esté considerado como un colaborador de la administración

³³² SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Los principios jurídicos del derecho administrativo. Madrid: Wolters Kluwer, 2010. p. 1314.

³³³ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá: Temis, 2016. p. 63.

³³⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1514. (8 de noviembre de 2000). M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

³³⁵ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto 561. (11 de marzo de 1972). C. P. Alberto Hernández Mora.

³³⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 55855. (23 de octubre de 2017) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³³⁷ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá: Temis, 2016. p. 17.

para el cumplimiento de sus fines, sus intereses económicos no pueden verse vulnerados), una vez se configure el rompimiento del equilibrio económico en razón de la utilización de una cláusula excepcional se debe proceder a su debido restablecimiento (compensaciones o indemnizaciones).

Ahora, teniendo claro que por el uso de una potestad excepcional se puede romper el equilibrio económico y financiero del contrato, por el hecho de que varíen las condiciones económicas del mismo de forma significativa, caso en el cual la parte que lo padece podrá pedir su debido restablecimiento por la afectación causada³³⁸; hay que resaltar que dicho rompimiento puede ser por el uso debido, evento en el que verdaderamente se puede hablar de un quebrantamiento de la ecuación financiera o por el uso indebido de dichas facultades, caso en el cual, al no tratarse de una afectación en función del principio del equilibrio económico y financiero, sino al ser una falta de la entidad estatal, tomará un camino diferente como es el incumplimiento³³⁹, por lo que a continuación se presentará los dos eventos mencionados:

3.1 El uso debido de las cláusulas excepcionales: Situación generadora del rompimiento del equilibrio económico del contrato estatal

Todas las cláusulas excepcionales, como se previó en las características son excepcionales al derecho común³⁴⁰ como su nombre lo dice, por lo que no pueden ser utilizadas en cualquier contrato en todo momento, sino que la ley y la jurisprudencia se han encargado de delimitar muy bien su campo de acción.

En primer lugar, se limitan los contratos destinatarios de estas cláusulas, puesto que las mismas solamente pueden ser ejercidas por las entidades estatales dentro de un contrato

³³⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis, 2015. p. 46.

³³⁹ ZAMBRANO BARRERA, Carlos Alberto. Instituciones de derecho administrativo. t. II: Responsabilidad, contratos y procesal. Bogotá: Universidad del Rosario, 2016. p. 227. Establece que el rompimiento del equilibrio económico es muy diferente al incumplimiento del contrato y que por esta misma razón deberían ser tratados por separado pues "*son distintas sus causas y también sus consecuencias*".

³⁴⁰ PINO RICCI, Jorge. Régimen de contratación estatal. 2a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

regido por el Estatuto de Contratación Pública o que sometido a una regulación diferente la ley lo ha autorizado para hacer uso de las mismas.

En segundo lugar y con relación directa a la primera restricción, solamente pueden ser introducidas en aquellos contratos que tengan como finalidad garantizar la satisfacción de un interés general como por ejemplo lo prestación de servicios públicos, es así, que la ley presenta taxativamente los contratos en los que la entidad estatal puede aplicar este tipo de facultades, como por ejemplo el contrato de obra, de concesión, etc.

Y en tercer lugar, se encuentran los requisitos sustanciales y procesales de cada una de las potestades excepcionales, en la medida que cada una de ellas tiene unos supuestos fácticos que deben configurarse para que la entidad estatal pueda optar por utilizarlas³⁴¹, y una vez se tome la decisión de introducirlas la ley presenta unos aspectos procesales que no se pueden desconocer, bajo el riesgo de que se afecte la validez de la decisión tomada.³⁴²

Así las cosas, si una entidad quiere aplicar alguna de las cláusulas en un contrato estatal que se encuentra en ejecución, primero debe mirar si se trata de un contrato destinatario de la aplicación de dichas potestades y segundo, si los supuestos fácticos verdaderamente se han presentado para poder aplicarla de acuerdo a los requisitos procesales, so pena de nulidad del acto administrativo³⁴³ que introduce la modificación, la interpretación, la terminación unilateral o la caducidad del negocio jurídico ante la jurisdicción contencioso administrativa; y que si no cumple con los requisitos legales previstos, ya no se estaría bajo la figura normal de utilización de una cláusula excepcional, sino que pasaría a configurarse como una desviación de poder al realizar un uso incorrecto o indebido de dicha potestad legal³⁴⁴ por lo que la afectación y la

³⁴¹ Como se mencionó en el capítulo donde desarrollé cada una de las cláusulas excepcionales.

³⁴² COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 19483. (6 de abril de 2011). C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

³⁴³ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 19483. (6 de abril de 2011). C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

³⁴⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 25000-23-24-000-2008-00509-01. (15 de febrero de 2018). C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

reparación tomaría un camino muy diferente, mucho más gravoso, como posteriormente se explicará.

En palabras concretas, el uso debido de una potestad excepcional se presenta cuando la entidad estatal ha cumplido con todos los requisitos legales considerando el tipo de contrato, su finalidad, los supuestos fácticos y las exigencias procesales.

Pero en todo caso, si la entidad estatal hace uso de una potestad excepcional previendo los requisitos sustanciales y procesales, es decir haciendo un uso debido de la misma, con su ejercicio se pueden afectar las condiciones económicas y financieras del negocio jurídico y por lo tanto, si esa afectación es grave se rompe el equilibrio económico y financiero del contrato en ejecución³⁴⁵.

Teniendo en cuenta que alguna doctrina ha previsto que solamente es necesario que se presente una alteración de las condiciones económicas y financieras para que el mismo se vea quebrantado, al tratarse de una actuación imputable a una de las partes co-contratantes³⁴⁶, supuesto que no considero suficiente para que se ocasione el quebrantamiento de la ecuación financiera, pues muchas veces puede pasar que una circunstancia independientemente que sea atribuible a una de las partes o se trate de un hecho externo altere las condiciones económicas del contrato, pero que la alteración sea mínima por lo que en realidad no repercute en la continuidad y cumplimiento del mismo y no afecta verdaderamente a las partes co-contratantes, de modo que la equivalencia de dichas condiciones económicas y prestaciones no se vería quebrantada y por lo tanto el equilibrio económico y financiero permanecería.

Por ejemplo, si en un contrato de concesión de la construcción de una vía, se modifica unilateralmente el precio del contrato, pero dicho cambio es mínimo así las condiciones económicas varíen, no es tan gravosa la alteración como para quebrantar el equilibrio

³⁴⁵ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 24996. (13 de febrero de 2013). C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia Exp. 15475. (31 de octubre de 2007). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁴⁶ GONZÁLEZ VARAS, Santiago. El contrato administrativo. Madrid: Civitas Ediciones, 2003. p. 275.

económico y financiero, puesto que no impediría o podría en peligro la continuidad del negocio jurídico y no se ocasionaría una afectación considerable al contratista, de la cual surgiera la obligación de restablecer las circunstancias económicas.

Entonces, no toda alteración económica dentro de la ejecución del contrato, por causa del uso debido de una potestad excepcional puede configurar el rompimiento de la ecuación financiera, solamente cuando se trate de una alteración grave de las condiciones económicas³⁴⁷; es más la única diferencia con los hechos externos es que cuando se trata de una causa atribuible a una de las partes en este caso la entidad estatal, el restablecimiento deberá ser distinto dependiendo la parte que la solicita, ya que si es la parte contratante el restablecimiento será menor al que debe ser exigido por el contratista.³⁴⁸

Caso muy diferente si el rompimiento se basa en el uso indebido de las potestades excepcionales, donde surgirá el deber de reparación pero ya no en busca de restablecer simplemente el equilibrio económico del contrato sino en base a la responsabilidad del Estado por incumplimiento del contrato.

Diferentes doctrinarios han enlistado los requisitos para hablar del desconocimiento del principio del equilibrio económico por el uso debido de una potestad excepcional, por ejemplo Libardo Rodríguez, presenta los siguientes:

“... para poder afirmar que se presenta la ruptura del equilibrio económico de un contrato administrativo, específicamente en la aplicación de la teoría de la protestas variandi (cláusulas excepcionales) deben concurrir las siguientes condiciones:

- Que el acontecimiento que produzca la alteración de las condiciones contractuales consista en el ejercicio legal de una potestad contractual por parte de la administración contratante.
- Que el acto que altere las condiciones contractuales sea posterior a la presentación de la propuesta o celebración del contrato.

³⁴⁷ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 24996. (13 de febrero de 2013). C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia Exp. 15475. (31 de octubre de 2007). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁴⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis, 2015. p. 56.

- Que el contenido del acto que altere las condiciones contractuales constituya un alea extraordinario, es decir que por su carácter excepcional no pudiese haber sido razonablemente previsto por la parte afectada.
- Que el acto altere la economía del contrato haciéndolo más gravoso, lo cual deberá ser probado por el co-contratante afectado”.³⁴⁹

Tales condiciones son totalmente necesarias para hablar del rompimiento del equilibrio económico por el ejercicio de una potestad excepcional y su consecuente restablecimiento, por lo tanto las explicaré una a una en mis palabras.

3.1.1 Uso de una potestad excepcional dentro de un contrato estatal de acuerdo a los parámetros legales

Es decir, que en todos los casos su utilización y su ejercicio por parte de la entidad estatal dentro del contrato, debe realizarse teniendo en cuenta toda la normatividad que regula dichas facultades excepcionales, en la medida que si no cumple con algún requisito sustancial o procesal que la ley haya previsto, el acto administrativo en el que se declara la modificación, terminación, caducidad o interpretación pueda impugnarse por vía judicial alegando su nulidad, pues al tratarse de un uso inadecuado de las mismas, en el sentido que no se acatan los parámetros legales, se entraría en figuras como abuso o desviación de poder³⁵⁰; casos en los cuales la reparación del contratista afectado ya no se haría únicamente en función del principio de la ecuación financiera para volver a equilibrar las cargas, sino en base a la institución de la responsabilidad del Estado³⁵¹ en la medida que la afectación va mucho más allá de restablecer las condiciones económicas del contrato, puesto que la entidad estatal no actuó bien al introducir una potestad de tal magnitud sin tener la autorización legal para hacerlo, por lo que se tomaría como un incumplimiento del contrato estatal y bajo este parámetro se realiza la reparación.

³⁴⁹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis, 2015. p. 46.

³⁵⁰ Teniendo en cuenta que la desviación de poder, es una causal que según el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, genera nulidad absoluta.

³⁵¹ ZAMBRANO BARRERA, Carlos Alberto. Instituciones de derecho administrativo. t. II: Responsabilidad, contratos y procesal. Bogotá: Universidad del Rosario, 2016. p. 237. Establece: “*el incumplimiento da derecho a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio, y en ambos supuestos, a la reparación o indemnización integrar de los perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales, causados con aquel por el contratante incumplido a la parte cumplida*”.

Y es que cuando se habla de rompimiento del equilibrio económico y financiero y el restablecimiento del mismo no se trata de una sanción, luego simplemente lo que se busca es volver a establecer la equivalencia de las condiciones económicas y las prestaciones entre las partes contratantes que se han roto por un hecho que quienes intervienen en el pacto no pudieron prever y que ha afectado gravemente la economía del contrato o por un acto atribuible a alguna de las partes contratantes que habilitada para ejercer dicha actuación, inevitablemente ha tenido efectos graves en las condiciones económicas, en busca de garantizar el interés general y lograr las finalidades que se esperaban con el contrato estatal afectado económicamente por las circunstancias mencionadas.

3.1.2 El acto administrativo que declara o decreta la potestad excepcional debe expedirse por regla general durante la ejecución del contrato estatal

Lo que quiere decir que únicamente las potestades excepcionales tienen efectos siempre y cuando sean aplicadas durante el término de ejecución³⁵², por lo que antes de la celebración del negocio jurídico y posteriormente al vencimiento del plazo de ejecución no es posible modificarlo, interpretarlo, terminarlo o declarar su caducidad; en el primer evento, es decir antes de la celebración, porque no existe todavía el contrato, por lo que todas sus cláusulas y estipulaciones deben ser acordadas entre las partes y en el segundo evento, es decir, posterior al vencimiento del plazo de ejecución, porque ya no tendría objeto la aplicación de estas potestades legales; por ejemplo, en el caso de la modificación e interpretación lo que buscan es el debido cumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato y una vez vence el término del mismo ya no hay obligaciones que cumplir y en el caso de la terminación o caducidad lo que tratan es de finalizar anticipadamente el contrato, y si ya se ha vencido el plazo no tendría ningún sentido pues el negocio jurídico ya habría terminado con el cumplimiento del término de ejecución, restando únicamente su liquidación para extinguir la relación contractual.

³⁵² COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 15797. (25 de febrero de 2009). C. P. Myriam Guerrero Escobar.

Sin embargo, en el caso de la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y las garantías, sí es posible declararla una vez vencido el término de ejecución del contrato³⁵³, según la regulación hecha por la Ley 1150 de 2007; convirtiéndose en una excepción a la argumentación expresada anteriormente; con la aclaración de que en este evento no se trata de una de las potestades previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, a las que alguna doctrina ha limitado para otorgarles el carácter de cláusulas excepcionales³⁵⁴, pero que en mi criterio sí se trata de una potestad con dicha naturaleza de excepcional.

3.1.3 La declaratoria de la potestad excepcional pertenece al alea anormal del contrato

Todas aquellas circunstancias que con su ocurrencia ocasionan el rompimiento del equilibrio económico y financiero en un contrato estatal, no pueden estar concebidas como un riesgo previsible, pues se trata de hechos que así se suponga por las partes que pueden ocurrir, por ejemplo en un contrato de obra una falla estructural por un sismo, no se puede prever y cuantificar, puesto que no se sabe los efectos que va tener en el contrato, y al no poderse estimar un valor ante las afectaciones en la economía del mismo, es que se habla del rompimiento del equilibrio económico y financiero, puesto que si la circunstancia ya tiene estipulado un valor dentro del contrato en el caso en que ocurra, no se estaría hablando de ninguna variación en la economía de la relación contractual.

Las cláusulas excepcionales claramente pertenecen a la figura del alea anormal del contrato, ya que siendo una actuación atribuible a la entidad estatal prevista legalmente, en primer lugar los hechos que generan su aplicación son totalmente impredecibles, puesto que no se sabe qué tipo de circunstancias el contrato tendrá que afrontar durante su ejecución y así lo ha mencionado Libardo Rodríguez:

³⁵³ GIL BOTERO, Enrique. Tesoro de responsabilidad contractual de la administración pública. t. II. Bogotá: Temis, 2015. p. 323.

³⁵⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 36252. (10 de junio de 2009). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

“... de esta manera, si bien las partes podían prever el ejercicio de las potestades excepcionales, lo imprevisible son los cambios en las circunstancias fácticas, jurídicas o económicas que obligan a la administración a tomar la decisión de modificar, interpretar o terminar unilateralmente el contrato en atención a una nueva forma de satisfacer el interés general...”³⁵⁵

Y en segundo lugar los efectos son indeterminables, pero no en el sentido de su ocurrencia, pues cada cláusula tiene unos efectos normales una vez se aplican, el punto es que se vuelve imposible predecir esta actuación y cuantificar los efectos en la economía del contrato si estos llegan a ocurrir. Por ejemplo, si la entidad contratante declara la terminación unilateral de un contrato estatal, por razones de interés general, se debe mirar en qué etapa se encontraba el contratista, sus utilidades, sus pérdidas, y así establecer el valor que se le debe restablecer, por lo que es imposible prever desde un inicio un valor que solvente este tipo de circunstancias en el negocio jurídico.

En síntesis, las cláusulas excepcionales aunque están establecidas en la ley, y se puede prever su utilización dentro de ciertos contratos, los hechos que causan su aplicación son impredecibles y las consecuencias una vez se hayan introducido en el negocio jurídico son incalculables, de modo que las partes no pueden involucrar este tipo de facultades dentro del alea normal del contrato, sino que en todo momento se trata de un riesgo imprevisible que pertenece al alea anormal del mismo³⁵⁶, condición que como en el siguiente capítulo se explicará da lugar al restablecimiento de las condiciones económicas.

3.1.4 La potestad excepcional debe afectar gravemente la economía del contrato, haciendo el mismo más gravoso con su ocurrencia, lo cual deberá ser probado por la

³⁵⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis, 2015. p. 49.

³⁵⁶ MARIENHOFF, Miguel. Tratado de derecho administrativo. t. III. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. p. 524. Enuncia la diferencia entre alea anormal y normal del contrato así: “Debe recordarse que en la celebración y ejecución de los contratos, siempre hay una contingencia de ganancia o pérdida, un cierto grado de riesgo, es decir, un álea que es normal y que las partes deben asumir, como consecuencia de su decisión voluntaria de obligarse. En cambio, el Álea extraordinaria o anormal es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato”.

parte interesada

Considero que este requisito es el más importante de todos para poder hablar del rompimiento del equilibrio económico y financiero por el uso debido de una potestad excepcional, pues hay que tener claro que su simple utilización no genera efectos directos en la economía del contrato estatal o generándolos no son de tal magnitud como para ocasionar el rompimiento de la equivalencia de las condiciones económicas y prestaciones inicialmente pactadas, en la medida que las potestades excepcionales si bien impactan en el contenido de la relación contractual, no siempre sus efectos alteran trascendentalmente las condiciones económicas.

Pero si por el contrario, con la modificación, la interpretación o la terminación del contrato se generó un gran impacto en la economía del contrato, es allí donde se puede hablar del rompimiento del equilibrio económico y financiero del mismo, pues como se ha venido mencionando, si la alteración no es grave no se pone en riesgo la ejecución y por ello el cumplimiento del negocio jurídico y en este sentido no tendría ninguna justificación el restablecimiento a la parte afectada.

Entonces, cuando la entidad estatal por medio de un acto administrativo modifica, interpreta o termina el contrato (no menciono la caducidad, ya que aunque puede alterar las condiciones económicas del negocio jurídico y por lo tanto generar el rompimiento de la ecuación financiera, por el uso debido no existe un restablecimiento para la parte afectada, en la medida que se trata de una sanción por el incumplimiento del contratista), siguiendo los requisitos sustanciales y procesales durante su ejecución, y por causa de su aplicación se altera la equivalencia económica y financiera, es decir, se varían las condiciones económicas inicialmente pactadas de forma grave, es que se puede hablar de un rompimiento del equilibrio económico y financiero por el uso debido de una potestad excepcional, caso en el cual la parte afectada, generalmente el contratista podrá solicitar el debido restablecimiento de acuerdo a las alteraciones económicas causadas.

En los mismos términos el Consejo de Estado ha enunciado que la afectación debe ser grave y trascendental para que exista un quebrantamiento de la ecuación económica, de la siguiente forma:

“El rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del álea normal del contrato, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida y contemplada por las partes al momento de la celebración del contrato”.³⁵⁷

La única diferencia con las demás causales, es que al ser un acto atribuible a la entidad estatal, el restablecimiento será distinto dependiendo quien lo solicita. Eso quiere decir que así se trate de una causal atribuible a la entidad contratante aunque el restablecimiento es diferente podrá solicitarlo.

En principio podría pensarse que al ser una actuación atribuible a una de las partes, sería ilógico cualquier tipo de restablecimiento bajo el principio general de que nadie puede beneficiarse de su propia culpa, pero lo anterior no es del todo cierto, puesto que así la entidad estatal sea la generadora del rompimiento, si resulta verdaderamente afectada, tiene el derecho a pedir el restablecimiento, en razón a que la introducción de este tipo de cláusulas no es para su propio beneficio sino para lograr el cumplimiento del contrato y satisfacer unos intereses superiores que son los generales, tomando en cuenta que dicho restablecimiento nunca será igual al del contratista, pero si por lo menos, se le podrá reconocer los mayores valores en los que se haya visto inmersa por la utilización de esa facultad es decir la compensación, la cual será ordenada por medio de un acto administrativo.³⁵⁸

Teniendo siempre presente que toda afectación que se cause tiene que ser probada para que pueda solicitarse el resarcimiento,³⁵⁹ pues en el caso en el que no se evidencie la variación económica en razón de las potestades excepcionales, no habrá lugar al restablecimiento económico.

³⁵⁷ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 24996. (13 de febrero de 2013), C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁵⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis, 2015. p. 49.

³⁵⁹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 21429. (29 de octubre de 2012). C. P. Danilo Rojas Betancourth.

Una vez se configuran uno a uno los supuestos previstos, se puede decir que por el uso de una potestad excepcional se ha quebrantado el equilibrio económico y financiero del contrato y es en ese momento, cuando la parte afectada puede solicitar el restablecimiento correspondiente (indemnización o compensación dependiendo el caso), para volver a la equivalencia económica que se ha visto perjudicada por la actuación en cabeza de la entidad estatal.

3.2 El uso indebido de las cláusulas excepcionales: Más allá del rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, es un incumplimiento por parte de la entidad pública

Las potestades excepcionales son poderes de gran magnitud en cabeza de la entidad estatal contratante, es por eso que la ley y la jurisprudencia han tratado de limitar su aplicación a los casos estrictamente necesarios, entonces como se aclaró existen unos requisitos procesales y sustanciales que la entidad estatal debe tener en cuenta una vez quiera hacer uso de una potestad excepcional en el contrato en ejecución, por lo que si la persona jurídica pública emite el acto administrativo declarando por ejemplo la modificación de una de las cláusulas del contrato, y dicha modificación se encuentra justificada en razón del interés general y ha cumplido todos los parámetros legales, es decir se ha tratado de llegar a un acuerdo con el contratista pero no se ha podido, se hablaría del uso debido de la potestad excepcional; pero si la entidad estatal por el contrario, no tiene en cuenta las exigencias legales siguiendo el mismo ejemplo de la modificación, digamos que la entidad la hizo en razón a un interés particular o expidió el acto administrativo sin intentar llegar a un acuerdo previamente con la otra parte (no cumplió el debido proceso), en ese momento se estaría hablando del uso indebido de la potestad excepcional.

Entonces, el uso indebido de cualquiera de estas cláusulas, son todos aquellos casos en que la entidad estatal ejerciendo la potestad excepcional, no estaba facultada ya sea porque no era un contrato destinatario de la utilización de dichas facultades o no se

configuraron los supuestos fácticos, o estando facultada la utilizó de forma incorrecta, por ejemplo que no trató de llegar a un acuerdo previamente a la decisión de modificar o interpretar el contrato o expidió el acto administrativo sin motivación alguna³⁶⁰, etc., casos en los cuales las estipulaciones del contrato al igual que si se utilizaran debidamente se verían alteradas y por consiguiente las condiciones económicas también podrían variar, por lo que se configuraría claramente el rompimiento de la equivalencia respecto a las condiciones económicas inicialmente pactadas.

Lo que pasa es que al tratarse del uso indebido de un poder legal no se puede limitar a determinar si se varió las condiciones económicas y prestaciones del contrato y en base a esto restablecer a la parte afectada, pues el perjuicio va más allá, en base a que la entidad estatal no se encontraba justificada para interpretar, modificar, terminar o declarar la caducidad del negocio jurídico o estando justificada lo realizó incorrectamente, causando a su vez un incumplimiento del contrato por violación del principio de los deberes legales.³⁶¹

Y es que el ejercicio de las potestades excepcionales no necesita autorización alguna de la parte co-contratante, de modo que la entidad estatal en cualquier momento puede expedir un acto administrativo declarando la caducidad del contrato o modificando alguna de sus estipulaciones, en este sentido, considero es muy fácil que la entidad haga un uso incorrecto de las mismas, pues si bien el contratista puede alegar la nulidad del acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no existe en estricto sentido ninguna clase de control previo del acto, que restrinja este tipo de decisiones (podríamos decir que con excepción de los recursos en vía administrativa). Pero mal o bien en el caso en que el contratista evidencie que la entidad estatal no hizo un uso correcto de la potestad excepcional, es decir, que se desconoció alguno de los requisitos procesales o sustanciales, podrá en principio interponer el recurso de reposición el cual será resuelto

³⁶⁰ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 19483, (6 de abril de 2011). C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

³⁶¹ GÜECHÁ MEDINA. Ciro Nolberto. La inexistencia de la discrecionalidad en la actuación de la administración. En: GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto, et al. *Quaestio Iuris Miscelánea Jurídica con motivo del XX aniversario de la Universidad Alfonso X El Sabio*. Madrid: Fundación Universidad Alfonso X El Sabio, 2015. p. 293.

por la entidad contratante ya que es ésta la que expide el acto administrativo, y en el caso que confirme su decisión alegará la nulidad del acto que contiene la expresión de voluntad de modificar, interpretar, terminar o declarar la caducidad del contrato y el acto administrativo que resuelve el recurso de reposición; además de pedir el incumplimiento del contrato, por medio de la acción o como actualmente es denominada medio de control contractual.³⁶²

Lo anterior desde el punto de vista procesal; pero el uso indebido de las potestades excepcionales más allá de que el acto se pueda declarar nulo y que de forma inmediata una vez queda en firme pueda alterar las condiciones económicas del contrato una vez es expedido y por lo tanto quebrantar el equilibrio económico y financiero, se trata de una falta por parte de la entidad estatal al no seguir los parámetros legales, afectando los intereses del contratista, por lo que se configuraría un abuso o desviación del poder, en la medida que la entidad estatal sin estar facultada para hacerlo expidió un acto administrativo declarando la modificación, interpretación, terminación, caducidad etc. del contrato, lo que lleva al incumplimiento del mismo.

Y es en este sentido, al ir más allá del quebrantamiento, si el contratista resultó afectado con el uso indebido de las potestades excepcionales podrá pedir la reparación de los perjuicios causados por la actuación incorrecta de la Administración, pero esa reparación no será con base a una simple afectación en las condiciones del contrato en busca de restablecer la ecuación financiera, sino en función a un incumplimiento de la entidad estatal al desconocer los parámetros legales de las potestades excepcionales, caso en el cual el resarcimiento será mucho mayor reconociendo el pago de todos los perjuicios al contratista afectado es decir el daño emergente, el lucro cesante y hasta los perjuicios morales, ya que se trata de una indemnización integral.³⁶³

De esta manera lo ha previsto el Consejo de Estado, en este caso decretando la nulidad de un acto administrativo que declaraba la caducidad del contrato, en razón de que la

³⁶² GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Contratos administrativos. 3a ed. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2015. p. 516.

³⁶³ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 665.

entidad estatal no estaba facultada para caducar el mismo, en la medida que el contratista no había incumplido obligación alguna, por lo que se desarrolla la responsabilidad que tiene la entidad estatal ante el uso inadecuado de esta potestad excepcional y la obligación de reparar los perjuicios causados con este tipo de falta, de la siguiente forma:

“La cláusula exorbitante de que se trata, como cualquier otra, comporta la obligación de ser cumplida dentro de los límites impuestos por el principio de la buena fe, según reza el artículo 1603 del Código Civil y como además lo aceptan la doctrina y la jurisprudencia.

El ejercicio indebido de la cláusula exorbitante, equivale a no cumplir con la obligación contractual, conducta ésta que genera la correspondiente indemnización de perjuicios según las voces del artículo 1613 del Código Civil. Eso desde el punto de vista meramente comercial de la cláusula. Ya desde el ángulo de la teoría del acto administrativo, es claro que tal actuación se encuentra afectada de nulidad y que implica también el resarcimiento del daño causado por ese acto administrativo ilegal, siempre y cuando, desde luego, exista prueba suficiente de los perjuicios alegados, indemnización que puede intentarse mediante el restablecimiento del preciso derecho subjetivo conculcado por el acto que se anula.

Así las cosas, establecida como ha sido la obligación consecuente de reparar el daño ocasionado por el uso indebido de la potestad unilateral de la administración, queda por determinar la clase y monto de los perjuicios a indemnizar”.³⁶⁴

De lo anterior se puede concluir varias cosas, la primera es que cuando la entidad estatal hace un uso indebido de una potestad excepcional es como si se tratara de un incumplimiento del contrato, caso en el cual el acto que declara tal potestad queda afectado de nulidad; la segunda, es que si con el ejercicio indebido de esa potestad se generan perjuicios al contratista surge la obligación de repararlos, pero en este punto hay un factor importante y es que el co-contratante afectado debe probar que se han causado dichos perjuicios³⁶⁵ pues si se hizo un uso indebido pero el mismo no causó ninguna alteración económica, no habrá lugar a un resarcimiento en términos de los perjuicios materiales (el patrimonio), los cuales deben contener las siguientes características:

“Que sea cierto, es decir, que haya lesionado un derecho del perjudicado (presente o futuro cierto)

Que sea particular, es decir, a la persona que solicita reparación.

³⁶⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 13414. (6 de febrero de 2006). C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

³⁶⁵ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 10735. (31 de agosto de 1999). C. P. Ricardo Hoyos Duque: *“estima la sala que es evidente que cuando se declara judicialmente la nulidad del acto administrativo por el cual se declaró la caducidad del contrato, surge la obligación para la administración como creadora del acto anulado de restablecer los derechos del contratista que resultó afectado con el mismo a través de los perjuicios correspondientes”*.

Que sea anormal, porque excede los inconvenientes inherentes al funcionamiento del Estado. Que verse sobre una situación jurídicamente protegida”.³⁶⁶

Y la tercera, es que si se prueba que por el uso indebido de la potestad excepcional se causaron perjuicios al contratista en termino patrimoniales, al ser una falta de la entidad estatal contratante, se debe reparar a la parte afectada por medio de la indemnización integral, es decir reconociendo el daño emergente como el perjuicio actual que ocasiono la actuación incorrecta de la administración y el lucro cesante es decir todo lo que dejara de percibir por dicha afectación; lo anterior en términos estrictamente materiales, es decir únicamente respecto a los perjuicios que puede causar dicha actuación en el patrimonio de la parte afectada.

Ahora respecto a las afectaciones de tipo moral, surge la siguiente pregunta ¿es posible el reconocimiento de los perjuicios morales en razón al uso indebido de una potestad excepcional?, alguno tratadistas afirman que no es posible causar perjuicios morales por el uso indebido de una potestad de esta clase, limitándose a los estrictamente económicos, es decir la afectación en el patrimonio del contratista, pero el Consejo de Estado se desprende de la postura anterior, y reconoce que es posible la causación de perjuicios morales por la actuación incorrecta de la entidad estatal³⁶⁷ al expedir un acto administrativo ejerciendo alguna de las cláusulas excepcionales sin estar facultado para hacerlo o haciéndolo de forma incorrecta; en palabras textuales la Sección Tercera ha dicho:

“Es relativamente raro, sin duda, encontrar un interés moral en materia de contratos y sobre todo, que sea con carácter exclusivo. La mayoría de las veces se encuentra ligado a un interés pecuniario: La cosa que deberá entregarse ofrece para el acreedor, aparte su valor venal un valor moral (retratos o documentos familiares, obras de arte); el incumplimiento del hecho ofrecido puede producir repercusiones sobre la honorabilidad o el crédito del acreedor, y cuando sea un comerciante, la lesión a su honor se traducirá en una lesión más o menos inmediata a sus intereses materiales”.³⁶⁸

³⁶⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 12990. (1 de junio de 2000). C. P. María Elena Giraldo Vélez.

³⁶⁷ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 2963. (25 de julio de 1985). C. P. Julio César Uribe Acosta. Sentencia Exp. 4039. (24 de septiembre de 1987). C. P. Jorge Valencia Arango. Sentencia Exp. 5712. (24 de agosto de 1990). C. P. Gustavo de Greiff Restrepo.

³⁶⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp.

Entonces, ya se empieza a reconocer que aunque es excepcional la configuración de un perjuicio únicamente moral a causa de un acto que se desprende de un contrato estatal, es posible, más que todo cuando se afecta el buen nombre y la honorabilidad del contratista con la aplicación de esa medida, por ejemplo la declaratoria de caducidad, la misma se introduce ante el incumplimiento grave del contratista, por lo que claramente será un elemento que afecte al mismo para contratar; en la misma línea argumentativa el Consejo de Estado expuso:

“... lo poco frecuente del daño moral como resultado del incumplimiento de una obligación contractual no constituye objeción contra la procedencia de su reparación en todos aquellos el en que exista y sea demostrado. El derecho no se encuentra ya en aquel período en que solamente tenía en cuenta los valores materiales; las soluciones ofrecidas en materia extracontractual lo demuestran suficientemente. Es indispensable, para que, como debe ser, la indemnización del acreedor sea completa, que pueda obtener la reparar de todos sus intereses afectados, sean de la índole que fueren. El modo de reparación de que se dispone, es, ciertamente pecuniario; pero ejecución no tiene más valor en materia de obligaciones contractuales que en cuanto a las extracontractuales. En ambos casos, es mejor una reparación imperfecta o inadecuada, que la ausencia de toda reparación. En defecto de un procedimiento más especializado, la equidad impone que se haga de los medios ordinarios el mejor empleo posible...”³⁶⁹

Luego en un sentencia del 2001, reconociendo que es posible la ocurrencia de los perjuicios morales, se entró un poco más a fondo sobre los mismos y la necesidad de la prueba de la siguiente forma:

“... En primer lugar, que la posición del Tribunal, relativa a la improcedencia de reclamación de perjuicios morales está revaluada con fundamento en el ordenamiento jurídico. Como ya se anotó no existe razón válida para excluirlos si se tiene en cuenta que el derecho positivo prevé la responsabilidad contractual por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, sin hacer diferencia alguna respecto de la consecuente indemnización de los perjuicios que, con tal comportamiento, se causaron a cualesquiera de las partes contratantes.

En segundo lugar, que la condena por concepto de perjuicios morales causados con ocasión de la actividad contractual estatal, está condicionada al igual que la indemnización por cualquier otro tipo de perjuicio a la prueba de su existencia. No hay razón alguna para que la realidad y la entidad de este perjuicio estuviese eximida de prueba; cabe aquí la

2963. (25 de julio 25 de 1985). C. P. Julio César Uribe Acosta.

³⁶⁹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 4039. (24 de septiembre de 1987). C. P. Jorge Valencia Arango.

misma consideración hecha a propósito de la existencia de este perjuicio: si la ley exige la prueba del perjuicio como condición para que proceda su restablecimiento, no cabe hacer distinciones respecto de algún tipo de perjuicio, salvo cuando la ley lo presuma.

En otras palabras, los precitados perjuicios morales contractuales, que pudieron ocasionarse con la expedición del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, y que podrían consistir, según el caso, en el pesar, angustia, congoja, tristeza, desolación etc. que sufrió el contratista, requieren ser demostrados en el proceso, como todo aquel perjuicio respecto del cual se pretenda su resarcimiento.

Es cierto que el acto de caducidad del contrato puede alterar el good will del contratista sancionado lo que indiscutiblemente causaría su afectación emocional; pudo acontecer también que a raíz del mismo acto el contratista sancionado perdiese nuevas oportunidades de contratar, lo que también podría afectar su tranquilidad y autoestima, pero todas estas posibilidades, causas y efectos, de llegar a concretarse en la realidad, deben acreditarse ante el juez del contrato para que, establecida su existencia y magnitud, profiera la deprecada decisión condenatoria...”.

“...La sola creencia de que la ilegalidad del acto produce perjuicios morales no es de recibo para la Sala; no es dable presumir, porque no existe sustento normativo, que la expedición de un acto de caducidad del contrato declarado nulo, causa perjuicios morales...”³⁷⁰

Así las cosas, por la decisión de terminar, modificar, interpretar o declarar la caducidad del contrato, es posible que se causen perjuicios morales (afectación emocional) del contratista con su aplicación, casos en los cuales se procederá a su reparación pecuniaria en concordancia a la afectación sufrida, pero como todo perjuicio que se pueda ocasionar, los mismos tienen que ser probados, y más si se trata de uno de índole moral ya que su ocurrencia es verdaderamente excepcional; es más, considero que se limita a los casos en que se declare la caducidad, puesto que es la única que se aplica cuando el contratista ha cometido una falta en este caso un incumplimiento grave dentro del contrato, por lo que si la entidad estatal declara la caducidad pero no hubo un incumplimiento, claramente afectaría el buen nombre del contratista, lo que el Consejo de Estado llama “good will” y en este sentido, le limitaría la posibilidad de celebrar otros contratos con esos antecedentes; situación muy diferente en los otros casos, por ejemplo la terminación o la modificación, pues si bien se pueden causar perjuicios económicos es muy raro encontrar un evento en el cual se ocasione un perjuicio de orden moral.

³⁷⁰ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 1284. (8 de febrero de 2001). C. P. María Elena Giraldo Vélez.

En conclusión, cuando se trata del uso indebido de una potestad excepcional, cualquiera que sea incluyendo la caducidad, aunque claramente se genera un quebrantamiento de la ecuación contractual en el sentido de que la equivalencia de las condiciones económicas se ve desconocida, se tratara de un incumplimiento, de un desconocimiento de las normas que regulan dichas figuras, y a la vez una forma de desviación del poder³⁷¹, en la medida que la entidad estatal contratante se extralimita en las facultades dadas por la ley; en consecuencia se le debe una reparación al contratista por esa actuación que va por fuera de los parámetros legales, no estrictamente para restablecer las cargas económicas y continuar con el contrato, sino en busca de solventar todos los perjuicios que se pudieron causar; es por esta razón que siempre que se trate de un uso indebido, la reparación debe ser integral reconociendo el daño emergente y el lucro cesante, llegando hasta el punto de incluir los perjuicios morales.³⁷²

³⁷¹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 25000-23-24-000-2008-00509-01. (15 de febrero de 2018). C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

³⁷² HENAO, Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007. p. 195-230.

CAPÍTULO III

EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL CUANDO HA SIDO QUEBRANTADO POR EL USO DE UNA POTESTAD EXCEPCIONAL

1. ¿CÓMO EL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO NO SE VE DESCONOCIDO EN UN CONTRATO ESTATAL CUANDO EL MISMO HA SIDO QUEBRANTADO?

El equilibrio económico y financiero como se pudo concluir en el primer capítulo, pretende que las condiciones económicas dentro del contrato estatal no varíen y en este sentido garantiza la existencia de una equivalencia en cuanto a las prestaciones entre las partes co-contratantes en busca de proteger los intereses inicialmente pactados con base en la seguridad jurídica y mantener la igualdad entre el contratista y el contratante.³⁷³

Pero como también se evidenció, existen diferentes circunstancias unas externas a las partes y otras imputables a alguna de ellas, que pueden alterar las condiciones económicas y prestaciones inicialmente pactadas ocasionando el rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, es decir desconociéndolo, pero como se trata de un principio legal, respaldado por un principio de orden constitucional (la igualdad de las partes dentro del contrato), no puede pasarse por alto, por lo que se ha previsto que ante el rompimiento del equilibrio económico, surge la obligación de restablecerlo³⁷⁴ teniendo como finalidad volver al estado anterior de la ocurrencia de dicha circunstancia que ocasionó ese desequilibrio.

De manera que, así existan unas causas que alteren la ecuación financiera del contrato, y se pueda llegar a desafiar el principio del equilibrio económico y financiero, si se restablece la equivalencia de las condiciones económicas inicialmente pactadas, no daría lugar a un desconocimiento o violación del mismo y por lo tanto del principio constitucional de igualdad; simplemente se volverían a establecer las cargas económicas al estado

³⁷³ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999. p. 417.

³⁷⁴ AROCHA ALARCÓN, Yesid y PINO RICCI, Jorge. Régimen de contratación estatal: El equilibrio económico y financiero de los contratos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. p. 258.

anterior de la alteración, ubicándose las partes en una misma posición frente al negocio jurídico.

En pocas palabras, ante el rompimiento del equilibrio económico, la forma en que los principios constitucionales y legales no se ven desconocidos es por medio del restablecimiento, procurando volver al estado anterior de la ocurrencia de dichas circunstancias generadoras de la alteración económica; pero es necesario saber a qué se hace referencia cuando se habla de esta medida.

El restablecimiento, es básicamente volver a establecer las condiciones económicas inicialmente pactadas, llevándolas al estado anterior de la ocurrencia de la circunstancia que causó el rompimiento del equilibrio económico y financiero del negocio jurídico.

Así las cosas, el mismo es considerado una figura propia del derecho público, puesto que la mayoría de las circunstancias que pueden romper la ecuación financiera son externas a las partes, como son, la sujeción material imprevista, caso fortuito, fuerza mayor, la teoría de la imprevisión o siendo un hecho imputable a alguna de ellas como es el hecho del príncipe o el uso de las potestades excepcionales, son circunstancias que no se basan en su negligencia si se utilizan de la forma correcta, y en principio al no existir culpa, no daría lugar a responsabilidad y por consiguiente a una reparación, pero sin embargo surge la obligación de compensar o reparar al contrario, lo que no sucede en el derecho de los particulares, donde simplemente si por dichas circunstancias es imposible cumplir la obligación la misma se extingue.

Caso diferente si dicho rompimiento se genera por el incumplimiento de las partes, pues aunque existirá una reparación también en razón al principio del equilibrio económico y financiero³⁷⁵, se irá más allá, ya que se trata de una causal que al igual que en el derecho privado genera responsabilidad contractual y en ese sentido surge el deber de reparar a la parte afectada por los perjuicios que se ocasionó con la falta o actuación negligente.³⁷⁶

³⁷⁵ AROCHA ALARCÓN, Yesid y PINO RICCI, Jorge. Régimen de contratación estatal: El equilibrio económico y financiero de los contratos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. p. 263.

³⁷⁶ CHAPUS, René. Le droit administratif Français. Paris: Montchrestien, 2001. p. 351-378.

Pero la duda que surge es por qué en el derecho público sí es permitido cuando en el derecho privado no, y la razón es básicamente que como los contratos públicos más allá de buscar su cumplimiento buscan la satisfacción de intereses generales, es decir tienen unos fines superiores, las entidades estatales deben procurar que el contrato se cumpla a toda costa, en la medida que el mismo es el medio para alcanzar dichas finalidades,³⁷⁷ por lo que surge el deber de restablecer a la parte afectada por circunstancias tanto externas como imputables a alguna de las partes, pues de no ser así probablemente no se podría ejecutar el contrato y no se llegaría a lograr su cumplimiento; teniendo esta regla su excepción, ya que en el caso en que la medida que afecte la economía del contrato, lo que busca es su terminación, el restablecimiento se realiza para resarcir la afectación ocasionada, sin importar claramente la continuidad y por lo tanto el cumplimiento del negocio jurídico.

De acuerdo a lo expuesto y bajo los términos de garantizar principios como el equilibrio económico y financiero y la igualdad entre las partes, de procurar la equivalencia de las condiciones económicas y de alcanzar la finalidad deseada, es que nace el deber de restablecimiento para que el contrato vuelva al estado anterior de la ocurrencia de dicha circunstancia, pero entonces surge la cuestión de cómo debe realizarse dicho restablecimiento del equilibrio económico esencialmente cuando las causas del rompimiento han sido circunstancias no imputables a las partes o siendo imputables no se consideran una falta o una especie de incumplimiento del contrato.

En el derecho francés se ha tomado como una responsabilidad sin culpa³⁷⁸, o sin falta³⁷⁹ es decir, que surge el deber de reparar ante los hechos externos que no se desprenden de actuaciones negligentes o defectuosas de las partes, en busca de restablecer las cargas económicas afectadas por este tipo de circunstancias, en palabras textuales Christophe Guettier menciona “esta responsabilidad sin falta de la administración se

³⁷⁷ COLOMBIA, Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 27315. (24 de abril de 2013). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³⁷⁸ BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. 133-139.

³⁷⁹ GUETTIER, Christophe. Droit des contrats administratifs. Paris: Thémis, 2011. p. 622.

configura como el precio que debe pagar para poder imponer a su co-contratante una modificación unilateral del contrato”,³⁸⁰ caso muy diferente si se trata de un incumplimiento, donde ya surgirá el deber de reparar por la parte que incumplió,³⁸¹ pero ya bajo los parámetros de la responsabilidad con culpa o con falta,³⁸² es decir restablecer las cargas económicas, pero además reconocer los perjuicios que se causaron en razón de dicha actuación.

La responsabilidad sin culpa nace en el derecho francés, como respuesta a los diferentes cambios que debía afrontar las partes co-contratantes durante la ejecución del contrato ante circunstancias externas no imputables a las mismas, entonces ante todos aquellos hechos como las sujeciones materiales imprevistas, enriquecimiento sin causa, teoría de la imprevisión, entre otras, que ocasionara una afectación en la economía del contrato, surgía el deber de reconocer una especie de reparación al contratista,³⁸³ pero no como una falta sino para garantizar la continuidad del contrato. (Teoría que sigue presente en nuestros días) teniendo los siguientes fundamentos:

Primero, porque a diferencia del derecho privado los contratos públicos buscan la satisfacción de un interés general el cual es inherente al contrato, por lo que así se presenten circunstancias que dificulten su ejecución, la entidad estatal debe velar porque el mismo se cumpla³⁸⁴ y en este sentido, al presentarse los hechos mencionados si afectan la economía del acuerdo de voluntades probablemente su ejecución también se verá afectada, por lo que la entidad estatal debe intervenir para garantizar la continuidad del negocio jurídico y que el contratista pueda cumplirlo, en estos términos la reparación se presenta como una figura idónea para asegurar dichos objetivos.

Segundo, porque si bien el contratista es un colaborador del Estado para el cumplimiento de sus finalidades, los intereses de aquel no pueden verse sacrificados, por lo que “la

³⁸⁰ GUETTIER, Christophe. Droit des contrats administratifs. Paris: Thémis, 2011. p. 623.

³⁸¹ CHAPUS, René. Le droit administratif Français. Paris: Montchrestien, 2001. p. 351-378.

³⁸² GUETTIER, Christophe. Droit des contrats administratifs. Paris: Thémis, 2011. p. 608.

³⁸³ BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 133.

³⁸⁴ HOEPFFNER, Helene. Droit des contrats administratifs. Paris: Dalloz. 2016. p. 41.

administración contratante debe a su colaborador una solidaridad especial, para poder llevar a cabo la empresa común”³⁸⁵, entonces si sus intereses particulares se ven afectados al momento de cumplir los fines de la entidad estatal representante del Estado sería pertinente su restablecimiento.

Y finalmente, porque pese a que la entidad estatal tiene unos fines generales los cuales se consideran fines superiores, al ser el contrato público como cualquier otro contrato un acuerdo de voluntades el equilibrio económico debe mantenerse sin importar como, y es que “las prestaciones de los contratantes están correlacionadas entre sí, de tal suerte que si las de uno aumentan o disminuyen es necesario de conformidad con la equidad, la finalidad del contrato que las del otro vayan en el mismo sentido”³⁸⁶, en consecuencia si dicho equilibrio se modifica por alguna circunstancia ajena a las partes “es necesario adaptar las prestaciones a estas circunstancias lo que conduce al reconocimiento de una indemnización en favor del contratista”.³⁸⁷

En el derecho colombiano la responsabilidad sin culpa o sin falta,³⁸⁸ encaja dentro de la figura de la responsabilidad contractual, la cual se encuentra prevista en el Estatuto de Contratación Pública, artículo 50,³⁸⁹ este dice que la entidades estatales serán responsables por todas las actuaciones, omisiones o hechos antijurídicos; pero la Corte Constitucional ha mencionado que el presente artículo se debe entender de acuerdo a los parámetros del artículo 90 de la Constitución Política,³⁹⁰ de manera que cualquier daño antijurídico tomando el mismo como todas aquellas afectaciones que el particular

³⁸⁵ BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 158.

³⁸⁶ PÉQUIGNOT, George. Theorie generale du contrat administratif. Paris: Pedone, 1945, p. 488.

³⁸⁷ BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 137.

³⁸⁸ ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. El régimen de responsabilidad objetiva. Bogotá: Legis, 2017. p. 42.

³⁸⁹ Ley 80 de 1993, Artículo 50. “Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”.

³⁹⁰ Constitución Política de Colombia, Artículo 90: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

no está en la obligación de soportar³⁹¹, deben ser reparados,³⁹² y en este sentido no importaría si la afectación o el perjuicio ocasionado dentro del contrato es por culpa de la entidad o no, si se desprende de alguna actuación, hecho u omisión que ocasione un daño antijurídico, se configuraría la responsabilidad contractual y surgiría el derecho a una reparación al contratista de acuerdo a los perjuicios ocasionados, la cual, de acuerdo el artículo será una indemnización correspondiente a “la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”.

En la misma sentencia la Corte menciona que “la responsabilidad contractual puede tener como un fundamento la culpa o un fundamento objetivo”³⁹³, entonces con mayor razón la responsabilidad contractual no se limitaría únicamente a los casos en que el daño sea causado por una falta de la entidad estatal por ejemplo el incumplimiento³⁹⁴, sino que también se extendería a todas las afectaciones que tengan un fundamento que no se desprenda de la culpa de la parte contratante, por ejemplo, cuando se altera el equilibrio económico del contrato por una causal objetiva como lo es el caso fortuito o fuerza mayor.

En síntesis, el artículo 50 prevé la responsabilidad contractual generalizando la responsabilidad con culpa y sin culpa del derecho francés, configurándose ante cualquier daño antijurídico ocasionado al contratista en los negocios jurídicos en los que es parte una entidad estatal, y en estos términos podría comprender tanto los casos que sean por falta de la entidad contratante como los casos que no le sean imputables a la misma a título de actuación irregular, en razón a que se trata de una afectación que el contratista no estaba en el deber de soportar.

Pero el ordenamiento jurídico colombiano, no se ha limitado a este tipo de

³⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Los principios de una nueva ley de expropiación forzosa. Madrid: Civitas Ediciones, 2007. p. 46.

³⁹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-333. (1 de agosto de 1996). M. P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-333. (1 de agosto de 1996). M. P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁹⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 18499. (11 de agosto de 2010). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

responsabilidad como fundamento normativo del restablecimiento, sino que ha desarrollado la materia en la Ley 80 de 1993 en diferentes artículos de forma específica, en mi parecer porque la responsabilidad contractual aunque está prevista para todos aquellos casos que se ocasionen afectaciones que el contratista no está en el deber de soportar, la extensión de la reparación es muy severa para circunstancias que no son imputables a las partes, lo que permite inducir que va más inclinada a los casos de incumplimiento, en los que a la parte afectada si se le debe reconocer todos los perjuicios causados en razón a la falta o la actuación negligente de la otra parte y segundo, en relación directa con la primera razón, porque más allá de la reparación de la parte afectada en los términos de la responsabilidad contractual, lo que se busca en base al principio del equilibrio económico y financiero es volver a establecer las condiciones económicas y financieras para lograr la continuidad del contrato, por lo que no siempre se puede hablar de una indemnización integral para mantener la equivalencia económica en las condiciones del mismo.

En términos puntuales del restablecimiento de la ecuación financiera el Estatuto de Contratación Pública ha previsto diferentes artículos que se encargan de desarrollar esta materia de forma más precisa, así:

El artículo 27 en el cual se desarrolla el principio del equilibrio económico y financiero, y se enuncia la obligación en la actividad contractual de adoptar las medidas necesarias para restablecer la ecuación financiera cuando esta se ha roto por cualquier circunstancia.

En el mismo sentido el artículo 4 relativo a los derechos y deberes de las entidades estatales en el numeral octavo, donde se menciona que en busca de mantener las condiciones inicialmente pactadas durante la ejecución del contrato las entidades estatales tendrán mecanismos como la revisión o el ajuste de precios de la siguiente forma:

“8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de

proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios”.³⁹⁵

En pocas palabras, si las condiciones iniciales del negocio jurídico varían durante su ejecución, al ser una circunstancia que en principio no debe ocurrir, la ley introduce las medidas de revisión y ajuste de precios para mantener el contenido del mismo y garantizar claramente la ecuación financiera y la igualdad de las partes en el contrato.³⁹⁶

El artículo 5³⁹⁷ relativo a los derechos y deberes del contratista, por su parte menciona que tienen derecho a que las condiciones y estipulaciones inicialmente pactadas no sean alteradas durante la ejecución del contrato, pero que si surge algún tipo de modificación en el contenido del mismo que afecte su economía, el contratista tendrá derecho a que se le restablezca el equilibrio de la ecuación económica; así las cosas, los intereses del contratista en la relación contractual no se ven desconocidos o por lo menos evita que se cause una afectación mayor.

Pues aunque el contratista es un colaborador del Estado para lograr el cumplimiento de sus fines así como lo menciona el artículo 3³⁹⁸ de la Ley de Contratos Públicos, sus intereses no se pueden ver desconocidos dentro del negocio jurídico y en esa medida si

³⁹⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094, art. 4. No 8.

³⁹⁶ AROCHA ALARCÓN, Yesid y PINO RICCI, Jorge. Régimen de contratación estatal: El equilibrio económico y financiero de los contratos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. p. 281-282, desarrollan las medidas de revisión y ajuste del precio inicialmente pactado.

³⁹⁷ Ley 80 de 1993, Artículo 5, No 1. “...tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

³⁹⁸ Ley 80 de 1993, Artículo 3: “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”.

llega a verse afectado con alguna circunstancia que varió las condiciones inicialmente pactadas dependiendo la gravedad claro está, tiene el derecho a solicitar el debido restablecimiento de las condiciones económicas en base al tipo de afectación causada.

Entonces, el restablecimiento del equilibrio económico en el contrato estatal en el derecho colombiano tiene los siguientes fundamentos:

El primero, es con fundamento en la responsabilidad contractual, que ante un daño antijurídico que se le ocasione al contratista incluyendo dentro de estos cualquier circunstancia que rompa el equilibrio económico surge el deber de repararlo, el segundo es con referencia al principio del equilibrio económico y financiero, en la medida que las condiciones económicas entre las partes contratantes deben ser equivalentes y en este sentido, si esa equivalencia se quebranta se debe restablecer a la parte afectada teniendo como mecanismo el reajuste o la revisión de precios; y el tercero es que el contratista tiene como derecho que las condiciones económicas inicialmente pactadas no se varíen durante la ejecución del contrato y que en caso que estas lleguen a variarse afectando gravemente la economía mismo, debe ser restablecido, pues sus intereses no pueden verse desconocidos por lograr el cumplimiento de los fines del Estado.

Las anteriores razones son muy similares a las previstas por el derecho francés, pero el ordenamiento jurídico colombiano tiene una diferencia muy marcada respecto a este tema y es que el Estatuto de Contratación Pública deja la puerta abierta en cuanto a los destinatarios del restablecimiento cuando se varíen las condiciones económicas del contrato, pues si bien el artículo 50 y el artículo 5 se refieren únicamente al contratista, el artículo 27³⁹⁹ dice que en el caso que se configure un quebrantamiento de la equivalencia en el contrato, se tomarán las medidas necesarias para el restablecimiento teniendo como único límite que la parte que lo solicita no haya sido la generadora del rompimiento,

³⁹⁹ Ley 80 de 1993, Artículo 27: *“De la Ecuación Contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento...”*.

y en virtud de ello, tanto el contratista puede resultar afectado y está en la facultad de solicitar el debido restablecimiento, como la entidad estatal quien también podrá verse perjudicada y en los mismos términos podrá hacerse acreedora de las garantías del principio del equilibrio económico y financiero.⁴⁰⁰

Y es que el objetivo no es quien es el destinatario de esta garantía, sino que las condiciones económicas y en sí el contenido del contrato no resulte alterado y por lo tanto la equivalencia económica entre las partes se vea afectada; en esta medida, los mecanismos de revisión y ajustes de precios a los que hace mención el artículo 4 de la Ley de Contratos Públicos, no solo van dirigidos al contratista donde se tomará como un deber, sino también a la entidad contratante cuando resulte afectada, caso en el cual se vería como un derecho,⁴⁰¹ advirtiendo desde ahora que es una circunstancia realmente excepcional pero que en el derecho colombiano puede ocurrir.

Finalmente como se ha planteado en líneas anteriores, es preciso señalar que el quebrantamiento del equilibrio económico por una causal objetiva es muy diferente, que si se tratara por un incumplimiento de alguna de las partes,⁴⁰² pues si bien ambos claramente pueden afectar la economía del contrato, en el primero de los supuestos se trata de una responsabilidad sin falta o sin culpa y en el segundo se trata de una responsabilidad con culpa o con falta,⁴⁰³ y aunque el Estatuto de Contratación Pública no hace una diferenciación entre la responsabilidad basada en la culpa y la responsabilidad sin culpa, sino que simplemente se refiere a la responsabilidad contractual causada por cualquier clase de daño antijurídico, es necesario hacer la diferenciación, ya que, si bien el incumplimiento puede ocasionar el rompimiento del equilibrio económico del contrato, y surge la obligación de reparar a la parte afectada, ya no se tendrá como objetivo único restablecer el equilibrio económico y así continuar con la ejecución del contrato, sino que

⁴⁰⁰ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 14855. (29 de abril de 1999). C. P. Daniel Suárez Hernández.

⁴⁰¹ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. 9a ed. Bogotá: Leyer, 2015, p. 94-96.

⁴⁰² ZAMBRANO BARRERA, Carlos Alberto. Instituciones de derecho administrativo. t. II: Responsabilidad, contratos y procesal. Bogotá: Universidad del Rosario, 2016. p. 237.

⁴⁰³ HOEPFFNER, Helene. Droit des contrats administratifs. Paris: Dalloz. 2016. p. 506.

se buscara resarcir los perjuicios causados por la falta, y en esa medida la reparación claramente será superior, de esta forma lo expone Jose Luis Benavides:

“... en el caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales en efecto no se trata de pagar un complemento del precio para compensar las modificaciones de las prestaciones iniciales o reconocer una ayuda al contratante para permitirle soportar las pérdidas generadas por los eventos nuevos, sino de indemnizar plenamente al contratista por todos los perjuicios que ha sufrido, fruto del incumplimiento de la administración...”⁴⁰⁴

Así las cosas, en el evento que se trate de un verdadero incumplimiento lo más idóneo sería hablar de una indemnización integral en busca de reparar todos los perjuicios causados incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, situación muy diferente si se trata de un hecho externo o que siendo un hecho imputable a alguna de las partes no se configura como una falta o una actuación basada en la negligencia, como posteriormente se explicará.

En razón de lo anterior, considerando que se debe realizar un restablecimiento cuando el equilibrio económico se ha quebrantado tanto por causales imputables a las partes como por causales externas a las mismas, y que existen diferentes fundamentos legales para determinar la forma de restablecimiento, es necesario desarrollar a profundidad cómo en el ordenamiento jurídico colombiano se vuelven a restablecer las condiciones económicas en los negocios jurídicos en los que es parte una entidad estatal.

1.1 Las formas de restablecimiento de la ecuación contractual

Como ya se introdujo en el título anterior, ante el rompimiento del equilibrio económico por circunstancias tanto externas como atribuibles a las partes, surge el deber de restablecerlo, así no se trate de un incumplimiento o de una actuación contraria a la ley, por lo que es necesario determinar quién está en la obligación de asumir dicho restablecimiento, ya que por regla general no se trata de una falta atribuible ni al contratante ni al contratista.

⁴⁰⁴ BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 137.

Las circunstancias generadoras del rompimiento de las condiciones económicas como se vio en el capítulo primero, encajan dentro del alea anormal del contrato en la medida que no se puede cuantificar sus efectos⁴⁰⁵, así se pueda prever su ocurrencia; por ejemplo en la construcción de un puente, es posible que durante su ejecución ocurra un sismo en la zona donde se está construyendo y afecte la estructura de la obra, pero es imposible cuantificar los efectos de ese sismo y distribuir el riesgo entre las partes; entonces al no poderse distribuir este tipo de aleas previamente a la celebración del negocio jurídico, es importante establecer quien debe asumir la responsabilidad, es decir quien deberá restablecer la equivalencia de las condiciones económicas cuando una de estas circunstancias se configure.

Como regla general el alea anormal o el riesgo impredecible del contrato público es asumido por la entidad estatal por una simple razón, a diferencia del contratista el cual tiene únicamente unos intereses particulares, la parte contratante es decir los representantes del Estado tienen unos fines superiores con la ejecución del negocio jurídico, los cuales son previstos en el artículo 3 del Estatuto de Contratación Pública, de la siguiente forma:

“... 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...”⁴⁰⁶

En esta medida, si en la ejecución del contrato se presenta un hecho externo a la partes como es el caso fortuito, fuerza mayor, sujeciones materiales, etc., al ser la entidad estatal la parte que se encuentra más interesada en que el contrato se cumpla por los fines superiores que persigue, es la que asume el riesgo y por consiguiente es a quien le corresponde sufragar el valor del restablecimiento de acuerdo a las afectaciones ocasionadas por ese hecho.

⁴⁰⁵ MARINENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. t. III. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. p. 786-789, menciona que el alea extraordinaria o anormal es el acontecimiento que frustra o excede todos los cálculos que las partes pudieron hacer al momento de formalizar el contrato.

⁴⁰⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094, art. 3.

Además, como en varias partes lo he expuesto si bien el contratista es un colaborador para el cumplimiento de los fines de las entidades estatales, sus intereses no pueden verse desconocidos⁴⁰⁷, en virtud de ello aunque éste tiene que soportar el alea o el riesgo normal o previsible, así como se acordó en un principio al celebrar el contrato, no tiene por qué soportar el riesgo anormal o imprevisible⁴⁰⁸, de modo que le asiste el derecho de ser restablecido por todas las afectaciones que causen esas circunstancias que se encajan dentro del riesgo imprevisible; así lo ha enunciado el Consejo de Estado "...en todo contrato con el Estado, el contratista debe soportar a su propio costo el alea normal de toda negociación pero no el alea anormal y por lo tanto en este último evento las consecuencias deben serle residuas o atenuadas...".⁴⁰⁹

Aunque también, si la entidad estatal resulta afectada por esa circunstancia causada por un hecho externo que pertenece al alea anormal del contrato, no tiene por qué soportar en principio las afectaciones causadas por la misma⁴¹⁰, y en este sentido, también podrá buscar el restablecimiento del equilibrio económico a su favor, por medio de mecanismos como la revisión y ajuste de precios, así como lo enuncia el artículo 4 respecto a los derechos y deberes de las entidades estatales.⁴¹¹

Un caso diferente será cuando se trate de una circunstancia imputable a alguna de las partes sin tratarse de una falta o un incumplimiento, pues corresponde a quien la cause asumir el restablecimiento; en el derecho colombiano los eventos previstos legal y jurisprudencialmente se limitan a dos fundamentalmente: el hecho del príncipe, cuando la entidad estatal no como parte sino como autoridad genera afectaciones en el contrato

⁴⁰⁷ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto 561. (11 de marzo de 1972). C. P. Alberto Hernández Mora.

⁴⁰⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 21990. (28 de junio de 2012). C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁰⁹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 14578. (2 septiembre de 2004). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

⁴¹⁰ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 14855. (29 de abril de 1999). C. P. Daniel Suárez Hernández.

⁴¹¹ Ley 80 de 1993, Artículo 4: "*No 8 Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios*".

con sus actuaciones⁴¹² y la utilización de las cláusulas excepcionales, donde la entidad como parte en busca de alcanzar los intereses generales interviene unilateralmente en el contrato.

En los dos casos, se trata de hechos o actuaciones imputables a la entidad y en ese sentido también es ésta quien en principio asume el restablecimiento (teniendo esta regla general su excepción, pues como ya se introdujo, si por el uso de una potestad excepcional las condiciones económicas de la entidad estatal se quebrantan, la misma también podrá restablecerlas según la afectación⁴¹³), además que se trata de eventos que al igual que los hechos externos, son incuantificables pues no se sabe el impacto que ocasionará con su introducción en el contrato, y de este modo así se encuentren previstos legalmente, cuantificar las afectaciones que puedan llegar a ocasionar es muy difícil, por lo que también encajan dentro del alea anormal del contrato, y en esta medida es la entidad estatal quien asume la responsabilidad del resarcimiento.

Así las cosas, el restablecimiento del equilibrio económico ya sea por hechos externos o atribuibles a la parte contratante deben ser asumidos por regla general por la entidad estatal co-contratante, teniendo en cuenta que pueden existir eventos en que sea ésta quien resulte afectada y en este sentido pueda solicitar el restablecimiento, teniendo en cuenta que un hecho verdaderamente excepcional, por lo que debe mirarse en cada caso en específico.

Situación diferente si el rompimiento es generado por el incumplimiento de alguna de las partes, puesto que, en este caso al tratarse de una falta atribuible al contratante o al contratista el restablecimiento debe ser costado por la parte que incumplió⁴¹⁴ de una u otra forma, considerando que más que un restablecimiento de las cargas económicas, se trata de una reparación de acuerdo a la afectación causada con la falta.

⁴¹² COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 36865. (23 de noviembre de 2017). C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁴¹³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis, 2015. p. 49.

⁴¹⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 17767. (31 de enero de 2011). C. P. Olga Melida Valle de la Oz.

Y aunque se puede concluir que en la mayoría de eventos en que exista quebrantamiento del equilibrio económico será la entidad estatal la encargada de restablecerlo, es necesario en cada caso en concreto determinar a quién le corresponde restablecer el equilibrio económico y financiero; y así lo ha previsto el Consejo de Estado:

“La verificación de dicho equilibrio impone la obligación de valorar la ecuación financiera en cada caso particular, analizando los valores acordados en el contrato, de manera tal que se pueda establecer si el mismo ha permanecido inalterado. En caso contrario, es menester dilucidar a quién le es imputable el quiebre de dicha ecuación, con el objetivo de que la restablezca”.⁴¹⁵

Ya teniendo claro que ante el quebrantamiento del equilibrio económico surge el deber de volver a establecer la equivalencia de las condiciones económicas a la parte afectada, y que por regla general quien asume el costo del restablecimiento es la entidad estatal contratante, pero que se deberá determinar en cada caso en concreto quien asume dicha responsabilidad, se abordará las formas como se ha tomado el restablecimiento de las condiciones económicas en el derecho colombiano.

La Ley 80 de 1993, prevé en principio en el artículo 27 que se debe garantizar la equivalencia de las condiciones económicas y prestaciones entre las partes contratantes, pero que si por cualquier circunstancia se rompe dicha equivalencia, se deben adoptar las medidas necesarias para lograr su restablecimiento; en palabras textuales dice:

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

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre 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”.⁴¹⁶

⁴¹⁵ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 20683. (7 de marzo de 2011). C. P. Olga Melida Valle de la Oz.

⁴¹⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no.

Con el mismo objetivo de mantener el equilibrio económico y financiero dentro del contrato, y en este sentido mantener las condiciones inicialmente pactadas, el artículo 4 No 8 de la Ley 80 menciona que se tendrán como medidas la revisión y el ajuste de precios de la siguiente forma:

“Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios”⁴¹⁷.

Por lo que, si las condiciones económicas se ven alteradas el precio del contrato no es invariable sino por el contrario está sujeto a modificación, en función de la ejecución del negocio jurídico y su cumplimiento⁴¹⁸. Siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos, como lo expone el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

“... si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso”.⁴¹⁹

De manera que se toman como mecanismos idóneos para responder en aquellos eventos donde el contrato se encuentre en una situación de desequilibrio económico ajustando el valor inicialmente pactado de acuerdo a las necesidades que surjan durante su ejecución, siempre y cuando el rompimiento de la ecuación contractual sea causado por una circunstancia no imputable a la parte que lo solicita y se demuestre la afectación

41.094, art. 27.

⁴¹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094, art. 4, No. 8.

⁴¹⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 18080. (31 de agosto de 2011). C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴¹⁹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 22952. (4 de septiembre de 2003). C. P. Alier Hernández Enríquez.

ocasionada; en el mismo sentido se convierten en medidas tan esenciales para restablecer el equilibrio económico de los contratos y garantizar su cumplimiento, que si se pacta su renuncia entre las partes contratantes, el Consejo de Estado ha previsto que dicha estipulación estaría viciada de nulidad absoluta so pretexto de la libertad negocial, de la siguiente forma:

“La posibilidad de acudir a los instrumentos de ajuste y revisión de precios refleja, entre otros, el principio de mantenimiento del equilibrio económico del contrato, propio de los contratos conmutativos onerosos (artículos 1496 a 1498 del C.C.), a cuya categoría pertenecen gran parte de los contratos estatales (artículo 28, Ley 80 de 1993), por cuanto están orientados a garantizar que la prestación intrínseca se mantenga inalterable, es decir, que no sea sustancialmente distinta de aquella prevista al momento de acordar el sinalagma funcional (plazo, precio y objeto). Esto significa que las partes no pueden renunciar, antes de que se presente el supuesto de ruptura, a que se restablezca el equilibrio económico- financiero del contrato. Nadie puede renunciar a lo que desconoce; por ende, como los contratantes no saben cuándo, cuántas veces y por qué período se producirá la variación de los precios, no es válido dimitir de los reajustes de precios a través de un acuerdo convencional. Esto implica que la cláusula de renuncia a los reajustes de precios se torne ineficaz al momento de solicitar la revisión de los precios del contrato.

...

El principio de equilibrio económico del contrato se concreta en mandatos jurídicos de orden imperativo, que fungen como límites de la autonomía de la voluntad de las partes y, por ello, no pueden ser desconocidos por éstas al momento de estructurar el contrato, porque, de lo contrario, se modificaría la naturaleza del mismo (conmutativo, oneroso, sinalagmático perfecto o bilateral perfecto, para convertirlo en aleatorio), de modo que, cuando las partes pactan en el contrato que el contratista renuncia a los reajustes de precios, la disposición contractual surge viciada de nulidad absoluta, porque excede o desborda el marco de libertad que las partes tienen para autorregular la relación negocial, debido a que, de un lado, no es posible que ellas modifiquen la esencia o la naturaleza del contrato (conmutativo – aleatorio) y, de otro lado, no pueden concebir las disposiciones contractuales en contravía de los preceptos legales imperativos”.⁴²⁰

Haciendo un recuento hasta este punto, la Ley de Contratos Públicos reconoce que ante el rompimiento de la ecuación financiera (la equivalencia de las condiciones económicas y financieras entre las partes contratantes) se debe proceder al restablecimiento de las condiciones económicas a la parte afectada, siempre y cuando no le sea atribuible la ocurrencia de esa circunstancia generadora del desequilibrio económico y se colocan a disposición de las partes contratantes los mecanismos para restablecer la equivalencia económica, como es la posibilidad de suscribir nuevos acuerdos para cubrir todos los

⁴²⁰ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 20524. (14 de marzo de 2013). C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

gastos adicionales y en general los costos que ocasione esas circunstancias (artículo 27, Ley 80 de 1993) y la revisión o ajuste del precio inicialmente pactadas (artículo 4 No 8 Ley 80 de 1993)⁴²¹, teniendo estas medidas el carácter de irrenunciables.

Pero no se menciona expresamente cómo se debe realizar dicha reparación y en qué punto se entenderá restablecida la ecuación financiera, es decir la equivalencia de las condiciones económicas y las prestaciones entre las partes contratantes.

Sin embargo, el artículo 5 del Estatuto de Contratación Pública se encarga de llenar parcialmente ese vacío y menciona en su numeral 1° que en el caso que las condiciones económicas del contrato se alteren durante su vigencia, el contratista tendrá derecho al restablecimiento de dichas condiciones, de la siguiente forma:

“Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato...”⁴²²

Así las cosas, si la alteración de las condiciones económicas y las prestaciones han sido causadas por un hecho externo, como es el caso fortuito, fuerza mayor, sujeción material imprevista o la teoría de la imprevisión, surge el derecho del contratista a un restablecimiento por parte de la entidad estatal, el cual será hasta el punto de no pérdida es decir la compensación, medida que considero razonable ya que no se trata de una afectación imputable a alguna de las partes, por lo que en principio la responsabilidad y por lo tanto el deber de restablecimiento no estaría a cargo de la entidad estatal, es así que en el derecho privado en caso que ocurra un hecho de esta clase y sea imposible a causa del mismo la continuidad del contrato daría lugar a su terminación⁴²³; pero como

⁴²¹ AROCHA ALARCÓN, Yesid y PINO RICCI, Jorge. Régimen de contratación estatal: El equilibrio económico y financiero de los contratos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. p. 281-282.

⁴²² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094, art. 5, no. 1.

⁴²³ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá: Temis, 2016. p. 34.

en los contratos públicos las entidades estatales tienen unos fines superiores a los intereses particulares, esta está obligada a compensar al contratista por los gastos en los que ha tenido que incurrir por el hecho externo ocurrido durante la ejecución del contrato, para evitar su paralización.

La compensación hace referencia al reconocimiento de los mayores valores en que ha podido incurrir el contratista como consecuencia del rompimiento del equilibrio económico del contrato⁴²⁴, lo que permitirá llevarlo a un estado de no pérdida en la ejecución del mismo.

Ese estado de no pérdida, o el restablecimiento estrictamente por las afectaciones causadas es lo que se llama daño emergente, encaminado a que la parte co-contratante no resulte verdaderamente perjudicada con este tipo de circunstancias.⁴²⁵

Y es que, aunque los hechos externos que causen afectaciones al contratista, podrían encajar perfectamente dentro de la responsabilidad contractual, al tratarse de un daño que la parte co-contratante no tiene por qué soportar, considero que la reparación a la cual hace referencia el artículo podría ser drástica, pues en el mismo se permitiría incluir el reconocimiento no solamente del daño emergente sino también el lucro cesante, por un hecho no imputable a la entidad estatal; por lo que la compensación ante esta clase de circunstancias reconociendo los mayores valores en los que incurrió el contratista pienso que es razonable para restablecer la equivalencia de las condiciones económicas del contrato, y así lo dice Myriam Guerrero “sin embargo como este tipo de hechos no son imputables a la administración contratante, el contratista no puede pretender una indemnización integral de su perjuicio que compensaría no solo sus pérdida sino también lo que aspiraba ganar”.⁴²⁶

⁴²⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 36359. (1 de agosto de 2016). C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁴²⁵ HENAO, Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007. p. 195-199.

⁴²⁶ GUERRERO, Myriam. Compensaciones de la ruptura del equilibrio financiero del contrato. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, p. 241.

Luego el artículo 5 menciona que si la alteración fue generada por un incumplimiento de alguna de las partes, la reparación no será hasta el punto de no pérdida sino que ira hasta el nacimiento del contrato, es decir, que se tendrá que restablecer la ecuación financiera de acuerdo a los términos iniciales en el momento en que se celebró; entonces, en este caso la medida que se toma es mucho más drástica ya que lo que se trata es de volver al estado anterior a la ocurrencia de la circunstancia que ocasionó la afectación, como si la misma no hubiera existido, de modo que el restablecimiento claramente debe ser superior en comparación a la compensación, tomándose como una indemnización integral.

Pero como lo he expuesto en diferentes ocasiones, aunque el incumplimiento claramente puede generar un rompimiento de la ecuación financiera, en el momento del restablecimiento, el mismo no va ir dirigido únicamente a volver a establecer esas condiciones económicas sino que va mucho más allá, en busca de reparar a la parte contratante afectada y en sí de resarcir todos los perjuicios causados con el mismo. Es más el Consejo de Estado lo ha tomado de la siguiente forma:

“... el incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo comercial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato.

...

Como se aprecia, el incumplimiento se origina en una conducta alejada de la juridicidad de uno de los extremos co-contratantes que, de manera injustificada se sustrae de la satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo y en la forma estipulada.

Su ocurrencia invade la órbita de la responsabilidad contractual y desde esa perspectiva, la parte cumplida podrá acudir a la jurisdicción en procura de obtener la resolución del vínculo obligación, el cumplimiento del compromiso insatisfecho y la indemnización de los perjuicios causados”.⁴²⁷

De manera que, así se prevea en el artículo 5 que ante el rompimiento del equilibrio económico por causa de un incumplimiento se deberá restablecer desde el nacimiento del contrato, considero que este no se puede limitar a restablecer la ecuación financiera, sino que realmente se debe reparar los perjuicios causados al contratista y este sentido

⁴²⁷ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 38449. (27 de enero de 2016). C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

debe entenderse de forma armónica con el artículo 50 del Estatuto de Contratación Pública.

Puesto que si la entidad estatal de una u otra forma incumple como es el caso en que se haga un uso indebido de las potestades excepcionales, y si ese incumplimiento afecta al contratista, claramente se trataría de un daño antijurídico y por lo tanto en los términos de ese artículo la reparación, comprenderá “indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”, es decir, una clara indemnización integral con base en la responsabilidad contractual, reconociendo el daño emergente que como lo había mencionado son los mayores valores en los cuales el contratista pudo incurrir y en si la disminución patrimonial ocasionada por esa falta y el lucro cesante como la utilidad, ganancias o beneficios dejados de percibir por la afectación.⁴²⁸

Sin desconocer la responsabilidad del contratista, cuando éste sea el que incumpla, pues al generar de igual forma afectaciones a la entidad estatal y al no alcanzar el objeto contratado, también deberá una indemnización integral a la parte afecta teniendo en cuenta tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Entonces, cuando se trate de restablecer el equilibrio económico las formas de reparación previstas en la Ley 80 de 1993, son dos: la compensación y la indemnización, medidas que serán aplicadas dependiendo las circunstancias que generen el quebrantamiento de dicho equilibrio, entendiendo la compensación como el reconocimiento de los mayores valores o los gastos adicionales en los que el contratista tuvo que incurrir por la ocurrencia de alguna circunstancia, en pocas palabras el daño emergente; y la indemnización, como aquella forma de restablecimiento en la que se reconoce tanto los mayores valores en que tuvo que incurrir el contratista es decir el daño emergente y en general las afectaciones patrimoniales causadas, como lo que dejó de percibir por la ocurrencia de dicha circunstancia es decir el lucro cesante⁴²⁹, en los mismos términos del Código

⁴²⁸ HENAO, Juan Carlos. El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 204-209.

⁴²⁹ MARINENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. t. III. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. p. 772.

Civil⁴³⁰, pero en este caso tratando de volver al estado inicial del contrato; teniendo como finalidad con ambas modalidades, restablecer la equivalencia de las condiciones y prestaciones que se vieron quebrantadas.

Pero, aunque se determina las formas de restablecimiento (indemnización y compensación), los hechos en los cuales se deben aplicar esas modalidades (hechos externos y los casos de incumplimiento) y las medidas que pueden utilizar las partes para introducir la compensación o la indemnización (revisión y ajuste de precios) como en líneas anteriores se explicó, no es muy clara la forma de restablecimiento idóneo para el caso del uso de las potestades excepcionales, pues el artículo 5 únicamente se refiere a hechos externos y al incumplimiento de la entidad estatal como las circunstancias generadoras del restablecimiento ya sea desde el nacimiento del contrato o hasta el punto de no pérdida.

Dejando de lado las circunstancias que siendo imputables a alguna de las partes y que pueden llegar a romper el equilibrio económico del contrato son permitidas legalmente, como es el caso del uso debido de las potestades excepcionales, puesto que las mismas son facultades concedidas por la ley a las entidades estatales, quienes en el momento en que vean pertinente pueden introducirlas por medio de actos administrativos, entonces no se trata de un hecho externo, pero siendo una actuación atribuible a la entidad estatal, tampoco es un incumplimiento, en la medida que se tiene autorización legal para su ejercicio, claro está si se utilizan debidamente, ya que si se utilizan de forma indebida se entrará en el campo del incumplimiento y su reparación se realizara como se planteó previamente.

Pero en términos generales, si las potestades excepcionales se utilizan correctamente no encaja en ninguno de los eventos presentados en el artículo 5 del Estatuto, por lo que es necesario determinar cómo se restablece el equilibrio económico y financiero de un contrato estatal, cuando ha sido quebrantado por el uso debido de una cláusula

⁴³⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CODIGO CIVIL. Ley 57. (26 de mayo de 1873). Diario Oficial. Bogotá D. C., 1873, no.2.867, art.1613: *“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”*.

excepcional, puesto que cuando se trate de un uso indebido se configura como una especie de incumplimiento como lo he venido mencionando y en razón a este la reparación corresponderá a una indemnización integral de acuerdo a los perjuicios causados.

2. RESTABLECIMIENTO DE LAS CONDICIONES ECONÓMICAS Y FINANCIERAS, CUANDO HAN SIDO QUEBRANTADAS POR EL USO DE UNA POTESTAD EXCEPCIONAL: LUCHA ENTRE LA COMPENSACIÓN Y LA INDEMNIZACIÓN

Las potestades excepcionales como causal de rompimiento del equilibrio económico y financiero no se encuentran incluidas en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993, por lo que el artículo 14 de la misma ley se ha encargado de desarrollar específicamente esta figura de la siguiente forma:

“Artículo 14. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial...”⁴³¹

Es decir que en el caso que el quebrantamiento del equilibrio económico sea causado por el uso de una potestad excepcional, se deberá realizar las indemnizaciones y compensaciones correspondientes como formas de restablecimiento, teniendo claro que este es netamente patrimonial (monetario) y por lo tanto, puede el contratista renunciar a

⁴³¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094, art. 14.

él, siempre y cuando la renuncia sea posterior a la generación de la indemnización o compensación, pues no es permisible renunciar anticipadamente al restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal.⁴³²

Pero de todos modos se llega al mismo punto, pues no hay claridad respecto a qué forma es la indicada o en qué eventos se debe utilizar una o la otra para volver a garantizar la equivalencia de las condiciones económicas y financieras y en si el equilibrio contractual.

El artículo mencionado habla de la compensación y la indemnización sin hacer distinción alguna, simplemente las toma como las formas de restablecimiento, pero hay que tener en cuenta que son diferentes respecto a su alcance, puesto que en la compensación se reconoce únicamente los mayores valores en que tuvo que incurrir la parte afectada, es decir el daño emergente, pero en la indemnización se va mas allá, ya no solo se habla de los mayores valores y en si la afectación patrimonial causada (daño emergente), sino también de las utilidades dejadas de percibir (lucro cesante), en los mismos términos que lo enuncia el Código Civil en los artículos 1613⁴³³ y 1614⁴³⁴.

Esta imprecisión normativa, ha sido materia de pronunciamiento del Consejo de Estado quien mencionó:

“Finalmente la sala en desarrollo de su función pedagógica encuentra necesario precisar que respecto de las diferencias existentes entre los supuestos y los efectos del desequilibrio financiero del contrato y la responsabilidad contractual del Estado no hay unidad normativa, jurisprudencial ni doctrinal. En efecto del análisis de la regulación legal contenida en la Ley 80 de 1993, se advierte que el tema no está claro; muestra de ello es que las disposiciones relativas al “ius variandi”, por la modificación o interpretación unilateral del contrato prevén

⁴³² BETANCOURT REY, Miguel. Derecho privado: Categorías básicas. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006.

⁴³³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CODIGO CIVIL. Ley 57. (26 de mayo de 1873). Diario Oficial. Bogotá D. C., 1873, no.2.867, art.1613: “*La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento*”.

⁴³⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CODIGO CIVIL. Ley 57. (26 de mayo de 1873). Diario Oficial. Bogotá D. C., 1873, no.2.867, art.1614: “*Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento*”.

como efecto de su ocurrencia la obligación de reconocer y pagar las compensaciones e indemnizaciones a que hubiera lugar de lo cual se infiere que, para el legislador, este evento puede producir tanto el desequilibrio financiero del contrato -que conduzca la compensación del afectado como de responsabilidad- que conduzca la indemnización plena de perjuicios causados”.⁴³⁵

Así las cosas, como legalmente no se ha previsto cuándo se debe hacer uso de la compensación y cuándo de la indemnización, en el caso que por el uso de una potestad excepcional se rompa el equilibrio de la ecuación financiera, para lograr el debido restablecimiento, es necesario entrar a resolver este vacío normativo identificando la procedencia de la compensación y de la indemnización plena de perjuicios en los casos de rompimiento del equilibrio económico del contrato.

2.1 La compensación y la indemnización plena como formas de restablecimiento

Las formas previstas en el Estatuto de Contratación Pública para lograr el restablecimiento del equilibrio económico cuando el mismo ha sido quebrantado son entonces la indemnización y la compensación, pero ante la ausencia de claridad normativa de su aplicación respecto al uso debido de las cláusulas excepcionales, la doctrina ha tomado diferentes corrientes, ya que algunos autores mencionan que la forma correcta de restablecimiento es la compensación mientras que otros consideran que es la indemnización integral.

Pero antes de exponer las corrientes previstas, es necesario establecer con un poco más de profundidad la diferencia entre estas dos formas de restablecimiento de la ecuación financiera; la compensación se ha identificado con el reconocimiento de los mayores valores en que ha podido incurrir la parte co-contratante afectada como consecuencia del rompimiento del equilibrio económico, lo cual permitirá llevarlo a un estado de no pérdida en la ejecución del contrato; para tal fin, se le otorgará únicamente el daño emergente que pudo haber sufrido; identificando el mismo como los gastos que ha tenido que sufragar para el cumplimiento del objeto contractual o en si las afectaciones sufridas de

⁴³⁵ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 28616. (14 de abril de 2005). C .P. Germán Rodríguez Villamizar.

acuerdo al artículo 5 No 1 del Estatuto de contratación⁴³⁶; encajando este tipo de restablecimiento en todos aquellos casos en que la ecuación financiera se quebrante por causa de un hecho externo, teniendo como finalidad la continuidad del contrato, sin atribuirle responsabilidad alguna a las partes.

Por su parte, la indemnización plena de perjuicios corresponde al reconocimiento tanto del daño emergente es decir los mayores costos o gastos que la parte co-contratante ha tenido que sufragar ante la alteración de las condiciones económicas, como el lucro cesante que corresponde a todos aquellos beneficios de los cuales la parte afectada era acreedor, y que podía prever con la ejecución del contrato⁴³⁷, que en los términos del artículo 5 No 1 de la Ley 80 de 1993, sería llevar el contrato en sus efectos económicos y financieros hasta el momento de su nacimiento, lo que implica otorgar además del mayor valor en la ejecución del mismo hasta un estado de no pérdida, las utilidades que el contratista pudiera percibir en condiciones normales, reparación que ha sido destinada para los eventos de incumplimiento y en sí, cuando el rompimiento sea causado por la falta de alguna de las partes, lo que según el artículo 50 de la misma ley se denomina responsabilidad contractual.

Ambas figuras son concebidas para lograr el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando el mismo ha sido quebrantado, en busca de lograr su continuidad y posteriormente su cumplimiento, a menos que lo que se pretenda es su terminación, donde estas medidas serán únicamente resarcitorias.

Ahora, respecto a cuál de estas dos formas de restablecimiento es la indicada para aquellos casos cuyo rompimiento se haya causado por el uso debido de una potestad excepcional, una parte de la doctrina ha previsto que la forma adecuada es la

⁴³⁶ Ley 80 de 1993, Artículo 5.: "...Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas...".

⁴³⁷ MARINENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. t. III. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. p. 193.

compensación, pues cuando se habla de este tipo de atribuciones dadas únicamente a la entidad estatal, ya sea como autoridad o como parte dentro del negocio jurídico, en el momento en que se utilizan se sacrifican o se afectan derechos otorgados al contratista (derechos patrimoniales)⁴³⁸, los cuales en principio no pueden modificarse pero en caso que se alteren se podría asimilar a una expropiación prevista en los artículos 2, 58 y 90 de la Constitución Política, puesto que se estarían quitando derechos ya otorgados, evento en el que se debe un restablecimiento que va hasta el reconocimiento del daño emergente⁴³⁹, que en el caso de la contratación estatal serían los mayores valores en los que tuvo que incurrir la parte afectada, es decir el reconocimiento de la afectación causada, dejando de lado el lucro cesante.

En las mismas palabras Miguel Marienhoff, enuncia que el restablecimiento también se basa de acuerdo a la Constitución Política Argentina en la figura de la expropiación, cuando en busca de la utilidad pública se hayan desconocido o afectado derechos de particulares; pero que el derecho a que la parte afectada sea restablecida se limita al daño emergente, ya que en el ordenamiento jurídico argentino la reparación por causa de la expropiación va únicamente hasta el valor del bien que ha sido expropiado es decir la compensación, pero deja la salvedad que dependerá de cada ordenamiento jurídico determinar qué tipo de reparación se le reconoce a los casos de expropiación.⁴⁴⁰

Siguiendo estos supuestos, una parte de la doctrina ha precisado que en el caso de la utilización de la potestad excepcional de terminación cuando con el cumplimiento del contrato no se generara un beneficio al contratista, la compensación sería la forma de restablecerlo, pues no existiría un lucro cesante, es decir una ganancia prevista que debería ser reconocida.⁴⁴¹

⁴³⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Los principios jurídicos del derecho administrativo. Madrid: Wolters Kluwer, 2010. p.1336.

⁴³⁹ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999. p. 481.

⁴⁴⁰ MARINENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. t. III. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. p. 193.

⁴⁴¹ DE LAUBADERE, André; MODERNE, Frank y DELVOLVÉ, Pierre. Traité des contrats administratifs. t. 2. Paris: LGDJ, 1980. num. 1328.

Juan Salvador Santamaría por su parte, enuncia que en el derecho español varias sentencias del Tribunal Supremo establecen que debe existir “el derecho del contratista o del concesionario a la compensación real y verdadera de todos los daños y perjuicios que sean consecuencia de la modificación impuesta por la administración”... “una compensación que habrá de existir siempre que se produzcan excesos sobre la prestación inicialmente acordada por el contratista”⁴⁴², es decir, que toda vez que se varíen las condiciones económicas del contrato, como es el caso de la modificación unilateral, se debe el restablecimiento al contratista afectado correspondiente a las afectaciones generadas dejando por fuera el lucro cesante.

Y es que resulta muy razonable hablar del reconocimiento únicamente del daño emergente, pues si bien las razones dadas anteriormente son asequibles en la medida que la afectación de los derechos patrimoniales por causa de la utilización de una potestad excepcional y en sí de cualquier potestad estatal se pueden equiparar a la figura de la expropiación y que puntualmente en la potestad de terminación unilateral puede que no existan beneficios que se generen con el cumplimiento del contrato, se trata de unas facultades legales, y aunque el contratista resulte afectado y se le deba por consiguiente una reparación con fundamento en el principio del equilibrio económico y financiero del mismo, así como en la igualdad; como la parte contratante está autorizada legalmente para modificar, interpretar o terminar el contrato en busca de satisfacer el interés general, no se trataría de una falta o una actuación culposa por la cual se configuraría la indemnización integral como se prevé en los artículos 5 y 50 de la Ley de Contratos Públicos, entonces, al no atribuírsele una responsabilidad (por falta o falla) por dicha actuación, se podría tomar como un hecho externo y reparar únicamente de acuerdo a las afectaciones sufridas sin tener en cuenta el lucro cesante, es decir, simplemente a través de la compensación.

Por el contrario, otra parte de la doctrina ha previsto, que ante el rompimiento del equilibrio económico y financiero por el uso debido de una potestad excepcional, la forma de restablecimiento es por medio de una reparación integral incluyendo el *damnum*

⁴⁴² SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Los principios jurídicos del derecho administrativo. Madrid: Wolters Kluwer, 2010. p.1347.

emergens (daño emergente) y el *lucrum cessans* (lucro cesante).⁴⁴³

Pues si bien el contratista es un colaborador del Estado, y con la ejecución del contrato lo que busca es satisfacer los fines de la entidad estatal contratante, este no puede verse sacrificado (el interés particular), ya que independientemente que la finalidad sea satisfacer unos intereses generales, su interés particular en el contrato no se puede olvidar, es decir, la utilidad que espera recibir con la ejecución del mismo⁴⁴⁴, por lo que así la compensación podría verse como una forma idónea de restablecimiento al contratista afectado, reconociendo únicamente los gastos adicionales en los que pudo incurrir con la introducción de la potestad excepcional o las afectaciones ocasionadas, el restablecimiento no estaría completo, ya que el interés del contratista en el sentido de lo que esperaba recibir con el negocio jurídico, al cambiar de una u otra forma las reglas de juego unilateralmente, se vería desconocido; de este tipo de indemnización habla Rodrigo Escobar Gil, de la siguiente forma:

“Se infiere la regla de la *restitutio in integrum*, conforme a la cual la extensión de la indemnización debe ser completa e integral que permita cubrir la totalidad de los mayores costos (*domnum emergens*) y de las menores utilidades (*lucros cessans*), que sufra el contratista, es una regla básica que para que la reparación cumpla la función de restablecer la plenitud de la equivalencia económica o la igualdad entre derechos y obligaciones existentes al momento de la celebración del contrato”.⁴⁴⁵

Y es que en términos económicos, la indemnización integral garantiza la verdadera equivalencia de este tipo de condiciones de acuerdo a los parámetros del principio del equilibrio económico y financiero, pues al reconocer no solo el daño emergente es decir los mayores valores o la afectación causada, sino también la utilidad que se esperaba recibir, las condiciones económicas no tendrían ninguna clase de alteración, de modo que la ecuación financiera permanecería intacta.

De esta manera, para que las condiciones económicas vuelvan a ser las inicialmente

⁴⁴³ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público económico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 118.

⁴⁴⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto 561. (11 de marzo de 1972). C. P. Alberto Hernández Mora.

⁴⁴⁵ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999. p. 486.

pactadas, no solamente debe reconocerse los costos sino también los beneficios, pues puede ocurrir que con la introducción por ejemplo de la potestad de modificación unilateral a un contrato de obra de una vía pública y variar la calidad de los materiales, no solo se genere impacto en los gastos, los cuales claramente se deberán reconocer (daño emergente), sino también en la utilidad prevista, la cual puede verse reducida (lucro cesante), puesto que al ser superiores los gastos en la ejecución del objeto contratado los beneficios esperados se reducen y en esta medida, para que las condiciones no tengan ninguna clase de alteración, ambos factores deben ser objeto de restablecimiento.

Otra razón, es que aunque legalmente se faculte a la entidad estatal para ejercer este tipo de potestades unilateralmente, se trata de actos en los cuales el contratista no puede intervenir y al no mediar su voluntad, si la reparación no fuera integral, claramente sus derechos patrimoniales y el principio de igualdad dentro del contrato se vería desconocido, pues si a la entidad estatal se le otorgan unas facultades de tal magnitud como para modificar o terminar el contrato, deben existir unos derechos equivalentes que permitan colocar al contratista en la misma posición que la parte contratante⁴⁴⁶, es decir la entidad estatal, por lo que si la indemnización no es integral reconociendo tanto los mayores valores o la afectación y la utilidad esperada, no existiría una equivalencia entre los derechos de las partes co-contrantes.

En síntesis, “el co-contratante de la administración no tiene por qué soportar ninguna de las consecuencias económicas de una medida administrativa tomada para la mejor satisfacción del interés general y de los servicios públicos”.⁴⁴⁷

2.2 Propuesta de la Investigación

A manera de propuesta, considero que los argumentos mencionados son muy generales, y aunque coincido en que la forma de restablecimiento adecuada, cuando el contrato ha

⁴⁴⁶ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. 9a ed. Bogotá: Leyer, 2015. p. 665.

⁴⁴⁷ GASTÓN, Jeze. Principios generales del derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1950, p. 268-269.

sido quebrantado por el uso debido de una potestad excepcional es por medio de una indemnización integral, no es por las mismas razones.

Pues si bien los argumentos planteados van dirigidos a proteger al contratista, a que la extensión de la reparación sea la mayor posible y que los derechos de las partes sean equivalentes, pienso que se prestaría para confusiones, pues podrían extenderse a cualquier causal de rompimiento del equilibrio económico, puesto que en si el contratista no está en la obligación de soportar ninguna clase de afectación, entonces hasta los hechos externos podrían encuadrar dentro de la indemnización integral, cuando no lo es.

Por lo que en mi opinión la razón de ser de esta clase de reparación va más allá, y es que a diferencia de un hecho externo donde su ocurrencia no se le puede atribuir a las partes contratantes, en las potestades excepcionales si, ya que se trata de una decisión unilateral tomada por la entidad estatal como parte dentro del negocio jurídico y aunque se encuentre facultada legalmente para tomar este tipo de decisiones, por ejemplo modificar, terminar, interpretar unilateralmente el contrato en busca de satisfacer intereses generales, se trata de actuaciones imputables a la parte contratante y en este sentido el restablecimiento debe ser integral.

El Consejo de Estado en algún sentido es partidario de esta postura, cuando en sentencia de la Sección Tercera expresa:

“... si el desequilibrio se produce por circunstancias imputables o atribuibles a la administración pública contratante en ejercicio de una cláusula excepcional o exorbitante o en ejercicio de su imperium, será procedente no sólo equilibrar el contrato en relación con los costos y gastos en que se haya incrementado su ejecución o prestación, sino también indemnizar al contratista. Entre tanto, si la ruptura o desequilibrio tiene su génesis en un hecho externo, imprevisible y ajeno a las partes, que afecta de manera anormal y grave la ecuación financiera del negocio, las partes contratantes sólo estarán obligadas a llevar al sujeto que padece o sufre el desequilibrio a una situación de no pérdida”.⁴⁴⁸

Esta posición se refuerza en la medida que las cláusulas excepcionales al ser potestades

⁴⁴⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 36359. (1 de agosto de 2016). C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

propias de la Administración se podrían equiparar al hecho del príncipe, en la medida que este se enmarca en todas aquellas actuaciones en cabeza de la Administración, expresadas en actos o decisiones administrativas unilaterales en ejercicio del poder público, externas al contrato, las cuales pueden tener incidencia en el negocio jurídico que se encuentra en ejecución⁴⁴⁹; entonces, en ambos casos se trata de decisiones o actuaciones unilaterales en cabeza de la entidad estatal, las cuales causan efectos en el contrato, llegando a ocasionar graves alteraciones en las condiciones económicas del mismo; únicamente que en el caso de las potestades excepcionales se ejercen como parte dentro del negocio jurídico y en el hecho del príncipe como autoridad pública, pero en uno y otro caso como consecuencia del ejercicio de una potestad, poder o prerrogativa pública.

La doctrina respecto a esta causal ha dicho, que la Administración Pública contratante se encuentra en el deber jurídico de indemnizar integralmente a su co-contratante⁴⁵⁰, ya que se trata de actuaciones generales o particulares atribuibles a una de las partes dentro del contrato y por lo tanto se podría tomar como una responsabilidad de la Administración por incumplimiento o culpa, lo que en el derecho colombiano es presentado como responsabilidad contractual objetiva y de la misma forma lo ha previsto el Consejo de Estado desde el año 2005 en los siguientes términos:

“... cuando se presenta el hecho del príncipe se reúnen los elementos propios de la responsabilidad objetiva, consistentes en: (i) un daño antijurídico, que en este caso está dado por la alteración de la ecuación económica del contrato; y (ii) su imputabilidad a la acción legítima del Estado contratante, que emite un acto general y abstracto; y en relación con sus consecuencias económicas, también puntualizó que: (iii) el contratista tiene derecho a recibir una indemnización integral, que comprenda tanto el daño emergente como el lucro cesante, o sea que se le deben reconocer las utilidades que hubiera dejado de percibir con ocasión de la decisión administrativa.”⁴⁵¹

Postura que es aplicable al caso de las potestades excepcionales pues en estas también

⁴⁴⁹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis, 2015. p. 61.

⁴⁵⁰ RICHER, Laurente. Droit des contrats administratifs. Paris: LGDJ, 2016, No. 395. GASTÓN, Jeze. Principios generales del derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1950. p. 38.

⁴⁵¹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 28616. (14 de abril de 2005). C. P. Germán Rodríguez Villamizar.

es la parte contratante quien con su decisión unilateral varía las condiciones económicas llegando a romper el equilibrio económico del negocio jurídico celebrado.

Solamente hay que resaltar, que esta teoría del hecho del príncipe ha tenido ciertas variables, respecto a la posición de la Administración en el contrato, lo que alguna doctrina francesa ha llamado hecho del príncipe en sentido estricto y en sentido lato⁴⁵².

Cuando se hace referencia al sentido estricto básicamente son todas aquellas actuaciones o decisiones tomadas por la Administración como autoridad, por lo que no tienen como objeto el negocio jurídico, pero tienen un impacto en éste, simplemente que la misma autoridad que expide el acto es parte en el contrato; mientras que el sentido lato, se trata de las actuaciones o decisiones tomadas por la Administración como autoridad, las cuales tienen efectos en el contrato, pero a diferencia del anterior la autoridad que ha realizado dicha actuación no es la misma que interviene como contratante.⁴⁵³

Entonces, únicamente cuando se trata del hecho del príncipe en sentido estricto, es decir que sea la misma entidad quien expidió el acto o realizó la actuación, siendo la parte contratante, es que se podrá tomar como una reparación integral, es decir, el reconocimiento del daño emergente y el lucro cesante (indemnización integral), por el simple hecho de que se lo podrá atribuir en mi concepto, responsabilidad objetiva⁴⁵⁴ por las alteraciones causadas en la equivalencia de las condiciones económicas a una de las partes en el contrato.⁴⁵⁵

Pues en el evento que sea en sentido lato, se tratará de un hecho externo, no atribuible a alguna de las partes dentro del acuerdo de voluntades y en este sentido, el

⁴⁵² DE LAUBADÈRE, André y GAUDEMONT, Yves. *Trate de droit administratif*. Paris: LGDJ, 2001. num. 1425.

⁴⁵³ BENAVIDES, José Luis. *El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 462.

⁴⁵⁴ ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. *El régimen de RESPONSABILIDAD OBJETIVA*. Bogotá: Legis, 2017.

⁴⁵⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. 3a ed. Caracas: Temis, 2015. p. 65

restablecimiento se tomará como se ha venido mencionando hasta la compensación, como un hecho imprevisto que afectó la economía del contrato⁴⁵⁶; por ejemplo, si la alcaldía de Bogotá contrató la construcción de un puente, y en el tiempo de ejecución el Congreso expide una ley en la cual se introduce un impuesto al cemento, lo cual aumenta considerablemente el valor del mismo, afectando claramente las condiciones económicas del contrato, en este caso no fue la alcaldía de Bogotá quien tomó la decisión sino otra autoridad, por lo que no se le puede imputar ninguna clase de responsabilidad por el rompimiento del equilibrio económico, sino al ser una decisión tomada por un tercero en este caso el Congreso, se trataría de un hecho externo equiparable a la teoría de la imprevisión de la cual únicamente se reconocería hasta los mayores valores en que pudiera incurrir por el aumento del precio del cemento, para garantizar la continuidad del contrato.

Caso diferente si es la misma entidad la que realiza la actuación que ocasiona el desequilibrio contractual, por ejemplo, si el INVIAS que es la entidad estatal encargada de las vías nacionales, contrata la construcción de una vía Bogotá-La Calera, pero durante la ejecución del contrato, contrata con otra empresa la construcción de un puente por la misma vía, afectando la realización del primer contrato y causando retrasos en la ejecución y por lo tanto mayores gastos; claramente hay un rompimiento del equilibrio económico y financiero por el hecho del príncipe, puesto que es la entidad estatal quien al actuar como autoridad causó afectaciones en el primer negocio jurídico, pero al ser la misma entidad quien celebró los dos contratos, las alteraciones económicas que estas actuaciones pueden causar así se encuentren ajustadas a la ley, le son imputables a ésta y en ese sentido, se podría tomar como la llamada responsabilidad sin culpa en el derecho francés, o lo que en el derecho colombiano se ha denominado responsabilidad objetiva, debiendo a la parte afectada una reparación integral por todas las afectaciones causadas para lograr un verdadero restablecimiento de la ecuación financiera.

Y aunque en un principio esta diferenciación no existía en la jurisprudencia del Consejo

⁴⁵⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 21990. (28 de junio de 2012). C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

de Estado colombiano, por lo que en todos los casos de rompimiento de equilibrio económico por hecho del príncipe tanto en sentido estricto como en sentido lato se reconocía una indemnización integral, con fundamento en una sentencia de 1992,⁴⁵⁷ donde se le otorgó una reparación integral al contratista, por las alteraciones causadas en el contrato, en razón a la promulgación de una ley que aumentaba el IVA, cuando la parte contratante era la empresa de servicios públicos de Medellín.⁴⁵⁸

Actualmente se ha pretendido adoptar la doctrina clásica francesa en la que, únicamente cuando la persona jurídica pública que causó la afectación con esa actuación es la parte contratante y en ese sentido al serle imputable la alteración del equilibrio económico del contrato, es que se le podrá reconocer la indemnización integral, lo cual se ha hecho en los siguientes términos:

“... 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 en la ecuación financiera del contrato
La imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato

La sala considera que solo 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”.⁴⁵⁹

Sin embargo, considero que aunque la jurisprudencia lo que ha tratado es de cerrar los eventos que pueden configurándose como hecho del príncipe, a aquellos actos en que la entidad estatal es parte del contrato y a la vez actúa como autoridad, pienso que cuando son entidades diferentes también se estaría frente a esta figura así sea una entidad distinta a la que es parte del contrato, ya que se está ejerciendo un poder público que sin referirse directamente al contrato sí lo está afectando en su economía, llegando al punto

⁴⁵⁷ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 6353. (27 de marzo de 1992), C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁴⁵⁸ BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 471.

⁴⁵⁹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 14577. (29 de mayo de 2003). C. P. Ricardo Hoyos Duque.

de romper el equilibrio económico del mismo; y afirmo que se trata de hecho del príncipe, porque se está ejerciendo un poder unilateral de carácter público y en estas circunstancias se refleja el poder del Estado en alguna de sus estructuras, asemejándose a la soberanía del príncipe que es de donde se ha originado esta clase de imprevisto en la contratación pública; únicamente que cuando se trate de un evento en que la entidad que realizó la actuación que afectó la economía del contrato es diferente a la parte contratante, el restablecimiento no puede ser el mismo que cuando es la misma entidad quien ejerció el poder de autoridad y es parte en el contrato.

Así las cosas, el hecho del príncipe en sentido estricto puede tomarse como una figura equivalente a el ejercicio de las potestades excepcionales en la medida que en ambas es a la entidad estatal contratante a quien se le atribuye la responsabilidad del rompimiento del equilibrio económico y financiero, y en este sentido la forma idónea de restablecimiento de la equivalencia de las condiciones económicas cuando han sido quebrantadas por estas figuras es por medio de la indemnización integral, como se ha previsto de forma unánime para la teoría del hecho del príncipe, pues así no se trate de un incumplimiento la causa del rompimiento es atribuible a la entidad estatal contratante y en ese sentido la figura de la responsabilidad contractual encaja perfectamente.

Entiendo, que puede ser controversial esta postura, porque en muchos casos se ha distinguido la institución del rompimiento del equilibrio económico del contrato con la responsabilidad del Estado derivada del procedimiento de contratación y en esta medida, se habla de dos principios distintos en el Estatuto de Contratación Pública; pero pienso que no debe ser así, porque en cualquier caso se trata del restablecimiento de las condiciones económicas del contrato, que han sido quebrantadas en este caso en perjuicio del contratista por parte de la entidad pública contratante.

Entonces, aplicando lo dicho anteriormente a la figura de las cláusulas excepcionales puntualmente en el derecho colombiano, al ser la misma entidad contratante quien hace uso de dichas potestades, el restablecimiento debe realizarse en los términos del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, es decir, de acuerdo a la responsabilidad contractual, así como

del artículo 5 de la misma Ley de Contratos Públicos, pues aunque no es un incumplimiento, es decir una actuación catalogada como falta, sí se trata de un actuación atribuible a una de las partes (la entidad estatal contratante) sin que medie la voluntad de la otra (contratista), por lo que la reparación integral es lo procedente.

Lo anterior implica que cuando se habla del restablecimiento por el uso debido o indebido de una potestad excepcional, se tiene la misma consecuencia, la indemnización integral al contratista en razón a la responsabilidad contractual, la cual a diferencia del derecho francés donde se habla de la responsabilidad con culpa donde encajan todas las actuaciones u omisiones derivadas del incumplimiento y la responsabilidad sin culpa como todas aquellas actuaciones que sin ser faltas generan afectaciones de las cuales se debe una reparación⁴⁶⁰, no se hace ninguna clase de diferenciación, extendiéndose a todos los casos en que dentro del ejercicio de la actividad contractual se generen afectaciones al contratista que no está en el deber de soportar, incluyendo entonces los eventos en que las cláusulas excepcionales se utilicen de forma correcta y los casos en que se utilicen de forma incorrecta, pues en ambos la parte afectada, no tiene por qué soportar ningún efecto que cause el ejercicio de unos poderes de tal exorbitancia, y más porque en los mismos no media su voluntad.

Pero aunque el restablecimiento es el mismo para ambos casos no quiere decir que la finalidad de la indemnización integral sea la misma, pues cuando las potestades excepcionales rompen la ecuación financiera por su uso indebido es decir contrario a buen servicio público o la legalidad, se toma como un incumplimiento por parte de la entidad estatal contratante y en ese sentido al violar sus deberes legales y generar afectaciones patrimoniales al contratista, la indemnización integral no debe ser únicamente en busca de garantizar la continuidad y el cumplimiento del negocio jurídico sino también con efectos resarcitorios, con miras de reparar a la parte afectada por todos los perjuicios causados por esa conducta contraria a la ley, como si se tratara de una responsabilidad por culpa del derecho francés, a diferencia de cuando es por el uso

⁴⁶⁰ BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 461.

debido de una potestad excepcional, pues en esta al ser la conducta de acuerdo a la ley, la indemnización integral únicamente busca que las condiciones económicas y financieras dentro del contrato vuelvan al estado anterior de la introducción de la potestad excepcional y en ese sentido, que el negocio jurídico pueda seguir sin ninguna clase de variación, teniendo presente los intereses del contratista los cuales se ven garantizados al reconocer tanto el daño emergente es decir los gastos adicionales como el lucro cesante es decir la utilidad esperada.

Es preciso aclarar que ya sea un evento o el otro, es una obligación de la parte que resultó afectada probar la ocurrencia de la circunstancia que causó el quebrantamiento del equilibrio económico y financiero, demostrando que se afectó gravemente las condiciones económicas del contrato y que es necesario restablecerlo, así como lo ha establecido el Consejo de Estado desde tiempo atrás en su Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de mayo de 2003.⁴⁶¹

En cualquier evento y solo a manera de referencia, considero que en todo caso en que se rompa el equilibrio económico del contrato por una actuación atribuible a la entidad pública que es parte en el mismo, el restablecimiento del equilibrio económico debe ser a través de la indemnización integral, entrando al campo de la responsabilidad del Estado con culpa si se trata del uso indebido de una potestad excepcional o sin culpa cuando sea por la utilización debida, correcta o adecuada; por el contrario, si es un tercero, ha de ser la compensación la que proceda para el restablecimiento.

⁴⁶¹ COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 14577. (29 de mayo de 2003). C. P. Ricardo Hoyos Duque.

CONCLUSIONES

Los contratos públicos constituyen un mecanismo de actuación de la Administración a través de los cuales se busca la colaboración de los particulares para el cumplimiento de los fines previstos en la Constitución.

Dichos contratos están asistidos de regulaciones de carácter especial previstas en el Estatuto de Contratación Pública, que fundamentalmente involucra principios, en el sentido de postulados generales que determinan el procedimiento de contratación, dentro de los cuales se incluye el del equilibrio económico y financiero del contrato.

De igual manera, los contratos estatales incluyen principios más amplios que son aplicables en diferentes materias, como es el caso de la igualdad, que, además de ser un principio de orden constitucional, es un elemento fundamental en la teoría de los contratos, procurando que las partes que intervienen en el mismo se encuentren en igualdad de condiciones, en la medida en que en cualquier caso se trata de un acuerdo de voluntades, sea un contrato público o privado.

Implica lo dicho, que los contratos del Estado presentan una relación especial entre el acuerdo de voluntades de las partes y la necesidad de mantener el equilibrio económico y financiero como una expresión de la igualdad que debe existir entre quienes participan en dichos contratos.

Significa, que las condiciones económicas y financieras surgidas al momento del nacimiento del contrato deben mantenerse durante la ejecución del mismo, como manifestación de la igualdad y el acuerdo de voluntades entre las partes.

En ocasiones el equilibrio económico y financiero del contrato se rompe por diversas circunstancias, las cuales pueden ser causas extrañas a las partes, por ejemplo, un caso fortuito, fuerza mayor, etc. o imputables a las mismas, como es el caso del ejercicio de las potestades excepcionales por parte de la entidad pública, hecho del príncipe, o

similares, pues las mismas lo que generan son alteraciones en la economía del contrato cuando ocurren, unas con un mayor impacto y otras con uno menor, pero de una forma u otra lo ocasionan y al alterar la economía, el rompimiento de la ecuación financiera es claro.

Por tal razón, es necesario restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato que se ha roto por causas que la jurisprudencia y la ley han previsto, para mantener la igualdad de las partes y mantener la ecuación o el equilibrio financiero, pero fundamentalmente para proteger el cumplimiento del contrato y la prestación del servicio público que se busca satisfacer a través del mismo.

Las cláusulas excepcionales, como acto generador del rompimiento del equilibrio económico desafían evidentemente la igualdad como principio constitucional y el equilibrio económico y financiero.

Las potestades excepcionales constituyen uno de los criterios más importantes de identificación de los contratos del Estado, en la medida que determinan la existencia de poderes unilaterales de las entidades públicas en el procedimiento de contratación, que le otorgan ventajas frente a la otra parte que concurre al acuerdo de voluntades.

Dichas potestades, en los términos de la doctrina francesa de los contratos públicos, se tornan inusuales a los contratos entre particulares ya que es muy raro encontrarlas en ellos, pero sin embargo en algunos casos es posible pactarlas, como es la terminación unilateral en el contrato de mandato; o en algunos eventos son imposibles a los mismos, como es la interpretación unilateral del contrato entre particulares.

Así las cosas, siendo las potestades excepcionales propias de los contratos estatales, determinan ventajas de las entidades públicas frente a los particulares contratistas, lo que lleva a que el acuerdo de voluntades que supuestamente debe existir en los contratos sean públicos o privados pueda verse afectado.

De la misma manera, las potestades excepcionales en su naturaleza de poderes unilaterales de las entidades públicas, dejan entrever que la igualdad de las partes en el contrato se diluya en las ventajas que se otorgan a la entidad pública en dicho procedimiento administrativo de contratación, ya que puede tomar decisiones unilaterales que afectan el contrato, lo cual no puede hacer la otra parte en el acuerdo, evidenciándose una posición de superioridad que pareciera desnaturalizar la esencia de los contratos como es la igualdad.

A pesar de ello, la jurisprudencia y la doctrina han justificado la supuesta desigualdad de las partes en el contrato público, por la naturaleza de quienes intervienen, el procedimiento que implica y la finalidad que se persigue con el mismo, ya que una de ellas es pública, se trata de procedimiento administrativo y su finalidad se encamina a la prestación del servicio público.

En cualquier sentido, la igualdad en el contrato se garantiza a través del denominado principio del equilibrio económico y financiero, que determina que las condiciones económicas de dicho acuerdo de voluntades surgidas al momento de contratar, se debe mantener durante su ejecución, para garantizar no solamente el cumplimiento del contrato sino la finalidad que se persigue con el mismo, que no es otra que la prestación de servicio público.

De todas formas, es posible que el ejercicio de una potestad excepcional por parte de una entidad pública, de lugar al rompimiento del equilibrio económico y financiero del mismo, surgiendo el interrogante de si la persona jurídica del Estado está en la obligación de restablecerlo, ya que se trata de una prerrogativa, poder o potestad otorgada por la ley.

En este sentido, la entidad pública puede hacer un uso debido o indebido de la potestad excepcional y en los dos eventos dar lugar al rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, lo que lleva a formular dos cuestionamientos: Como se trata de un poder originado en la ley, cuando ejercita debidamente una potestad excepcional

solamente está cumpliendo la prescripción legal no hay lugar a restablecer el equilibrio económico que puede haber sido roto; en cambio, cuando hace un uso indebido sí debe restablecerlo porque está violando la legalidad.

Considero que cualquiera de los dos eventos planteados, se debe restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato que ha sido roto por el ejercicio de una potestad excepcional, ya que en mi concepto, el principio lo que busca es nivelar las cargas de las partes en el acuerdo y en estas circunstancias, las ventajas que se otorgan a la Administración con las potestades públicas, son compensadas o niveladas, con la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato que puede haberse roto con su ejercicio.

La particularidad está en que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato puede ser distinto cuando el rompimiento proviene del uso debido o del uso indebido de la potestad excepcional, ya que en el segundo evento se trata de un incumplimiento del contrato.

En efecto, cuando la entidad pública ejercita la potestad excepcional de forma debida, es decir ajustada al mandato legal, no está incumpliendo el contrato, pero al romper el equilibrio económico del mismo debe restablecerlo; por el contrario, si hace una utilización indebida de la potestad excepcional, lo que se genera es el incumplimiento el acuerdo, ya que está violando el principio de los deberes legales y una forma de violar dicho principio es el ejercicio indebido de las potestades excepcionales, como lo plantea alguna doctrina.

Significa lo dicho, que roto el equilibrio económico del contrato como consecuencia del uso debido o indebido de una potestad excepcional, debe restablecerse; lo que sucede, es que como la causa del rompimiento es distinta, pueden surgir posturas distintas en la forma o más bien en el quantum del restablecimiento, ya que se ha previsto que cuando se trata de incumplimiento, en este caso de uso indebido, se debe indemnizar plenamente de perjuicios al contratista porque se está frente a responsabilidad contractual del Estado y que es circunstancia distinta en el contrato.

Sin embargo, pienso que el principio del equilibrio económico del contrato y el de responsabilidad contractual van de la mano, porque el rompimiento del equilibrio económico de una u otra forma puede dar lugar a la responsabilidad del Estado, como en el caso del uso indebido de la potestad excepcional.

Determinada la obligación de la entidad pública en el contrato de restablecer el equilibrio económico que ha sido roto por el ejercicio de una potestad excepcional como en cualquiera de las circunstancias que causen su rompimiento, es preciso indicar, que dicho restablecimiento ha ido entre la compensación y la indemnización plena de perjuicios.

De modo que, la compensación implica que el equilibrio económico se restablece hasta un estado de no pérdida, es decir, reconocer los mayores valores que ha tenido que invertir el contratista en la ejecución y en si el reconocimiento de la afectación causada, es decir, que en términos de reparación de daños corresponde al daño emergente.

La indemnización por su parte implica, que se ha de reconocer como restablecimiento del equilibrio económico del contrato, los mayores valores en que ha tenido que incurrir el contratista para la ejecución, pero además, lo dejado de percibir como utilidad, es decir, tanto el daño emergente como el lucro cesante.

La Ley 80 de 1993, ha previsto en varios de sus artículos la forma de restablecimiento cuando ha sido quebrantado por diferentes circunstancias, dejando claridad en su artículo 5 que cuando se trata de un hecho externo el mecanismo indicado es la compensación y cuando se trata de un incumplimiento el mecanismo idóneo es la indemnización, dejando de lado aquellas circunstancias que siendo imputables a alguna de las partes no se trata de una actuación derivada del incumplimiento, por lo que las cláusulas excepcionales se podrían ajustar tanto a la figura de la compensación como a la indemnización integral.

En concordancia con lo anterior el artículo 14 numeral primero de la Ley 80 de 1993, al referirse puntualmente a las cláusulas excepcionales, dice que si por causa de estas se rompe el equilibrio económico surge el deber de restablecerlo por medio de las compensaciones e indemnizaciones a las que haya lugar.

Entonces, al no existir dentro del ordenamiento jurídico una distinción entre cuando es aplicable la compensación y cuando la indemnización para restablecer la ecuación financiera en este caso en específico la doctrina ha tratado de llenar este vacío, pero de igual forma ha sido muy dividida en sus posiciones, pues una parte considera que la forma adecuada es la compensación al ser una actuación que no se deriva de una falta o un incumplimiento pero otra parte piensa que es la indemnización integral en el sentido que el contratista no tiene por qué soportar ninguna clase de afectación causada por la parte contratante.

No obstante a pesar de que puede ser una postura controversial, considero que cuando se trate del rompimiento del equilibrio económico y financiero por el uso debido de una potestad excepcional, la forma indicada de restablecimiento es la indemnización integral, equiparando para los eventos de uso debido y uso indebido este tipo de reparación, reconociendo tanto el daño emergente como el lucro cesante, al ser actuaciones imputables a una de las partes.

Lo anterior es así por las siguientes razones: Los contratos se han de realizar en principio por cuenta y riesgo de la entidad pública, que es la obligada a la prestación del servicio público; pero además, el contratista concurre al contrato en búsqueda de un beneficio que se concreta en las utilidades económicas derivadas de la ejecución, (así se diga que con la reforma de la Ley 1150 de 2007, el contratista ya no es un colaborador de la Administración con ánimo de lucro sino con un fin social), las cuales se deben garantizar como derecho del contratista.

Significa, que en principio las utilidades han de ser acordes a la ejecución y al valor de la misma y si existe mayor valor de ejecución, así se debe calcular para que se respete la igualdad de las partes en el contrato.

En igual sentido, quien rompe el equilibrio económico del contrato con el ejercicio de la potestad excepcional es la parte pública en el acuerdo de voluntades y en esa medida, aunque no es tema de la investigación y no se desarrolló de manera específica, podría

estar dando lugar a un incumplimiento por romper el equilibrio económico y generar la obligación de restablecerlo.

Entiendo que es un tema aún más controversial y que puede ir más allá de la presente investigación y entra en la órbita de la responsabilidad del Estado, pero como lo he dicho, el principio del equilibrio económico y el de responsabilidad van concomitantes y en este caso, tratarse o de incumplimiento del contrato o una responsabilidad objetiva por daño especial, así se diga que este título de imputación no es de responsabilidad contractual.

Sin embargo, puede presentarse algún evento en que quien da lugar al rompimiento del equilibrio económico del contrato como consecuencia del ejercicio de una potestad excepcional (no cláusula excepcional del artículo 14 de la Ley 80 de 1993) sea una entidad pública distinta a la que es parte en el contrato, como puede ser la discusión del hecho del príncipe a que hice alusión y que para mí se trata del ejercicio de una potestad de una entidad pública parte o no en un contrato, sino lo que importa es el ejercicio de una prerrogativa pública para recordar la soberanía del príncipe.

En dicho caso, pienso que si quien rompe el equilibrio económico del contrato es una entidad distinta a la que es parte en el contrato, sí se podría estar frente a una compensación; pero siempre que se trate de la misma que participa en el procedimiento de contratación, ha de ser indemnización.

Así las cosas, como el ejercicio de una potestad excepcional de las que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 que fue a las que me referí fundamentalmente en la investigación, es ejercida por la parte en el contrato, considero que en cualquier caso el restablecimiento del equilibrio económico ha de ser indemnización y no solamente compensación, así se trate de un uso debido o indebido de la potestad excepcional, a pesar del criterio jurisprudencial que propende por la compensación.

FUENTES

1. DOCTRINALES

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. El régimen de RESPONSABILIDAD OBJETIVA. Bogotá: Legis, 2017.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público económico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. Teoría del equivalente económico. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968.

AROCHA ALARCÓN, Yesid y PINO RICCI, Jorge. Régimen de contratación estatal: El equilibrio económico y financiero de los contratos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Sobre principios y reglas. Alicante, España: Doxa, 1991.

BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los contratos administrativos. 2a ed. Buenos Aires: Depalma, 1980.

BETANCOURT REY, Miguel. Derecho privado: Categorías básicas. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006.

CHAPUS, René. Le droit administratif Français. Paris: Montchrestien, 2001.

COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto Rad. 561 de 1972. En: Anales del Consejo de Estado. Enero-marzo, 1972, no. 433-434.

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016.

DEIK ACOSTAMADIEDO, Carolina. Guía de contratación estatal: Deber de planeación y modalidades de selección. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.

DE LAUBADÈRE, André y GAUDEMONT, Yves. Traite de droit administratif. Paris: LGDJ, 2001.

DE LAUBADERE, André; MODERNE, Frank y DELVOLVÉ, Pierre. Traité des contrats administratifs. t. 2. Paris: LGDJ, 1980.

DUEÑAS RUIZ, Oscar José. Lecciones de hermenéutica jurídica, quinta edición, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Legis, 1999.

ESGUERRA PORTOCARRERO, Saturia. Régimen legal del contrato de obra pública en contratos administrativos: Nuevo régimen legal. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1984.

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. La configuración del contrato de la Administración Pública en el derecho colombiano y español. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de derecho administrativo. t. II. Madrid: Civitas Ediciones, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Los principios de una nueva ley de expropiación forzosa. Madrid: Civitas Ediciones, 2007.

GASTÓN, Jeze. Principios generales del derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1950.

GAUDEMET, Yves. Droit administratif. Paris: lextenso editions, 2012.

GIL BOTERO, Enrique. Tesoro de responsabilidad contractual de la administración pública. t. II. Bogotá: Temis, 2015.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Contratos administrativos: Manual de derecho procesal administrativo. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

GONZÁLEZ VARAS, Santiago. El contrato administrativo. Madrid: Civitas Ediciones, 2003.

GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Contratos administrativos. 3a ed. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2015.

_____. Derecho procesal administrativo. 3a ed. Bogotá: Ibáñez, 2015.

_____. Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. Medellín: Universidad de Medellín, 2006.

_____. La inexistencia de la discrecionalidad en la actuación de la administración. En: GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto, et al. Quaestio Iuris Miscelánea Jurídica con motivo del XX aniversario de la Universidad Alfonso X El Sabio. Madrid: Fundación Universidad Alfonso X El Sabio, 2015. p. 270-296.

GUERRERO, Myriam. Compensaciones de la ruptura del equilibrio financiero del contrato. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

HENAO, Juan Carlos. El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

HERRERA BARBOSA, Benjamín. Contratos públicos. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

LONG, Marceau. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Paris: Dalloz, 2017.

MARINENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. t. III. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

MORAND DEVILLER, Jaqueline. Curso de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá: Temis, 2016.

PÉQUIGNOT, George. Theorie generale du contat administratif. Paris: Pedone, 1945.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Metodología y técnica de la investigación jurídica. Bogotá: Temis, 1999.

PINO RICCI, Jorge. Régimen de contratación estatal. 2a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

RICHER, Laurente. Droit des contrats administratifs. Paris: LGDJ, 2016.

RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. 9a ed. Bogotá: Leyer, 2015.

RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. Contratos administrativos. Bogotá: Librería Jurídica Wilches, 1988.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 3a ed. Caracas: Temis, 2015.

ROSERO MELO, Bertha Cecilia. Contratación estatal: Manual teórico-práctico. Bogotá: Ediciones de la U, 2016.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Los principios jurídicos del derecho administrativo. Madrid: Wolters Kluwer, 2010.

SHIMABUKURO TOKASHIKI, Nestor Raúl. El principio de mutabilidad o flexibilidad en la modificación del contrato de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura suscrito en el marco jurídico de asociaciones público - privadas. En: Revista Derecho & Sociedad. Octubre, 2015. no. 45. p. 15-34.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de derecho administrativo. 8a ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002.

VEDEL, Georges. Derecho Administrativo. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980.

VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel. Los métodos de la investigación jurídica. Mexico: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

ZAMBRANO BARRERA, Carlos Alberto. Instituciones de derecho administrativo. t. II: Responsabilidad, contratos y procesal. Bogotá: Universidad del Rosario, 2016.

2. NORMATIVAS

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 84. (26 de mayo de 1873). Código civil de los Estados Unidos de Colombia. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1873, no. 2867.

_____. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D. C., 1993, no. 41.094.

_____. Ley 143. (11 de julio de 1994). Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1994, no. 41434.

_____. Ley 689. (28 de agosto de 2001). Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2001, no. 44537.

_____. Ley 1150. (16 de julio de 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2007, no. 46691.

_____. Ley 1437. (18 de enero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2011, no. 47956.

COLOMBIA. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 222. (2 de febrero de 1983). Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1983, no. 36189.

3. JURISPRUDENCIAL

COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto 561. (11 de marzo de 1972). C. P. Alberto Hernández Mora.

_____. Concepto 2263. (17 de marzo de 2016).

COLOMBIA. Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia Exp. 2963. (25 de julio de 1985). C. P. Julio César Uribe Acosta.

_____. Sentencia Exp. 1677. (4 de septiembre de 1986). C. P. Jorge Valencia Arango.

_____. Sentencia Exp. 4039 (24 de septiembre de 1987). C. P. Jorge Valencia Arango.

_____. Sentencia Exp. 5712 (24 de agosto de 1990). C. P. Gustavo de Greiff Restrepo.

_____. Sentencia Exp. 4739, 4642 y 5951. (31 de enero de 1991). M. P. Julio Cesar Uribe Acosta.

_____. Sentencia Exp. 5973. (15 de febrero de 1991). C. P. Carlos Betancur Jaramillo.

_____. Sentencia Exp. 6353. (27 de marzo de 1992). C. P. Carlos Betancur Jaramillo.

_____. Sentencia Exp. 6491. (9 de abril de 1992). C. P. Carlos Betancur Jaramillo.

_____. Sentencia Exp. 6661. (4 de mayo de 1992). C. P. Carlos Betancur Jaramillo.

_____. Sentencia Exp. 11632. (24 de octubre 1996).

_____. Sentencia Exp. 10833. (6 de junio de 1996).

_____. Sentencia Exp. 14821. (24 de septiembre de 1998). C. P. Ricardo Hoyos Duque.

_____. Sentencia Exp. 14855. (29 de abril de 1999). M. P. Daniel Suárez Hernández.

_____. Sentencia Exp. 14949. (21 de junio de 1999). C. P. Daniel Suárez Hernández.

_____. Sentencia Exp. 10735. (31 de agosto de 1999). C. P. Ricardo Hoyos Duque.

_____. Sentencia Exp. 10264. (13 de septiembre de 1999). C. P. Ricardo Hoyos Duque.

_____. Sentencia Exp. 13352. (13 de septiembre de 1999).

_____. Sentencia Exp. 1284. (8 de febrero de 2001). C. P. María Elena Giraldo Vélez.

_____. Sentencia Exp. 13415. (15 de marzo de 2001). C. P. Ricardo Hoyos Duque.

_____. Sentencia Exp. 12037. (19 de julio de 2001). C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

_____. Sentencia Exp. 12990. (1 de junio de 2000). C. P. María Elena Giraldo Vélez.

_____. Sentencia Exp. 1293. (14 de diciembre de 2000). C. P. Luis Camilo Osorio Isaza.

_____. Sentencia Exp. 13598. (24 de mayo de 2001). C. P. Ricardo Hoyos Duque.

_____. Sentencia Exp. 14577. (29 de mayo de 2003). C. P. Ricardo Hoyos Duque.

_____. Sentencia Exp. 24436. (17 de julio de 2003).

_____. Sentencia Exp. 22952. (4 de septiembre de 2003). C. P. Alier Hernández Enríquez.

_____. Sentencia Exp. 14431. (27 de noviembre de 2003). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

_____. Sentencia Exp. 15936. (18 de marzo de 2004). M. P. Ricardo Hoyos Duque.

_____. Sentencia Exp. 14578. (2 septiembre de 2004). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

_____. Sentencia Exp. 28616. (14 de abril de 2005). C. P. Germán Rodríguez Villamizar.

_____. Sentencia Exp. 13414. (6 de febrero de 2006). C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

_____. Sentencia Exp. 30832. (30 de noviembre de 2006). C. P. Alier Hernández Enríquez.

_____. Sentencia Exp. 15324. (29 de agosto de 2007). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

_____. Sentencia Exp. 15475. (31 de octubre de 2007). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

_____. Sentencia Exp. 17031. (20 de noviembre de 2008). C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

_____. Sentencia Exp. 35827. (1 de diciembre de 2008). C. P. Enrique Gil Botero.

_____. Sentencia Exp. 15797. (25 de febrero de 2009). C. P. Myriam Guerrero Escobar.

_____. Sentencia Exp. 36252. (10 de junio de 2009). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

_____. Sentencia Exp. 18499. (11 de agosto de 2010). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

_____. Sentencia Exp. 17767. (31 de enero de 2011). C. P. Olga Melida Valle de la Oz.

_____. Sentencia Exp. 20683. (7 de marzo de 2011). C. P. Olga Melida Valle de la Oz.

_____. Sentencia Exp. 19446. (24 de marzo de 2011). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

_____. Sentencia Exp. 20185. (24 de marzo de 2011). C. P. Olga Melida Valle de la Hoz.

_____. Sentencia Exp. 19483. (6 de abril de 2011). C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

_____. Sentencia Exp. 18553. (25 de mayo de 2011). C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

_____. Sentencia Exp. 18836. (22 de junio de 2011).

_____. Sentencia Exp. 18762. (7 de julio de 2011). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

_____. Sentencia Exp. 18080. (31 de agosto de 2011). C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

_____. Sentencia Exp. 20968. (9 de mayo de 2012). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

_____. Sentencia Exp. 21990. (28 de junio de 2012). C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

_____. Sentencia Exp. 23361. (28 de junio de 2012). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

_____. Sentencia Exp. 15024. (12 de julio de 2012). C. P. Danilo Rojas Betancourth.

_____. Sentencia Exp. 21573. (18 de julio de 2012). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

_____. Sentencia Exp. 21429. (29 de octubre de 2012). C. P. Danilo Rojas Betancourth.

_____. Sentencia Exp. 24986. (30 de enero de 2013). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

_____. Sentencia Exp. 24996. (13 de febrero de 2013). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

_____. Sentencia Exp. 20524. (14 de marzo de 2013). C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

_____. Sentencia Exp. 27315. (24 de abril de 2013). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

_____. Sentencia Exp. 23949. (2 de mayo de 2013). C. P. Hernán Andrade Rincón.

_____. Sentencia Exp. 24697. (24 de octubre de 2013). C. P. Enrique Gil Botero.

_____. Sentencia Exp. 20864. (12 de marzo de 2014). C. P. Hernán Andrade Rincón.

_____. Sentencia Exp. 26705. (26 de junio de 2014). C. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

_____. Sentencia Exp. 26938. (13 de febrero de 2015). C. P. Olga Melida Valle de la Oz.

_____. Sentencia Exp. 33244. (29 de abril de 2015). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

_____. Sentencia Exp. 38695. (27 de mayo de 2015). C. P. Hernán Andrade Rincón.

_____. Sentencia Exp. 48061. (22 de octubre de 2015). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

_____. Sentencia Exp. 38449 (27 de enero de 2016). C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

_____. Sentencia Exp. 3130A. (2 de mayo de 2016). C. P. Danilo Rojas Betancourth.

_____. Sentencia Exp. 39665. (8 de junio de 2016). C. P. Jaime Orlando Santofimio.

_____. Sentencia Exp. 36359. (1 de agosto de 2016), C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

_____. Sentencia Exp. 53339. (3 de agosto de 2016). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

_____. Sentencia Exp. 39692 (8 de noviembre de 2016). C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

_____. Sentencia Exp. 52161. (23 de noviembre de 2016). C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

_____. Sentencia Exp. 33611. (5 de diciembre de 2016). C. P. Ramiro Pazos Guerrero.

_____. Sentencia Exp. 52285. (3 de agosto de 2017). C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

_____. Sentencia Exp. 27391. (14 de septiembre de 2017). C. P. Danilo Rojas Betancourth.

_____. Sentencia Exp. 42105. (14 de septiembre de 2017). C. P. Danilo Rojas Betancourth.

_____. Sentencia Exp. 55855. (23 de octubre de 2017) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

_____. Sentencia Exp. 39536. (10 de noviembre de 2017). C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

_____. Sentencia Exp. 53785. (10 de noviembre de 2017). C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

_____. Sentencia Exp. 42408. (21 de noviembre de 2017). C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

_____. Sentencia Exp. 36865. (23 de noviembre de 2017). C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

_____. Sentencia Exp. 25000-23-24-000-2008-00509-01. (15 de febrero de 2018). C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-432. (25 de junio de 1992). M. P. Simón Rodríguez Rodríguez.

_____. Sentencia C-449. (9 de julio de 1992). M. P. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C-154. (18 de abril de 1996). M. P. Antonio Barrera Carbonell.

_____. Sentencia C-333. (1 de agosto de 1996). M. P. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C-1436. (25 de octubre de 2000). M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

_____. Sentencia C-1514. (8 de noviembre de 2000). M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

_____. Sentencia C-949. (5 de septiembre de 2001). M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

_____. Sentencia C-508. (3 de julio de 2002). M. P. Luis Eduardo Montoya Medina.

_____. Sentencia C-300. (25 de abril de 2012). M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

_____. Sentencia C-620 de 2012. (9 de agosto de 2012). M. P. José Ignacio Pretelt Chaljub.

_____. Sentencia C-178. (26 de marzo de 2014). M. P. María Victoria Calle Correa.

_____. Sentencia C-499. (5 de agosto de 2015). M. P. Mauricio González Cuervo.

FRANCIA. Consejo de Estado. Fallo “Stein”. (20 de octubre de 1950).