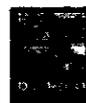


# BOLETÍN JURÍDICO No 1

FEBRERO 28 DE 2019

## DEPARTAMENTO DEL QUINDÍO SECRETARÍA JURÍDICA Y DE CONTRATACIÓN



CARLOS EDUARDO OSORIO BURITICÁ  
Gobernador

CIELO LÓPEZ GUTIÉRREZ  
Secretaría Jurídica y de Contratación

## INDICE

- 1.-----LA CORRECIÓN DE LOS ERRORES FORMALES EN ACTOS ADMINISTRATIVOS.
- 2.-----EL EQUILIBRIO ECONOMICO CONTRACTUAL.
- 3.-----EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO
- 4.-----TEORÍA DEL HECHO DEL PRÍNCIPE.
- 5.-----TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.
- 6.-----LA POTESTAS VARIANDI O IUS VARIANDI
- 7.-----SUJECIONES MATERIALES IMPREVISTAS
- 8.-----OCASIÓN PARA RESTABLECER EL EQUILIBRIO ECONOMICO CONTRACTUAL.



## 1. LA CORRECCIÓN DE LOS ERRORES FORMALES EN ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Respecto a los yerros formales en citas o referencias de una norma, y la forma de corregirlos, el ordenamiento jurídico vigente y la jurisprudencia emanada de la Honorable Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han señalado lo siguiente:

### III.I Antecedentes normativos.

- La Ley 4 de 1903 “Sobre régimen político y municipal.”, prescribe en su artículo 45:

*“ARTICULO 45. Los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán, y deberán ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador.*

- Por su parte, el artículo 45 de la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, preceptúa:

*“ARTÍCULO 45. CORRECCIÓN DE ERRORES FORMALES. En cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. En ningún caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, ni revivirá los términos legales para demandar el acto. Realizada la corrección, esta deberá ser notificada o comunicada a todos los interesados, según corresponda.”*

### III.I Antecedentes jurisprudenciales.

- Al respecto, la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia C-520 de 1998, manifestó entre sus apartes:

*“Es evidente que a esta Corporación no le corresponde subsanar los errores caligráficos o tipográficos que presenten las leyes que son sometidas a su análisis. Sin embargo, cuando pese a ellos, de la norma se puede deducir la voluntad del legislador, la Corte puede realizar, sin impedimento alguno, el análisis de constitucionalidad que le impuso el Constituyente. En el caso en estudio, es claro que la Corte puede estudiar el inciso acusado, toda vez que conoce la racionalidad del legislador al redactarlo. Lo anterior no obsta para que se haga uso del mecanismo idóneo para enmendar los textos legales cuando ellos presentan errores caligráficos o tipográficos que puedan alterar su sentido real, tal como sucede en el caso en estudio, cual es la publicación de la ley con la corrección del error o la expedición de un decreto que ponga de presente el error y su correspondiente corrección -los cuales no afectan la vigencia y validez de la inicialmente publicada-, actuaciones que le corresponde ejecutar al Presidente de la República, porque a él le está atribuida la función de promulgación de las leyes.”*

*“De otra parte, también la Corporación ha precisado que dentro de la función constitucional de promulgar las leyes es válido que “...se haga uso del mecanismo idóneo para enmendar los textos legales cuando ellos presentan errores caligráficos o tipográficos que puedan alterar su sentido real, tal como sucede en el caso en estudio, cual es la publicación de la ley con la corrección del error o la expedición de un decreto que ponga de presente el error y su correspondiente corrección -los cuales no afectan la vigencia y validez de la inicialmente publicada-, actuaciones que le corresponde ejecutar al Presidente de la República, ...”*

De igual manera, la citada Corte en Sentencia C-178 de 2007, manifestó entre sus apartes:



"corresponde a los respectivos funcionarios enmendar los errores caligráficos o tipográficos en el texto de una norma, cuando no quede duda alguna de la voluntad del Congreso. Así mismo, se ha dicho que la expedición de decretos de corrección de yerros es una función administrativa y ordinaria del Presidente de la República en el ámbito de la promulgación de la ley".  
(...)

En cuanto a las facultades para expedir decretos de corrección de yerros el artículo 1 de la Ley 45 de 1913 establece que corresponde a los respectivos funcionarios enmendar los errores caligráficos o tipográficos en el texto de una norma, cuando no quede duda de la voluntad del Congreso. Así mismo, se ha dicho que la expedición de decretos de corrección de yerros es una función administrativa y ordinaria del Presidente de la República en el ámbito de la promulgación de las leyes."

En consonancia con lo anterior, la Sección Primera del Consejo de Estado en Sentencia 11001-03-24-000-2001-0068-01(6871) del 22 de noviembre de 2002, arrojó la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, respecto a la facultad del Presidente de la República, para corregir yerros legislativos a través de la expedición de Decretos, tomando como precedente argumentos expuestos en la Sentencia C-520 de 1998, así:

"Dentro de la función constitucional de promulgar las leyes es válido que se haga uso del mecanismo idóneo para enmendar los textos legales cuando ellos presentan errores caligráficos o tipográficos que puedan alterar su sentido real, tal como sucede en el caso en estudio, cual es la publicación de la ley con la corrección del error o la expedición de un decreto que ponga de presente el error y su correspondiente corrección -los cuales no afectan la vigencia y validez de la inicialmente

publicada, actuaciones que le corresponde ejecutar al Presidente de la República."

En consecuencia de lo anterior, cuando se configuren errores de transcripción que no da lugar a cambios en el sentido material de la decisión plasmada en un acto administrativo, como por ejemplo una ordenanza departamental o acuerdo municipal, la forma de corregir dicho yerro, al tenor de lo señalado en el artículo 45 de la Ley 4 de 1913, artículo 45 de la Ley 1437 de 2011 "Código de Procedimiento Administrativo y de la Contencioso Administrativo", y las sentencias emanadas de la Honorable Corte Constitucional y el Consejo de Estado, es que el Gobernador del Departamento respecto a una Ordenanza Departamental, o el Alcalde Municipal con relación a un Acuerdo Municipal, expida el correspondiente acto administrativo, en el cual disponga la corrección del yerro que se presente, sin que exista la obligación legal de acudir ante la respectiva corporación pública, llámese concejo Municipal o Asamblea Departamental.

*Elaboró: Víctor Alfonso Vélez Muñoz – Director de Asuntos Jurídicos, Conceptos y Revisiones del Departamento del Quindío.*

## 2. EL EQUILIBRIO ECONOMICO CONTRACTUAL.

El Estatuto General de Contratación Estatal, establece que se debe mantener el equilibrio entre las obligaciones derivadas del contrato y el derecho de crédito que obtiene el contratista con la adjudicación de un contrato estatal, tal equilibrio se constituye en uno de los principios de la contratación estatal y se encuentra consagrado en el artículo 27 de la ley 80 de 1993, el cual, a la letra expresa: "En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha



*igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*

*Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate."*

Por otra parte, teniendo en cuenta que la norma anteriormente transcrita habla del numeral 14 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, vale la pena indicar que dicha norma trata acerca del principio de economía en la contratación estatal, preceptuando:

**"ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA.** *En virtud de este principio.*

(...)

*14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.*

(...)"

En otras palabras, el equilibrio económico contractual o, como también se denomina, la ecuación contractual, consiste en que las prestaciones que se pactan en concordancia con las condiciones que se consideraron al momento de la presentación de una oferta o de la suscripción de un contrato, deben permanecer equivalentes hasta que tal contrato

haya terminado, de manera que en caso de que tal equivalencia se rompa, la parte que se vea afectada tendrá derecho a que la misma se restablezca a través de una compensación económica. Para tales efectos, las partes deben suscribir acuerdos y pactos que versen sobre cuantía y forma de pago de gastos adicionales, de acuerdo, con la disponibilidad presupuestal que la entidad debe prever en esas situaciones.

El principio del equilibrio económico contractual permite que se garanticen las prestaciones pactadas al momento de la celebración del contrato, prestaciones que deben permanecer equivalentes a las condiciones del contrato celebrado entre la correspondiente entidad contratante y el contratista que lo ejecutará, es así, como se tiene que el principio antes mencionado tiene por objeto proteger el patrimonio, tanto de la entidad contratante como del contratista, porque si lo que se busca es que las prestaciones del contrato queden intactas durante la ejecución del contrato, en realidad se está buscando proteger el patrimonio económico de las partes, entendiéndose por prestaciones la utilidad que ha de devengar el contratista, como también el producto que ha de recibir la entidad, producto con el cual, la entidad busca materializar los cometidos estatales y garantizar el interés social, sin embargo, el equilibrio económico del contrato estatal se rompe en la mayoría de veces respecto del contratista, es decir, es el contratista quien ha de verse afectado por la ruptura del equilibrio económico del contrato. Al hacer un estudio de los artículos de la ley 80 de 1993 que aluden al concepto de la ecuación contractual del contrato estatal, Rico Luis (2007) ha determinado que con la celebración de contratos estatales no solo se pretende el cumplimiento de los cometidos estatales, sino también garantizar las prestaciones y utilidades del contratista, quien participa en la ejecución y materialización de los cometidos estatales, porque es él quien ejecuta el contrato estatal,



además refiere que el Departamento Nacional de Planeación, en un estudio sobre la reforma a la contratación estatal sostiene que el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 garantiza la obtención de utilidades por parte del particular, es decir, del contratista, sin embargo, dicha utilidad es la que el particular espera obtener razonablemente, porque puede suceder que por causas imputables a él, no devengue una utilidad y por el contrario deba asumir los sobrecostos que se generen por su error o deba retribuir alguna suma a la entidad contratante o a un tercero; el artículo 4 numeral 8 de la ley 80 de 1993 impone a la entidad contratante la obligación de mantener el equilibrio económico contractual; el artículo 27 *Ibidem* ordena que las entidades contratantes deben implementar las medidas que sean necesarias para asegurar los pagos al contratista en cuanto a que se haya generado una ruptura económica del contrato estatal y le haya tocado sufragar gastos que no debería.

Según la doctrina colombiana el equilibrio económico contractual puede verse afectado en diferentes ocasiones, a saber:

*"El incumplimiento del contrato, la teoría del hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión, las sujeciones materiales imprevistas, la potestas variandi."* (Rodríguez, 2013a, p.p. 535-537).

### 3. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

La falta de una de las partes en cuanto al cumplimiento de alguna de sus obligaciones respecto del contrato, según Rodríguez Libardo (2013) se trata en este evento de una responsabilidad netamente contractual, que aunque para algunos autores no genera la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato, si genera el restablecimiento de la equivalencia de las prestaciones.

El incumplimiento del contrato puede presentarse respecto de cualquiera de las partes contratantes, puesto que si bien es cierto que es más recurrente que sea el contratista quien incumpla el contrato al no entregar la obra, bien o servicio contratado por la entidad pública o que se entregue parcialmente, también es cierto que la entidad pública contratante puede ser la parte incumplida, situación que puede presentarse, por ejemplo, cuando la entidad estatal no otorga las disponibilidades presupuestales ofrecidas y previstas en el contrato o cuando la entidad, pese a que el contratista acredita los requisitos para iniciar la ejecución contractual, priva al mismo de la ejecución del contrato y no le permite materializar el derecho de crédito que obtiene previamente con la adjudicación y celebración del contrato estatal. Según la sentencia del Consejo de Estado 00031 de 2015 Magistrado Ponente HERNAN ANDRADE RINCÓN, para que se constituya el incumplimiento contractual de la entidad estatal, se debe probar la conducta constitutiva de incumplimiento y el daño antijurídico causado en razón de dicha conducta, lo que genera el reconocimiento de los perjuicios causados al contratista y la liquidación de los costos y gastos en que haya incurrido para la ejecución del contrato celebrado.

Según la Agencia Nacional de Contratación Pública, para que se declare el incumplimiento contractual deben concurrir los siguientes requisitos:

*"a. La parte que pide que se declare el incumplimiento debe demostrar que la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones es imputable a la otra parte. Así, una entidad pública no puede alegar incumplimiento del contrato cuando una omisión suya es la razón por la que el contrato no se pueda ejecutar correctamente.*

*b. El incumplimiento debe ser grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación*



para el objeto contractual. De esta manera, por ejemplo, el retraso en el pago de una parte menor del anticipo no es suficiente para alterar la normal ejecución del negocio jurídico.

c. Ninguno de los contratantes debe estar en mora de cumplir lo pactado.”

En cuanto al incumplimiento por parte del contratista, vale la pena resaltar que el Estado tiene una prerrogativa que podemos denominar “Poder sancionatorio”, en virtud del cual puede imponer multas, declarar la caducidad del contrato y liquidar el contrato de manera unilateral cuando el contratista no cumple con sus obligaciones contractuales por causas imputables al contratista, así mismo, y si tal incumplimiento afecta grave y directamente la ejecución del contrato, para que la entidad contratante pueda declarar el incumplimiento del contrato debe ceñirse al procedimiento dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, el cual expresa: “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.”

Por último, vale la pena mencionar que la consecuencia de un incumplimiento contractual por parte de la entidad contratante, es que el contratista, siendo la parte cumplida dentro del contrato estatal, tendrá derecho a una indemnización integral por parte de la administración.

#### 4. TEORÍA DEL HECHO DEL PRÍNCIPE.



La teoría del hecho del príncipe se presenta cuando alguna entidad del Estado o el Estado mismo hace más gravosa la ejecución del contrato, sin embargo, hay que resaltar que esto lo hace en ejercicio de sus facultades como autoridad administrativa, no en aplicación de sus facultades como parte dentro del contrato estatal, y su finalidad no es afectar las prestaciones del contrato estatal, sino que ello se da como una cuestión accesoria, lo que hace que para el contratista sea más costosa la ejecución del contrato; desestabilizando de esta manera las prestaciones que se habían pactado. El Consejo de Estado (2003) menciona que el hecho del príncipe alude a medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan tampoco, inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste. (Parra Julián s.f., p.5).

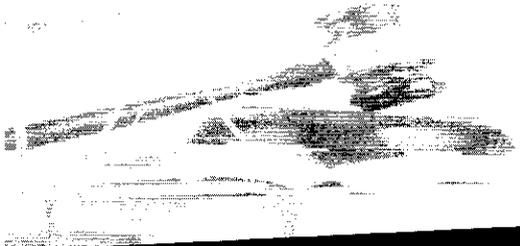
La teoría del hecho del príncipe como elemento generador de la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato, tiene aplicación siempre y cuando el hecho que genera la ruptura de la ecuación contractual nazca de un acto administrativo de carácter general; que dicho acto administrativo afecta de manera directa o indirecta el contrato estatal; que de la afectación producida se derive la ruptura de la ecuación contractual; por último, el acto administrativo debe ser imprevisible al momento de la celebración del contrato. (Parra, s.f.; La importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal, s.f.)

Además de los requisitos planteados con anterioridad, es necesario que: 1) El contratista sufra un detrimento patrimonial que no tenga la obligación de soportar en

virtud de la medida oficial adoptada, que puede, o bien ser un sobre costo, o una disminución en la expectativa de utilidad, que en cualquier caso torne más onerosa la ejecución del contrato y que altere ostensiblemente la economía del mismo. 2). Exista una relación de causa y efecto entre la medida oficial adoptada y el daño patrimonial sufrido por el contratista. No es necesario que esta relación sea directa, basta con que sea refleja. 3) El doctrinante Rodrigo Escobar Gil, incluye como requisito de procedencia de la indemnización por la ocurrencia del hecho del príncipe, la ausencia de mora del contratista. Lo anterior por vía de integración normativa con el artículo 1604 del código civil colombiano, el cual dispone que "el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora". (La importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal, s.f., p.p. 59-60).

El hecho del príncipe, como se ha visto, (contrario a lo que sucede con la teoría de la imprevisión que se presenta por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes) se presenta por la voluntad de la entidad, razón por la que, teniendo en cuenta que la ruptura del equilibrio económico contractual es imputable a la entidad, así no haya sido su intención afectar el contrato, el Estado debe resarcir todos los perjuicios ocasionados al contratista en razón del hecho que da lugar a la aplicación de la teoría del hecho del príncipe, al respecto, la jurisprudencia colombiana ha manifestado:

*"En cuanto a los efectos derivados de la configuración del hecho del príncipe, demostrado el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, como consecuencia de un acto imputable a la entidad contratante, surge para ésta la obligación de indemnizar todos los perjuicios derivados del*



*mismo*".(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, 15665, 2010).

Garantizando de esta manera no solo el pago de los sobrecostos que se le hayan podido generar al contratista, como sucede con la teoría de la imprevisión, en la cual la obligación de la entidad es llevar al contratista hasta el punto de no pérdida, sino que en la teoría del hecho del príncipe, la entidad contratante está en la obligación de indemnizar todos los perjuicios que se le hayan causado al contratista en virtud del hecho proveniente de la voluntad de la administración en uso de sus facultades como autoridad pública y no como parte del contrato, siendo un derecho del contratista que se le reconozcan los mayores costos de la ejecución del contrato, la utilidad que dejó de percibir y los perjuicios que se le causen y logre probar, siempre y cuando estos se deriven de la ruptura del equilibrio económico del contrato.

Vale la pena resaltar que cuando el acto que genera la ruptura del equilibrio económico contractual no proviene de la entidad contratante, sino de una entidad distinta, tratándose de un hecho externo, debe darse aplicación a la teoría de la imprevisión.

## 5. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

La teoría de la imprevisión en Colombia nace con el artículo 868 del código de comercio, el cual a la letra expresa:

*"Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. - El juez procederá a examinar las*

*circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. - Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea."*

A su vez, es objeto de definición por la doctrina nacional como; *"Medio por el cual, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, que alteran su ecuación económica financiera en perjuicios del cocontratante, al no impedirse su ejecución pero, quien la ejecuta sufre una grave pérdida, éste puede requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esa crítica situación y poder cumplir o seguir cumpliendo sus obligaciones."*(Gómez, 2007, p. 125).

Según Rodríguez Libardo (2013) la teoría de la imprevisión es la ruptura de la ecuación contractual por situaciones ajenas a las partes e imprevistas, que se presentan con posterioridad a la celebración del contrato y lo hacen más gravoso económicamente. Esta teoría no impide la ejecución del contrato estatal, pero si lo hace más oneroso para el contratista, provocando que se produzca un menoscabo en la utilidad esperada por el particular, caso en el cual, según lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993, la entidad contratante debe llevar al punto de no pérdida al contratista por las situaciones imprevistas no imputables a él. Marienhoff (1983) citado por La importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal (s.f., p.p. 64-65) menciona que la teoría de la imprevisión reviste las siguientes características; **"1). Es de orden público, pues (...). No representa únicamente una ventaja económica para el contratante, sino, ante todo, un medio de asegurar, en beneficio del interés público o general, el**



cumplimiento de los contratos administrativos, por tanto: **a. Existe como principio esencial (...).** **b. Es implícita. No requiere ser pactada por las partes.** Se aplica de pleno derecho. **c. Su existencia en el orden jurídico no requiere norma expresa que la consagre o establezca.** **d. No puede ser objeto de renuncia por parte del contratante.** En consecuencia, el derecho a invocarla no puede ser válidamente excluido de un contrato, pues, implicando esto la renuncia a invocarlo, o la imposición de renuncia, ello sería irrito dado el carácter de orden público que reviste la teoría de la imprevisión. **2). No aparece una indemnización integral sino una mera ayuda del Estado para que se restablezca el equilibrio económico y financiero del contrato,** quebrado o alterado como consecuencia del acontecimiento extraordinario e imprevisible en cuestión (...). En este aspecto se distingue claramente el hecho del príncipe de la teoría de la imprevisión, pues en aquel la indemnización es integral." (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

Está claro que la teoría de la imprevisión, no busca que el contratista sea indemnizado y mucho menos aumentar su utilidad dentro del contrato celebrado, sino que una vez ocurridos los sucesos que puedan dar lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión y dichos sucesos hagan que el contratista deba afectar su patrimonio para cubrir los gastos que se generen o se vea afectada la utilidad esperada, se lleve al contratista a un punto de no pérdida, garantizando las prestaciones que se habían pactado en la celebración del contrato, es claro, que cuando ocurre un suceso que se pueda enmarcar dentro de la teoría de la imprevisión, el Estado, está en la obligación de soportar dicha imprevisión, restaurando las condiciones de tal manera que el contratista quede como si el siniestro jamás hubiese acaecido, al respecto la jurisprudencia Colombiana ha manifestado:

"En cambio, en lo que hace relación a la teoría de la imprevisión, en cuanto ella consiste en situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato que alteran la ecuación financiera del contrato en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución, se contempla el deber de la Administración de concurrir en ayuda del contratista, ya que éste obra como su colaborador y requiere de ese apoyo para concluir con el objeto contractual, en el cual está fincado el interés de la entidad contratante (...).

Pero la indemnización en este caso, no será igual a la que correspondería en el caso del hecho del príncipe, ya que la circunstancia que trastornó en forma grave la ecuación contractual, no le es imputable a la entidad contratante ni siquiera a título de responsabilidad sin falta, sino que obedece a hechos ajenos a las partes y la Administración sólo procederá a compensar la ecuación desequilibrada por razones de equidad y como colaboración al contratista que de todas maneras tiene que ejecutar el contrato en condiciones adversas a sus cálculos iniciales (...)." Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, 15119, 2003)

Sin embargo, es menester aclarar que no siempre se está frente a una imprevisión, es decir, no todo hecho que las partes no hayan previsto puede pasar a ser parte de la teoría de la imprevisión y causar por el mismo hecho la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato estatal, recargando más obligaciones sobre el contratista, cuando en realidad este no está en la obligación de soportar esas cargas adicionales, toda vez que la teoría de la imprevisión exige algunos requisitos, los cuales son que el hecho o situación sea extraordinario, es decir, que no corresponda de ninguna manera a la naturaleza del contrato y que sea de tal entidad que para las partes haya sido imposible su previsión; que el hecho o



circunstancia no provenga de la voluntad de las partes, por lo que le esta proscrito tanto al contratista como a la entidad contratante generar el hecho, de lo contrario, tratándose de que sea la entidad contratante la generadora del hecho, se estaría frente a la teoría del hecho del príncipe y no frente a la teoría de la imprevisión; el hecho o circunstancia que genere la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato estatal debe ser totalmente imprevisible para las partes durante la etapa precontractual, ya que de haberse podido prever el hecho por alguna de las partes, se estaría faltando al estatuto general de contratación pública, toda vez que los hechos previsibles que puedan afectar la ejecución contractual de alguna manera, deben ser determinados, tipificados y asignados como riesgos a la parte que se encuentre en mejores condiciones de manejarlos y superarlos, ello, según lo dispuesto en el artículo 4 de la ley 1150 de 2007; el hecho o circunstancia debe presentarse con posterioridad a la celebración del contrato, sería inadmisibles pensar que se pueda presentar la ruptura del equilibrio económico financiero o de la ecuación contractual durante la etapa pre contractual, porque simplemente en esa etapa no hay un contratista a quien garantizar sus prestaciones, se estaría frente a quienes ostentan la calidad de oferentes o adjudicatarios, pero no de contratistas; por último, se requiere que el hecho o circunstancia no haga imposible la ejecución del contrato, ya que es indispensable que el contratista continúe con la ejecución contractual para que incurra en sobrecostos y pueda de esta manera alegar a la entidad contratante que se ha generado una ruptura de la ecuación contractual y que la entidad contratante se encuentra en la obligación de restituírle esos sobrecostos hasta un punto de no pérdida, lo que quiere decir que el contratista no va a lograr, con ocasión del hecho imprevisto soportado, un incremento de la utilidad que esperaba, si por el contrario, la ejecución

contractual se tornase imposible debido al hecho, se estaría frente a una fuerza mayor, lo que ocasiona la terminación del contrato.

(Consejo de Estado, 2016) citado por (Rosero & Rojas, 2017, p. 76), menciona que existe una diferencia sustancial entre la teoría de la imprevisión y un hecho de fuerza mayor, ya que si bien es cierto, en ambos se presenta un acontecimiento exógeno e imprevisible para las partes, en la teoría de la imprevisión dicho acontecimiento no imposibilita la ejecución del contrato y el contratista se encuentra en la obligación de continuar con la ejecución del contrato, así le resulten más gravosas, mientras que al tratarse de un hecho de fuerza mayor, este sí hace que la ejecución del contrato sea imposible, ya que no solo es imprevisible, sino que también es irresistible. La consecuencia en ambos casos también es diferente, puesto que cuando se trata de la teoría de la imprevisión, se debe llevar al contratista al punto de no pérdida, reconociéndole los costos adicionales que debió asumir para la ejecución del contrato, mientras que tratándose de fuerza mayor, se releva al contratista de sus obligaciones contractuales, reconociéndosele solo lo que haya ejecutado hasta ese momento y sin que tenga derecho a cualquier tipo de reclamación económica. (Sentencia 32437 del 29 de agosto de 2016).

## 6. LA POTESTAS VARIANDI O IUS VARIANDI

Consiste en la alteración económica contractual generada a partir de la aplicación de alguna de las cláusulas excepcionales al derecho común consagradas en el Estatuto General de Contratación Estatal, las cuales son la de interpretación unilateral, terminación unilateral, liquidación unilateral, modificación unilateral, de sometimiento a las leyes nacionales, de caducidad de los contratos y la cláusula de reversión, esta alteración genera el derecho de



la parte afectada a ser indemnizada en cuanto a lucro cesante y a mayores costos.

La doctrina colombiana la ha definido de la siguiente manera; **"la potestas variandi"**. *Es una de las causales de ruptura del equilibrio económico del contrato 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. La ocurrencia de una situación que dé lugar a la aplicación de esta causal genera como consecuencia el derecho a la indemnización integral a favor del contratista, que incluye el pago de los mayores costos en que debió incurrir como efecto de la decisión de la entidad y del lucro cesante o, para la administración, el derecho a pagar únicamente el objeto efectivamente recibido.*" (Rodríguez, 2013a, p.p. 535-537).

Vale la pena resaltar que lo que puede llegar a generar la ruptura del equilibrio económico contractual, es la aplicación de las facultades de interpretar, modificar y terminar unilateralmente un contrato por parte de la entidad pública contratante, aplicación que debe conllevar a la afectación de las prestaciones que se habían pactado entre las partes al momento de la celebración del contrato estatal.

En aplicación de las facultades antes mencionadas pueden ocurrir dos cosas, la primera: que la entidad contratante interprete, modifique o termine el contrato de manera unilateral, obedeciendo las causales que se encuentran en la norma y en busca de que se cumpla el fin perseguido con la debida ejecución del contrato, lo que genera un reconocimiento de los costos directos e indirectos en que haya incurrido el contratista; y las segunda: que la entidad contratante, haciendo uso de sus facultades de interpretar,

modificar o terminar unilateralmente un contrato estatal, se extralimite, lo que conlleva a una responsabilidad contractual y le otorga el derecho al contratista afectado a que se le pague una indemnización integral.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrada Ponente Ruth Estela Palacio Correa, radicado 18080, del 31 de agosto de 2011, indicó; *"De otra parte, uno de los principios que rige los contratos de la administración es el de mutabilidad, en virtud del cual tiene esta la posibilidad de modificar unilateralmente sus términos, afectando de ese modo su ejecución y variando las prestaciones debidas por el cocontratante particular. Pero el ejercicio del ius variandi, según quedó visto, también puede ser causa de desequilibrio económico de los contratos estatales, que se configura cuando la administración en ejercicio de las potestades exorbitantes de interpretación, modificación y terminación unilaterales del contrato altera las condiciones existentes al momento de contratar. - De acuerdo con el artículo 16 de la ley 80 de 1993, 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 introducirle variaciones 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. - Este poder de modificación de la administración es limitado, dado que debe respetar la sustancia del contrato, su esencia y la de su objeto; una alteración extrema significaría un contrato diferente, no querido por el cocontratante particular y respecto del cual no ha mediado consentimiento; y, además, en todo contrato al disponerse la modificación de la realidad contractual, debe mantenerse el equilibrio económico del contrato, debiendo indemnizar al*



contratista cuando esas modificaciones produzcan la ruptura de ese equilibrio, o efectuarse los reajustes que correspondan para evitar que obtenga indebidos beneficios.”

(Consejo de Estado, 2016) citado por (Rosero & Rojas, 2017, p. 75), expuso: “*Que debe tenerse en cuenta que en cabeza de la administración se encuentra la dirección general y la obligación de control y vigilancia de la ejecución del contrato y que, para el cumplimiento de los fines de la contratación, está facultada para ejercer los poderes excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilateral del contrato o ius variandi, siempre y cuando se cumpla con los requisitos de ley (artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80/93), e indica que dicho ejercicio (...) puede significar mayores costos para el contratista o disminución de las prestaciones a ejecutar y, por lo tanto, de la utilidad a obtener (...) la administración deberá proceder al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tal medida, y que deberán aplicarse los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial (arts. 14, num. 1° y 16 de la Ley 80/93). Cuando se ejerce el ius variandi por parte de la Administración, imponiéndole nuevas obligaciones al contratista, por ejemplo, cuando se introducen obras adicionales a las contempladas en el contrato original, este tiene derecho a que se le reconozcan los mayores costos en que haya incurrido, así como las utilidades correspondientes a esas mayores cantidades de obra que haya tenido que ejecutar, y esta es la forma como, en estos eventos, se restablece el equilibrio económico del contrato” (Sentencia 32437 del 29 de agosto de 2016).*

## **7. SUJECIONES MATERIALES IMPREVISTAS.**

Son aquellas dificultades materiales que se presentan estrechamente relacionadas con la ejecución del contrato y que, aunque pudieran ser previsibles por la administración, aparecen de manera imprevista para el contratista, haciendo más difícil y gravosa dicha ejecución. Tal es el caso, por ejemplo, de unas condiciones del terreno en que se va a realizar una obra pública, que no coinciden con los estudios de suelo entregados al contratista y que por su naturaleza (terreno rocoso, fangoso, etc.), implican un mayor costo de la obra. En esas circunstancias, el contratista tiene derecho a recobrar el equilibrio económico del contrato, mediante el pago de los mayores costos necesarios para superar la dificultad.

El Consejo de Estado, mediante sentencia 32437 del 29 de agosto de 2016, Magistrado Ponente Danilo Rojas Betancourt, ha manifestado que las sujeciones materiales imprevistas son una modalidad de la teoría de la imprevisión, pero “*hacen relación a hechos físicos, tales como condiciones inesperadas del terreno, pluviosidad excepcional, etc., posteriores a la celebración del contrato, razonablemente imprevistas por las partes y que afectan la ecuación económica del mismo, haciéndolo gravemente oneroso para una de ellas*”, mientras que la teoría de la imprevisión es definida como “*(...) circunstancias extraordinarias e imprevistas, ajenas a la voluntad de los contratantes, que alteren la ecuación económica del contrato en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución (...)*”. Las sujeciones materiales imprevistas traen como consecuencia el pago de los costos hasta el punto de no pérdida para el contratista.

## **8. OCASIÓN PARA RESTABLECER EL EQUILIBRIO ECONOMICO CONTRACTUAL.**

Para que sea procedente el restablecimiento del equilibrio económico contractual, el



contratista no solo debe probar que las circunstancias que provocaron la ruptura del equilibrio económico contractual acaecieron, sino que debe cumplir con lo que la jurisprudencia colombiana ha denominada "oportunidad" como requisito de procedencia para el restablecimiento del equilibrio económico contractual.

Tal requisito de procedencia lo que busca es que el contratista que se ha visto afectado por la ruptura del equilibrio económico contractual manifieste sus inconformidades y realice las correspondientes reclamaciones ante la Administración en el momento adecuado, es decir, en caso de que por la ocurrencia de circunstancias que afectan el equilibrio económico contractual se lleguen a suscribir suspensiones, prórrogas, adiciones al plazo de ejecución del contrato o cualquier otro tipo de documento similar, es precisamente al momento de la suscripción de tal documento que el contratista debe manifestar sus inconformidades, realizar reclamaciones y dejar plasmadas las salvedades que considere pertinentes. En caso de no hacerlo de tal manera, las circunstancias que afectaron el equilibrio económico del contrato se entenderán saldadas, ello, en virtud del principio de la buena fe contractual.

Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia 18836 del 22 de junio de 2011, ha manifestado; "(...) Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las

partes.- Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como ya se dijo y ahora se reitera, la buena fe contractual, que es la objetiva, consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia."

Más adelante, el Consejo de Estado, en sentencia 24809 del 16 de octubre de 2014, también habló acerca del tema e indicó; "En Consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual."

Este tema también fue estudiado en la sentencia 48947 del 3 de diciembre de 2015, del Consejo de Estado, ocasión en la que enseñó respecto al tema; "De esta forma, si lo que se afirma es que las partes, al momento de suscribir suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., no formulan salvedad, reclamación u objeción alguna ante la administración o entidad contratante, sino únicamente ante la interventoría del contrato es porque se mostraron conformes frente a la administración con lo allí convenido y si en esas oportunidades estuvieron de acuerdo con lo acordado frente a su parte contratante, no pueden después venir a formular esas mismas



reclamaciones en el acta de liquidación bilateral, pues si no fueron presentadas en su oportunidad ante la entidad contratante ya en sede de liquidación final del contrato se estima que también son extemporáneas. - En efecto, si se entiende que al momento en que las partes suscriben actas de prórroga, suspensiones, contratos adicionales, otrosíes, etc., cada una de estas convenciones se constituye en una nueva oportunidad para que las partes restablezcan el equilibrio económico del contrato, de tal suerte que si en este momento no se hacen salvedades el equilibrio económico del contrato queda restablecido- (...)Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que a lo largo de la ejecución del contrato el contratista formula reclamaciones únicamente ante la entidad interventora y luego procede a suscribir acuerdos con la entidad contratante y guarda silencio frente a esta, y solo hasta la etapa de liquidación del contrato decide formular esas mismas reclamaciones que ya habían sido denegadas por la interventoría, se entiende que tampoco ha dado cumplimiento a la oportunidad como requisito de procedencia para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pues se entiende que estuvo conforme con lo acordado con la entidad y el ejercicio de las funciones a cargo del interventor no se extienden a la facultad de poder introducir modificaciones a las condiciones acordadas por las partes contratantes en sus contratos principales, adicionales o modificatorios.”

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia 52666 del 29 de enero de 2018, manifestó; “Pero además de la prueba de tales hechos es preciso, para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la alteración, que el factor de oportunidad no la haga improcedente. - En efecto, tanto el artículo 16 como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prevén que en los

casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...” - Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes. - Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como se sabe, la buena fe contractual, que es la objetiva, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia” 31 (Se subraya). - En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.”

Por último, vale la pena mencionar la sentencia del Consejo de Estado 35099 del 21 de junio de 2018, la cual indica que el juez, al momento de adoptar un fallo dentro de una controversia contractual, debe fijarse que lo que se argumenta en la demanda, también se le haya argumentado en su momento a la entidad contratante, preceptuando; *“El juez debe observar (...) la coherencia que existe entre las salvedades consignadas en el acta de liquidación bilateral y las reclamaciones efectuadas por la vía judicial, pues unas y otras, consideradas individualmente, deben guardar simetría. En este caso, las pretensiones de la demanda tienen correspondencia con las salvedades incluidas en el acta de liquidación bilateral, según se puede observar al contrastar la transcripción hecha de las observaciones consignadas por el contratista en el acta de liquidación bilateral (...) con cada una de las reclamaciones que fueron objeto de demanda, de manera que la Sala encuentra reunido el requisito establecido por la jurisprudencia. No obstante, es bueno anotar que el Tribunal de primera instancia terminó por resolver todas las reclamaciones efectuadas por el contratista en el acta de liquidación bilateral, pese a que algunas de ellas no fueron objeto de pretensión procesal, por lo cual el fallo del a quo se tornó extra petita. Por lo anterior, el análisis de los recursos se ceñirá a los aspectos que fueron materia de apelación y que guarden correspondencia con las pretensiones y los hechos de la demanda y las razones de la defensa esbozadas por el demandado”*.

**Elaboró:** Juan Sebastián Cardona Correa –  
Abogado Contratista – Secretaría Jurídica y de  
Contratación.

