

**PÉRDIDA DE CONMUTATIVIDAD O DESEQUILIBRIO ECONÓMICO: VISIÓN
INTEGRADORA ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO**

SANTIAGO SIERRA OSPINA

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO
MEDELLÍN
2019**

**PÉRDIDA DE CONMUTATIVIDAD O DESEQUILIBRIO ECONÓMICO: VISIÓN
INTEGRADORA ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO**

SANTIAGO SIERRA OSPINA

Artículo presentado como requisito para optar por el título de magíster en derecho

Director

DANIEL ARANGO PERFETTI

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

MEDELLÍN

2019

Nota de aceptación

Firma del jurado

Medellín, 15 de octubre de 2019

RESUMEN

La pérdida de equivalencia entre prestaciones ha sido analizada de manera segmentada y poco sistemática, según si esta ocurre dentro de un contrato celebrado entre particulares o en un contrato celebrado con una entidad estatal. Para ambos tipos de contratos, hemos acuñado conceptos que pretenden explicar el fenómeno. Se habla de pérdida de conmutatividad en el derecho privado, mientras que el derecho público se refiere en términos de desequilibrio económico o desbalance de la ecuación económica.

Tampoco hemos encontrado un tratamiento unificado en caso de ocurrencia de esta situación. Referenciamos la revisión como mecanismo de corrección del defecto en el derecho privado, mientras que nos referimos al restablecimiento en sede del derecho público. Se deberá establecer si estamos en presencia de conceptos idénticos bajo denominaciones diferentes, buscando así una visión integradora.

En uno u otro caso, la gestión de fenómenos que alteren la equivalencia de prestaciones constituye la finalidad de la actividad contractual moderna, teniendo al contrato como herramienta fundamental de administración de riesgos.

Palabras clave: “equivalencia de prestaciones”, “contrato conmutativo”, “conmutatividad”, “teoría de la imprevisión”, “excesiva onerosidad sobreviniente”, “revisión”, “pérdida de conmutatividad”, “desequilibrio económico del contrato”, “ecuación contractual”, “equilibrio económico”, “frustración”, “incumplimiento”, “restablecimiento”, “riesgo”, “imprevisibilidad”.

ABSTRACT

The breach in equivalence of contract obligations has been subject to fragmented studies and un systemic, whether if it occurs in a private or government contract. For both types of contracts we have shaped concepts that attempt to explain the phenomenon. In civil law, we refer to this as commutativity loss, whereas in public law, it is referred to as a breach of economic balance or breach of economic equation.

We have not been able to find a unified solution when the phenomenon occurs. We refer to the revision of the contract when the phenomenon manifests in a private contract, while in government contracts we refer to reestablishment. It is necessary to determine if we are talking about the same concept but under a different nomination, to provide an integrated approach.

In any case, the study of events that may affect the financial balance of contracts is the main focus of the modern contractual activity, maintaining the contract as the fundamental tool to manage risk.

Key words: commutative benefits; commutative contract; commutativity, unforeseen circumstances; hardship; revision of contract; economic imbalance; contractual equation; economic balance; frustration of contract; breach of contract; re establishment; risk.

CONTENIDO

CAPÍTULO I	INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO II	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	9
CAPÍTULO III	LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE	14
CAPÍTULO IV	EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL	31
4.1	EL RESTABLECIMIENTO COMO UN DERECHO DEL CONTRATISTA	31
4.2	LA ECUACIÓN CONTRACTUAL COMO UN PRINCIPIO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y COMO UN CRITERIO DE INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES	44
CAPÍTULO V	LA GESTIÓN DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO	45
CAPÍTULO VI	LA CLÁUSULA DE ECUACIÓN ECONÓMICA EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE CUARTA GENERACIÓN.....	57
CAPÍTULO VII	LA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA.....	67
CAPÍTULO VIII	CONCLUSIONES	72
CAPÍTULO IX	BIBLIOGRAFÍA.....	77

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN

El escrito que procede a presentarse es el resultado de una investigación que, desde su origen, busca armonización entre instituciones del derecho privado y del derecho público. Para ello se determinó que el objeto del mismo debería estar acotado por los siguientes límites:

En primer lugar, la identificación de una institución jurídica que permita un ejercicio académico de destrucción de barreras. Un ejercicio académico de reconciliación. Un ejercicio académico que permita demostrar la utilidad de afrontar el análisis de las instituciones jurídicas sin compartimientos intermedios y con un mismo lenguaje. Por este motivo, la investigación estaría dirigida al análisis de una institución propia del derecho público, desde la óptica del derecho de daños, la responsabilidad contractual y, en general, el derecho de obligaciones.

En segundo lugar, en atención al área de práctica del autor, la investigación habría de estar dirigida al análisis de una institución propia del derecho de contratos estatales en Colombia, como es el caso del desequilibrio económico del contrato, que en su estructura y aplicación práctica requiere de su interrelación con instituciones del derecho privado.

En tercer lugar, en atención a que el autor ha fijado su interés, no solo desde su aplicación práctica sino desde su tratamiento teórico, en el llamado *equilibrio económico del contrato* y su interrelación con la *perdida de conmutatividad*, la *revisión* y la *responsabilidad por incumplimiento* de obligaciones contractuales, la investigación habría de estar dirigida al análisis del desequilibrio económico del contrato estatal.

En cuarto lugar, en atención a la pertinencia teórica y práctica, la investigación habría de estar dirigida a un análisis del modelo de contrato de concesión celebrado en vigencia de la Ley 1508 de 2012 en el marco del programa de cuarta generación de concesiones viales.

En quinto lugar, en atención a que el contrato modelo de Asociación Público Privada incorpora regulaciones en materia de *ecuación contractual* y de *eventos eximentes de responsabilidad*, la investigación habría de estar dirigida al análisis de dichas regulaciones de cara a instituciones como el desequilibrio económico del contrato.

Durante el ejercicio investigativo fue necesario concentrar la atención en los elementos teóricos y prácticos que han rodeado el concepto de *ecuación contractual*, llevando al autor a la necesidad de consolidar el objeto del escrito en este último concepto. Dicha reducción del objeto de estudio permite mayor profundidad de análisis y, por tanto, un mayor detalle en el desarrollo y conclusiones.

El escrito presenta una problemática teórica en cuanto al tratamiento de la *pérdida de conmutatividad* por parte del derecho privado y del *desequilibrio económico* de los contratos en el derecho público. Ambas regulaciones han sido edificadas de manera poco sistemática, lo que ha permitido desarrollos dispares y, en ocasiones, contradictorios entre ellas.

Se realiza un análisis de la regulación de la excesiva onerosidad sobreviniente desde la perspectiva propia del derecho privado, así como de la regulación del desequilibrio económico del contrato estatal desde la perspectiva propia del derecho público. Allí se realizará un análisis tendiente a establecer los puntos comunes y a determinar los puntos que plantean confrontación.

Tambien, se destina un capítulo a la descripción de los mecanismos de gestión del desequilibrio económico, luego del cual se presenta un análisis de la Sección XIII del contrato modelo de Asociación Público Privada utilizado por la Agencia Nacional de Infraestructura en el programa de cuarta generación de concesiones viales en Colombia. Dicho análisis se realiza con la finalidad de ejemplificar los elementos teóricos que lo preceden y, adicionalmente, de emitir un concepto de conformidad con estos.

Finaliza el trabajo presentando una propuesta de interpretación integradora que termine por tender el puente propuesto desde el comienzo de la actividad de investigación y que permite una comprensión del *desequilibrio económico* sin restricción a la naturaleza del contrato.

CAPÍTULO II PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los contratos que consideran el tiempo como una variable dentro de su ejecución, esto es, aquellos a los que se les ha asignado la denominación de *contratos de tracto sucesivo* o *contratos de duración*, llevan inmersos dentro de sus contingencias propias, la frustración de su objeto por circunstancias acaecidas con posterioridad al perfeccionamiento. Se entenderá que el contrato entra en estado de frustración cuando el objeto de este no es alcanzado por alguna de las partes en la forma en que fuera concebido al momento de contratar.

Se suele reducir los fenómenos que causan frustración a (i) imposibilidad de ejecución del objeto, (ii) incumplimiento de una o varias prestaciones y (iii) la excesiva onerosidad sobreviniente (Gutierrez, 2010).

La imposibilidad de ejecución del objeto frustra el contrato pues el objeto de este, que en principio era posible, ahora resulta de imposible cumplimiento, esto es, que dada la ocurrencia de un hecho o circunstancia posterior al perfeccionamiento del contrato, el objeto no puede ser ejecutado, bien porque asuntos de facto lo impiden o porque alguna disposición del ordenamiento jurídico restringe la ejecución de la prestación.

Debemos destacar que el supuesto de imposibilidad tiene como premisa que el objeto deviene en imposible como consecuencia de un hecho o circunstancia ajena a alguna de las partes.

La configuración de la imposibilidad de ejecución del objeto lleva consigo la extinción de la obligación conforme al principio según el cual nadie está obligado a lo imposible (*impossibillium nulla obligatio est*) (Ospina & Ospina, 2005). En tal virtud, el ordenamiento jurídico permite aplicar la *terminación* del contrato y corresponderá realizar el análisis frente a la suerte de la obligación correlativa en caso de que esta aún continúe siendo de posible cumplimiento.

El incumplimiento de una o varias prestaciones frustra el contrato pues se impide que una de las partes de este obtenga la prestación a que tiene derecho en la forma en que fue contratada, esto es, no recibiendo la prestación o recibéndola de forma tardía o defectuosa, pudiendo incluso sufrir un daño.

Es probable que la conducta constitutiva de incumplimiento contractual se encuentre unida causalmente con la imposibilidad de ejecución del objeto, en cuyo caso será analizada bajo las reglas del incumplimiento y no de la imposibilidad que se encuentra en el primer supuesto.

La configuración del incumplimiento de una o varias prestaciones en un contrato bilateral, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1564 del Código Civil colombiano, habilita al otro contratante (el cumplido o allanado a cumplir) a pedir a su arbitrio, la ejecución de la prestación tal y como fue contratada, la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios. En general, un acreedor cumplido, podrá optar por la totalidad de los remedios posibles, compatibles y disponibles en el ordenamiento jurídico, con que se cuente frente a un deudor incumplido, donde se encuentran, desde luego, los que serán considerados como propios de la *responsabilidad civil contractual*.

Finalmente, *la excesiva onerosidad sobreviniente*, frustra el contrato pues una de las partes ve incrementado el valor del cumplimiento de su prestación como consecuencia de hechos o circunstancias que ocurren con posterioridad al perfeccionamiento del contrato y qué, como se verá mas adelante, deben ser, en principio, extraordinarias, exteriores, imprevistas o imprevisibles. Lo anterior se ha reconocido tradicionalmente como un supuesto de pérdida de conmutatividad del contrato.

Debemos destacar que el supuesto de excesiva onerosidad sobreviniente tiene como premisas que (a) el objeto continúa siendo de posible cumplimiento, (b) la parte afectada sufre un aumento excesivo del valor que implica el cumplimiento de su prestación, y (c) que el hecho o circunstancia que altera la conmutatividad sea ajeno a las partes.

Es probable que la ocurrencia de la excesiva onerosidad sobreviniente se encuentre unida causalmente con el incumplimiento de una o varias prestaciones del contrato, en cuyo caso será analizada bajo las reglas del incumplimiento y sus remedios.

La configuración de la excesiva onerosidad sobreviniente habilita a la parte que la padece a solicitar la *revisión* del contrato por un juez o, ante la imposibilidad de adoptar por este las medidas de reajuste, la *terminación* del vínculo contractual.

Los contratos estatales, esto es, aquellos donde al menos uno de sus sujetos es una de las entidades que se encuentran contenidas en la lista del numeral 1° del Artículo 2° de la Ley 80 de 1993, no escapan a las circunstancias de frustración del objeto anteriormente mencionadas, toda vez que dichas causas de frustración en su origen, no constituyen fenómenos jurídicos como si fácticos y, el contrato estatal, en tanto contrato que es, puede padecerlas.

No obstante, la forma como la Ley 80 de 1993 se aproxima a dichos fenómenos resulta confusa y poco sistémica, máxime si tenemos en cuenta que, en virtud del Artículo 2° del Código Civil y 13 de dicha disposición legal, estos contratos se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. Esto es, que el derecho aplicable a un contrato estatal es el mismo que regula los contratos con los particulares, salvo que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenga una disposición derogatoria de dicho régimen. Dicha aproximación, se plantea desde ya, es especialmente compleja de cara al tratamiento de la excesiva onerosidad sobreviniente.

Sea lo primero plantear que el Estatuto General de Contratación y en especial la Ley 80 de 1993 rara vez se refieren a la conmutatividad como un atributo del contrato. En consecuencia, no se encuentran referencias a la pérdida de conmutatividad como afectación de la equivalencia de prestaciones, a la excesiva onerosidad sobreviniente y mucho menos a la revisión como mecanismo de corrección de la frustración del contrato por este fenómeno.

El Estatuto General de Contratación trae conceptos nuevos, mucho mas especializados y particulares que los del derecho común, donde se referencia a la *ecuación contractual* o al *equilibrio económico* como un principio del contrato estatal, al *desequilibrio económico* del contrato como fenómeno de desbalance de dicha ecuación y al *restablecimiento* como mecanismo propio de corrección.

Se destaca la especialidad de los conceptos mencionados pues parecen hacer referencia de manera mas directa a la realidad que sus aparentes contrapartes del derecho común. La ecuación es una *equivalencia* en términos matemáticos. Precisamente, es la equivalencia de prestaciones el criterio que utiliza el Artículo 1498 del Código Civil colombiano para diferenciar los contratos conmutativos de los aleatorios. Los contratos serán conmutativos cuando las partes miran como equivalente las prestaciones reciprocas. Por su parte, serán aleatorios cuando el equivalente de la prestación de una de partes es una contingencia incierta de ganancia o pérdida.

Teniendo en cuenta que la equivalencia entre prestaciones, bajo la mirada de las partes, define al contrato como conmutativo, podría plantearse que el problema se reduce a un asunto puramente denominativo al utilizar los conceptos de conmutatividad, ecuación o equilibrio. Ahora bien, corresponde plantearse dos preguntas: (i) ¿podrá predicarse la misma conclusión de los conceptos

de *pérdida de conmutatividad y desequilibrio económico*?, y (ii) ¿podrá predicarse la misma conclusión de los conceptos de *revisión y restablecimiento*?

Con el norte claro en encontrar armonía entre los sistemas de derecho aplicable a los contratos entre particulares y a los contratos estatales, se procederá la presentación de ambos sistemas, con la finalidad de proponer con posterioridad una posibilidad de interpretación sistemática que armonice el entendimiento de ambas instituciones. Adicionalmente, se realizará un análisis de la regulación de la ecuación contractual en el contrato modelo de concesión bajo la modalidad de Asociación Público Privada, por medio del cual se adelanta el programa de cuarta generación de concesiones en Colombia.

CAPÍTULO III LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE

Como ya se planteó, los contratos de tracto sucesivo pueden frustrarse como consecuencia de la configuración de una situación de excesiva onerosidad ocurrida como consecuencia de hechos o circunstancias ocurridos con posterioridad al perfeccionamiento del contrato, de forma tal que a quien la sufre se le hace excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación a su cargo, mas no imposible.

La necesaria comparación que se hace respecto de la imposibilidad, resulta pertinente en la medida en que la excesiva onerosidad sobreviniente, como fundamento de adecuación o terminación del contrato, es fruto de un desarrollo dogmático que pretendió moderar la rígida regla del *pacta sunt servanda*, propia de los sistemas de corte voluntarista, para introducir en su análisis criterios de

equidad contractual (Chamie, 2012). Así, la ocurrencia de hechos o circunstancias con posterioridad a la celebración del contrato, que no impiden el cumplimiento, pero que dificultan el mismo, permitirá, de manera excepcional, desconocer la fuerza vinculante del contrato para proceder a su moderación, en aplicación de la denominada cláusula *rebus sic stantibus* (Alessandri, Somarriva, & Vodanovic, 2001).

El Código de Comercio colombiano establece los requisitos que se deben reunir para que se configure este evento, de forma tal que quien lo padece pueda solicitar al juez que el contrato se revise mediante la adopción de medidas de reajuste o, en caso de no poderse adoptar ninguna de estas, se termine.

ARTÍCULO 868. REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

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.

La disposición que se cita establece, en primer lugar, que la excesiva onerosidad debe provenir del acaecimiento, con posterioridad a la celebración del contrato, de una o varias circunstancias que se puedan calificar como (i) extraordinarias, (ii) imprevistas o (iii) imprevisibles.

Una circunstancia será *extraordinaria* cuando esta no obedece a aquellas que ocurren en el orden normal y natural del contexto en el que se ejecuta la prestación. Lo anterior encuentra su fundamento en que los efectos que genera la ocurrencia de circunstancias ordinarias deben ser asumidos por la parte a cuya prestación sea inherente dicho evento. De allí que se hayan acuñado los conceptos de *alea normal* y *anormal*, tendientes a agrupar aquellos eventos cuya ocurrencia es aleatoria, en atención a su proximidad con la prestación. El *alea normal* corresponde a los eventos que se consideran inherentes al contexto de ejecución de la prestación, mientras que el *alea anormal* corresponde a los eventos que resultan extraños, por fuera del orden o fuera de lo que comúnmente ocurre.

Una circunstancia será *imprevista* atendiendo a un juicio respecto de las partes, en la medida en que estas no previeron o anticiparon la ocurrencia, con posterioridad a la celebración del contrato, de un determinado evento. Corresponde a un juicio de constatación de los acuerdos alcanzados en el contrato, para determinar si las partes contemplaron la ocurrencia de una circunstancia y los efectos que ello pudiere generar para el contrato.

Una circunstancia es *imprevisible* cuando las partes no han podido prever o anticipar la ocurrencia, con posterioridad a la celebración del contrato, de un determinado evento, no obstante haber desplegado su diligencia con miras a dicha anticipación o a la adopción de medidas tendientes a resistir los efectos del evento. No corresponde a un juicio de mera constatación de acuerdos en el

contrato como sí de la conducta diligente de las partes en: (i) la anticipación de eventos susceptibles de afectar la conmutatividad del contrato y (ii) la adopción de mecanismos o medidas de evitación o resistencia a dichos eventos. Así las cosas, la calificación bajo estudio precisa de un juicio de ausencia de culpa en quien alega la imprevisibilidad de la circunstancia. Por tanto, no se puede confundir previsión con predicción y, en similar sentido, una circunstancia imprevisible con una circunstancia *impredecible*.

El cuestionamiento se plantea en el relacionamiento de las tres categorías de cara a la procedencia de la configuración de una circunstancia que, tras hacer excesivamente onerosa una prestación, habilite la revisión del contrato. Los adjetivos “extraordinarias”, “imprevistas” e “imprevisibles” contenidos en la regulación del Artículo 868 del Código de Comercio se presentan como disyuntivos, esto es, que bastaría con que la circunstancia reúna una de dichas características para entrar dentro del supuesto de hecho de la revisión. Lo cierto es que tal conclusión no sería aceptable bajo el entendido de que, por tratarse de una institución que exceptúa la fuerza vinculante del contrato y su inmutabilidad, debería considerarse como base fundamental que las circunstancias sean, como mínimo, *extraordinarias*.

Ahora bien, sin respecto de análisis y opiniones posteriores, el adjetivo “imprevistas” parece haber devenido en anacrónico en atención al estado del arte en materia de contratos modernos. Lo anterior es así en la medida en que en la actualidad en la exigencia en previsión de eventos que alteren la conmutatividad del contrato es cada vez mayor, al punto de entender que la gran finalidad del contrato moderno es la gestión del riesgo, exaltando el adjetivo de “imprevisibles”, donde finalmente puede realizarse un juicio de diligencia de las partes respecto de la anticipación en los términos anteriormente indicados.

La disposición que se cita establece, en segundo lugar, que la institución cuenta con una aplicación restringida a contratos de ejecución sucesiva, prohibiendo expresamente la revisión en contratos aleatorios y en los de ejecución instantánea. Sobre el particular no conviene el pronunciamiento en el presente escrito, aún cuando se reconoce la existencia de una discusión profunda respecto de la necesidad de un ajuste normativo en este sentido.

La disposición que se cita establece, en tercer lugar, que como consecuencias de la ocurrencia de las circunstancias ya analizadas se debe alterar o agravar una prestación de futuro cumplimiento. Lo anterior ha sido entendido por la jurisprudencia nacional en el sentido de que no procede solicitud de revisión o terminación si la prestación ha sido ejecutada por el deudor. En palabras de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 21 de febrero de 2012 (reiterada en sentencia de la misma corporación del 31 de julio de 2014) *“en tanto obligada la parte a cumplir, el cumplimiento extingue la prestación, y extinguida por sustracción de materia resulta entonces impertinente la revisión bajo la regla consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio (...) Por consiguiente, ejecutado, terminado o concluido el contrato y extinguida por su cumplimiento la prestación, nada hay por revisar para reajustar; restablecer o terminar”*.

La Corte en la misma sentencia plantea:

“La revisión por imprevisión es inadmisiblesi la prestación, no obstante la excesiva onerosidad, se cumplió, lo cual salvo protesta, reserva o pacto en contrario, denota aceptación, tolerancia o modificación por conducta concluyente de la parte afectada. (...) juzga la Sala que reclamada la revisión antes y hecho reserva expresa la parte afectada al instante de cumplir la

prestación excesiva o desequilibrada, no debe soportarla y tiene derecho a obtener el reajuste, desde luego, no a través de la imprevisión, sino de las otras vías consagradas por el ordenamiento jurídico, pues lo contrario equivaldría a patrocinar una situación manifiestamente injusta, inequitativa y lesiva de la justicia contractual”

La interpretación que sostiene la Corte Suprema de Justicia en cuanto a qué, una vez ejecutada la prestación es impertinente la revisión, lleva al absurdo de impedir la aplicación de lo dispuesto en el Artículo 868 del Código de Comercio. Al respecto (Muñoz, 2015) plantea, en su texto y en salvamento de voto dentro de un Tribunal de Arbitramento de 15 de julio de 2015, que esta posición de la Corte solo puede tener acogida en aquellos eventos en que el hecho objetivo del pago, aunado a conductas inequívocas del interesado, lleve a concluir, de manera indubitable, que la voluntad de quien pagó fue la de aceptar o asumir la excesiva onerosidad.

Por lo anterior, es que Muñoz sostiene que debería admitirse la posibilidad del pago bajo reserva o protesta, a efectos de no perder la posibilidad de intentar con éxito la acción de imprevisión. Esta posición también ha sido defendida por (Oviedo, 2009) al plantear que se puede considerar que la figura de la excesiva onerosidad debería tener cabida incluso para las prestaciones cumplidas, en los eventos en que el deudor llegare a demostrar que cumplió apelando a esfuerzos inequitativos, acudiendo en consecuencia, los efectos de la excesiva onerosidad.

Del requisito en cuanto a que la prestación sea de futuro cumplimiento también se puede concluir que la prestación no se encuentra en imposibilidad de ser cumplida, lo que constituye uno de los elementos que caracteriza la institución de la excesiva onerosidad sobreviniente. Se trata pues, de

una prestación cuyo cumplimiento es posible pero en condiciones mucho mas gravosas, respecto de aquellas previstas en el contrato.

La disposición que se cita establece, en cuarto lugar, que la alteración sufrida por la prestación debe impactar en grado tal que le resulte excesivamente onerosa a la parte que la padece. Esto constituye el elemento fundamental de la institución toda vez que no toda mayor onerosidad habilita a quien la padece a solicitar la revisión o terminación del contrato. Debe tratarse pues, de una mayor onerosidad de gran magnitud. Ahora bien, lo que no plantea la regulación legal es el criterio con base en el cual determinar la gravedad de la alteración. Así las cosas, corresponderá al juez del contrato el análisis especial del incremento en la onerosidad de la parte que invoca la revisión o terminación.

Al respecto, resulta bastante ilustrativo el pronunciamiento contenido en el Laudo Arbitral del 28 de febrero de 2019, donde el Tribunal sintetiza los elementos que deben reunirse para la aplicación de la denominada teoría de la imprevisión, a partir de la cual se habilita la aplicación del Artículo 868 del Código de Comercio:

“De las citas precedentes se desprende que, para efectos de que en un caso concreto haya lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, es necesario verificar la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) debe tratarse de un contrato bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva, debido a que únicamente puede hacerse referencia a un “equilibrio económico” cuando existen prestaciones recíprocas entre las partes, que se consideran como equivalentes y que están llamadas a cumplirse de manera diferida en el tiempo, comoquiera que es a lo largo del tiempo que pueden surgir hechos que alteren la ecuación financiera del contrato; (ii) debe

tratarse de hechos sobrevinientes, esto es, posteriores a la celebración del contrato; (iii) que los hechos sean imprevisibles y extraordinarios para las partes; (iv) asimismo, que sean externos a los contratantes, es decir, que no se encuentren dentro de su círculo de control; y (v), finalmente, que los hechos que revistan tales características impacten de manera grave y anormal en la ecuación financiera del contrato.”

En relación con lo indicado en el laudo citado, es importante destacar tres puntos que suponen un avance interpretativo:

- (i) Que los hechos o circunstancias cuyos efectos hacen excesivamente onerosa una prestación deben ser *extraordinarios e imprevisibles*, abandonando el que sean *imprevistos*, según lo ya discutido en relación con la calificación realizada por el Artículo 868 del Código de Comercio.
- (ii) Que los hechos o circunstancias deben ser ajenos a los contratantes en tanto no se encuentre dentro de su círculo de control. Lo anterior merece atención particular porque, si bien la exterioridad mencionada en el Laudo no constituye uno de los elementos expresos del Artículo 868 del Código de Comercio, ella resulta necesaria para efectos de separarla de otras causas de la pérdida de conmutatividad como se verá en capítulos posteriores.
- (iii) Que los hechos o circunstancias deben revestir las características que lleven a que la *ecuación financiera del contrato* sufra un impacto *grave y anormal*, estableciendo un estándar que le da alcance al Artículo 868 del Código de Comercio en cuanto a la magnitud del incremento de la onerosidad para la parte que la padece.

La disposición que se cita establece, en quinto lugar, que corresponde al Juez revisar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y, atendiendo a si ellos resultan posibles, efectuar reajustes de conformidad con la equidad. De lo contrario, procederá a decretar la terminación del contrato. Al respecto, ha de destacarse que la disposición bajo estudio no establece un límite en cuanto al monto de la revisión que, en todo caso, debe adoptarse con criterios de posibilidad y equidad. La terminación resulta ser el remedio final, poniendo fin a la relación contractual que ha perdido conmutatividad.

El derecho comparado no solo reconoce esta institución, sino que presenta grandes aportes a su comprensión. Para el caso concreto resulta ilustrativo el análisis de la regulación contenida en el Código Civil italiano de 1942, del *hardship* en los Principios UNIDROIT y del *change of circumstances* de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

El Código Civil italiano de 1942 reservó una sección para la regulación de la excesiva onerosidad y su remedio. A continuación, se presenta el texto original del Artículo 1467:

Art. 1467 Contratto con prestazioni corrispettive Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168).

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923).

Una traducción ajustada del texto normativo que se viene de presentar sería el siguiente:

Art. 1467 Contrato con prestaciones equivalentes. En contratos de ejecución continuada o periódica o con ejecución diferida, si la prestación de una de las partes deviene en excesivamente onerosa debido a la ocurrencia de eventos extraordinarios e imprevisible, la parte que debe tal prestación puede solicitar la terminación del contrato, con los efectos establecidos por el art. 1458 (att. 168).

La resolución no se puede solicitar si la onerosidad sobrevenida se encuentra contenida dentro del alea normal del contrato.

La parte contra la cual se busca la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato (962, 1623, 1664, 1923).

Se plantea en la disposición que la parte que sufre las consecuencias de una prestación que deviene en excesivamente onerosa por la ocurrencia de eventos extraordinarios e imprevisibles puede solicitar la terminación del contrato. Se pueden destacar de la regulación los siguientes elementos:

- (i) Se establece que los contratos donde puede aplicarse la figura son aquellos de ejecución continuada, periódica o diferida. Al respecto, debe plantearse que a diferencia del Artículo 868

del Código de Comercio, no se hace alusión expresa a la prohibición de aplicación en contratos aleatorios y de ejecución instantánea.

- (ii) Se establece que los eventos que darán lugar a la aplicación de la figura deben ser extraordinarios e imprevisibles. Al respecto, debe plantearse que a diferencia del Artículo 868 del Código de Comercio, el Código Civil italiano no consideró los eventos imprevistos dentro del supuesto de hecho de la norma.
- (iii) Se establece que la parte que debe la prestación que deviene en excesivamente onerosa podrá solicitar la terminación del contrato. Al respecto, debe plantearse que a diferencia del Artículo 868 del Código de Comercio, el Código Civil italiano opta por la terminación como remedio principal frente a la pérdida de conmutatividad y no asigna al juez el poder de adecuación del contrato.
- (iv) Se establece que dicha terminación tendrá los efectos señalados en el Artículo 1458 del Código Civil italiano, esto es, que ésta tiene efectos retroactivos frente a las partes excepto en el caso de contratos de ejecución continua o periódica, donde la resolución no se extiende a las prestaciones ya ejecutadas. Adicionalmente, la terminación no afectará los derechos adquiridos por terceros.
- (v) Se establece que la terminación no procederá si la excesiva onerosidad se encuentra contenida dentro del *alea normal* del contrato. Al respecto, debe plantearse que el Artículo 868 del Código de Comercio no se manifiesta respecto de este requisito. Lo anterior corresponde a una consecuencia derivada de que los eventos deban ser extraordinarios e imprevisibles, pues solo

así podrían configurarse como *alea anormal*. Esto tendrá relevancia en asuntos que se discutirán con posterioridad en otros instrumentos del derecho comparado, de las estructuras de gestión de riesgos y la regulación de la ecuación contractual en el contrato modelo de concesión bajo el modelo de Asociación Público Privada.

(vi) Finalmente, se establece que la parte contra quien se busca la resolución podrá evitarla ofreciendo la modificación equitativa de las condiciones del contrato. Al respecto, debe plantearse que el Artículo 868 del Código de Comercio, como se viene de plantear, otorgó el poder de adoptar las medidas de reajuste en equidad que resultaren posibles previo al decreto de la terminación del contrato. Lo anterior, permite concluir que en el ordenamiento jurídico italiano, la conservación del contrato se encuentra en manos de la parte contra quien se solicita la terminación, en la medida en que, es ella quien puede ofrecer la adecuación de las condiciones con miras a evitar la extinción del vínculo.

Los Principios UNIDROIT constituyen un esfuerzo de establecimiento de reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, que pretenden ser disposiciones aplicables por acuerdo y remisión de las partes, o para llenar los vacíos en caso de ausencia de acuerdo. Además, en su preámbulo se expresa que es propósito de estos principios poder ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.

ARTÍCULO 6.2.1

(Obligatoriedad del contrato)

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (hardship).

ARTÍCULO 6.2.2

(Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship))

Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

La regulación de la excesiva onerosidad sobreviniente en estos principios recibe el nombre de *hardship*. En ella se comienza por establecer que no obstante configurarse un escenario de incremento de onerosidad para una de las partes, ésta permanece obligada. Esto es, la obligación subsiste y debe ser cumplida, pero la parte que padece el incremento del costo de su prestación podrá solicitar la renegociación del contrato o la terminación de este. Se pueden destacar de la regulación los siguientes elementos:

- (i) Se establece que hay *hardship* cuando el *equilibrio* del contrato se altera de modo fundamental. Lo anterior resulta congruente con la regulación doméstica pues, como se indicó con anterioridad, los hechos o circunstancias que generan la pérdida de conmutatividad deben revestir las características que lleven a que la *ecuación financiera del contrato* sufra un impacto *grave y anormal*. No puede perderse de vista para el análisis que con posterioridad se propondrá, que allí se plantea la regulación alrededor del concepto de *equilibrio* y no desde el concepto de *conmutatividad*.
- (ii) Se establece que los eventos acontecen o llegan a ser conocidos después de la celebración del contrato. Lo anterior resulta coherente con la regulación doméstica pues, como se indicó con anterioridad, los hechos o circunstancias que generan la pérdida de conmutatividad deben ser posteriores a la celebración de un contrato. Ahora bien, no puede pasar desapercibido que se abre la posibilidad a la discusión de si los hechos acaecidos con antelación a la suscripción pueden generar *hardship* en caso de que llegaren a ser conocidos después de la celebración del contrato.
- (iii) Se establece que los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato y que escapan a su control. Lo anterior resulta coherente con la regulación doméstica pues, como se indicó con anterioridad, solamente procede la revisión del contrato o su terminación por excesiva onerosidad sobreviniente cuando la circunstancia es extraordinaria e imprevisible. La inclusión de este requisito sustenta el análisis que debe realizarse de la conducta de la parte en desventaja pues, para que esta pueda solicitar la revisión o terminación ha debido obrar con diligencia en la previsión y adopción de medidas de evitación y resistencia. Desde otra perspectiva, si

razonablemente hubiera podido tener en cuenta la ocurrencia de los eventos y no obstante ello no lo hizo, no se encontrará en los supuestos de hecho del Artículo 868 del Código de Comercio.

(iv) Se establece que el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja. Frente a este punto no puede existir comparación frente al texto del 868 del Código de Comercio en la medida en que este no contiene regulación frente a la asunción de riesgos. Frente a este punto se realizará un análisis posterior sin respecto de que se pueda advertir desde ya que esta podría ser un avance importante y pertinente en la regulación de la excesiva onerosidad sobreviniente del Código de Comercio.

Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, siguiendo una finalidad similar a los Principios UNIDROIT, abordan la institución de la excesiva onerosidad sobreviniente bajo la denominación del *change of circumstances* o cambio de circunstancias.

Artículo 6:111: Cambio de circunstancias

(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.

(2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:

(a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato.

(b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.

(c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.

(3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:

(a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.

(b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.

En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura.

Guarda relación estrecha con los Principios UNIDROIT en establecer que las partes deben cumplir con sus obligaciones aún cuando estas resulten más onerosas. Sin embargo, se establece una obligación de renegociar el contrato cuando los hechos que alteran las prestaciones reúnen una serie de requisitos. Se pueden destacar de la regulación los siguientes elementos:

(i) Se establece que el cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato. Lo anterior resulta coherente con la regulación doméstica y con lo establecido en los Principios UNIDROIT, por lo expresado con anterioridad.

(ii) Se establece que, en términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato (expresión que hace referencia a la celebración del contrato y no a la terminación) no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido. Lo anterior resulta coherente con la regulación doméstica y con lo establecido en los Principios UNIDROIT, por lo expresado con anterioridad.

(iii) Se establece que, a la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias. Lo anterior no guarda relación con lo establecido en el Artículo 868 del Código de Comercio pues, como ya se anotó, esta regulación no hace referencia a la distribución que de los efectos de los eventos extraordinarios pudieren hacer las partes desde el contrato. Ahora bien, guarda relación estrecha con la regulación del *hardship* en los principios UNIDROIT.

(iv) Se encuentra una diferencia relevante entre esta regulación y la contenida en los Principios UNIDROIT en relación con la no inclusión de disposición alguna que establezca como requisito que los eventos escapen al control de la parte en desventaja.

Realizado el anterior análisis, se puede concluir que la pérdida de conmutatividad de un contrato donde se genera excesiva onerosidad sobreviniente para una de las partes, no exime a esta del cumplimiento de su obligación, mientras un Juez determine que: (i) ocurrieron eventos o circunstancias extraordinarias e imprevisibles, (ii) los eventos o circunstancias ocurren o son conocidos con posterioridad a la celebración del contrato, (iii) el contrato es de ejecución sucesiva, (iv) la prestación es de futuro cumplimiento, (v) los eventos se encuentran por fuera del control de la parte afectada, (vi) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja y (vii)

los hechos que revistan tales características impacten de manera grave y anormal en la ecuación financiera del contrato; caso en el cual podrá tomar medidas de ajuste bajo criterios de equidad, siempre que ellas resulten posibles. De lo contrario decretará la terminación del contrato.

En relación con el punto (iv) se reitera la propuesta de los profesores Muñoz y Oviedo de permitir la acción de imprevisión si oportunamente la parte afectada manifestó expresamente su voluntad de cumplir con la prestación bajo reserva o protesta.

CAPÍTULO IV EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL

Los contratos celebrados con entidades del Estado y que se someten al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no son ajenos, como se expresó al comienzo, al padecimiento de efectos adversos de cara a la equivalencia de prestaciones como consecuencia de la ocurrencia de hechos o circunstancias sobrevenidas al perfeccionamiento del contrato. La Ley 80 de 1993, previendo esta circunstancia, incluyó disposiciones normativas tendientes a regular la institución de la ecuación contractual.

4.1 EL RESTABLECIMIENTO COMO UN DERECHO DEL CONTRATISTA

El Artículo 5° numeral 1° de la Ley 80 de 1993 establece, al referirse a los derechos y deberes del contratista, que este tendrá derecho al restablecimiento de la ecuación económica perdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a éste y por incumplimiento de la entidad.

ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:

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.

(...)

La disposición que se cita establece, en primer lugar, que la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables al contratista que afecten el equilibrio económico del contrato habilita a éste para solicitar el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica a un punto de no pérdida. Haciendo al margen la discusión frente al surgimiento de un derecho en cabeza del contratista, discusión que se abordará con posterioridad, la Ley 80 de 1993 parece seguir el lineamiento establecido en el Artículo 868 del Código de Comercio, por lo menos en lo relativo al atributo de imprevisibilidad que deben reunir las circunstancias que causen el desequilibrio.

Ahora bien, la relevancia de la discusión se aprecia cuando se analizan las siguientes diferencias con la regulación de la excesiva onerosidad sobreviniente regulada por el derecho mercantil:

- (i) El Artículo 868 del Código de Comercio establece que procede la revisión de un contrato cuando la circunstancia que hace excesivamente onerosa la prestación debe ser extraordinaria, imprevista o imprevisible. Por su parte, la Ley 80 de 1993 solo califica las situaciones susceptibles de generar restablecimiento como imprevisibles.

- (ii) El Artículo 868 del Código de Comercio establece que la prestación que sufre la alteración o agravamiento debe encontrarse pendiente de cumplimiento. Por su parte, la Ley 80 de 1993 guarda silencio en este aspecto, sin referirse en forma alguna respecto del estado de cumplimiento de la prestación que sufre el desequilibrio.

- (iii) El Artículo 868 del Código de Comercio establece que el Juez, una vez constatados los presupuestos, adoptará los ajustes que la equidad indique, si estos fueren posibles. De lo contrario, decretará la terminación del contrato. La Ley 80 de 1993 solo plantea que el contratista tendrá derecho a que la administración le restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato.

- (iv) El Artículo 868 del Código de Comercio no establece una regla que imponga un límite en términos de mínimos o máximos en que deban oscilar los reajustes. La Ley 80 de 1993 establece que el límite del restablecimiento a que puede aspirar el contratista es un punto de no pérdida. Lo anterior no solo está estableciendo el límite máximo del restablecimiento, sino su límite mínimo, toda vez que el contratista no estará llamado a compartir el efecto económico del desequilibrio en magnitud distinta a la de la utilidad esperada en el contrato.

La forma como deben armonizarse las diferencias expuestas dependerá precisamente de la determinación de la equivalencia de los conceptos de *pérdida de conmutatividad* y *desequilibrio económico*. Si la respuesta llegare a ser afirmativa, la solución interpretativa vendría dada por la misma Ley 80 de 1993 pues al tenor de lo dispuesto en el Artículo 13° los contratos que celebren las entidades se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. En ese orden de ideas, se entenderían incorporados al Artículo 5° numeral 1° de la Ley 80 de 1993: (i) los atributos “extraordinarias” e “imprevistas”; (ii) el requisito de que la prestación que sufre la alteración o agravamiento debe encontrarse pendiente de cumplimiento; (iii) la posibilidad de terminación judicial por imposibilidad de reajustes. Por otro lado, tendría plena validez la consagración del límite de restablecimiento “a punto de no pérdida”.

La disposición que se cita establece, en segundo lugar, que el incumplimiento de la entidad estatal contratante que genere un rompimiento del equilibrio económico del contrato, habilita al contratista a solicitar el restablecimiento de la ecuación surgida al momento del perfeccionamiento. Esta regla materializa una de las discusiones que dan origen al presente estudio, porque en sus propios términos supone una contradicción que llama a la no producción de efectos útiles de la disposición en tanto parece sugerir que el *desequilibrio económico* del contrato, no es una consecuencia de *excesiva onerosidad sobreviniente*, como se ha visto desde las teorías clásicas, sino que puede ser también una consecuencia del *incumplimiento* de una o varias prestaciones.

La contradicción se advierte en la medida en que La Ley 80 de 1993 ha establecido que el *desequilibrio económico* habilita al contratista a solicitar un restablecimiento. Por la estrecha y, sobre todo, tradicional relación entre *desequilibrio económico* del contrato y *excesiva onerosidad*

sobreviniente, se asocia el concepto de *restablecimiento* con el de *revisión*. Suponer que el *incumplimiento* de una o varias prestaciones de la entidad estatal es causa del *desequilibrio económico* del contrato, implicaría también que el *restablecimiento* puede ser materialización de una *reparación*.

Pero la dificultad de esta visión se ha planteado al intentar determinar si los requisitos que se han establecido por la Ley y la Jurisprudencia en cuanto a la procedencia del restablecimiento por desequilibrio atribuido a situaciones imprevisibles, se aplican íntegramente al restablecimiento por incumplimiento de la entidad contratante o si, este evento de desequilibrio debe ser estudiado a la luz de los preceptos de la responsabilidad contractual.

Al respecto, en el seno mismo del máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa la discusión que se viene de anotar ha dado origen a múltiples pronunciamientos, dando lugar a varias respuestas frente a si el *incumplimiento* debe ser considerado como un evento de *desequilibrio económico* del contrato (Álvarez, 2017).

- (i) La Subsección A del Consejo de Estado sostiene que el incumplimiento, antes que una causal de desequilibrio económico del contrato, es un presupuesto de la responsabilidad contractual del Estado, regida por las reglas del derecho común en la materia.
- (ii) La Subsección B y C del Consejo de Estado sostienen que el incumplimiento constituye una causal de desequilibrio económico del contrato como cualquier otra, y en cuanto tal, se encuentra regido por las reglas del restablecimiento. Con todo, se acepta, generalmente, que

este restablecimiento se juzga en todo caso a partir de las reglas de la responsabilidad contractual.

Ahora bien, planteado el problema anterior corresponde someter a análisis el límite que establece la Ley 80 de 1993 para el restablecimiento por incumplimiento de la entidad contratante. Como bien se dijo, se tendrá que restablecer la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato. Esto implica que el límite al que puede aspirar el contratista al exigir restablecimiento es la equivalencia misma de prestaciones determinada al momento de suscribir el contrato. Ello quiere decir, que restablecer en estas condiciones implica la satisfacción plena del interés del contratista, en su calidad de acreedor, de la obligación debida por la entidad estatal, en su calidad de deudor. Lo anterior se conoce como *interés positivo o de cumplimiento* y constituye el objeto de protección de la responsabilidad civil contractual. De allí que se encuentre afortunado el límite establecido por la Ley 80 de 1993 en tanto, no solo nos permite dilucidar que, aunque se trate al incumplimiento como causa del desequilibrio, el restablecimiento se realiza conforme a las reglas de la responsabilidad civil contractual; además, refleja plenamente el *principio de reparación integral*.

No puede perderse de vista al plantear lo anterior, que la visión del restablecimiento en sede de incumplimiento de la entidad contratante debe permitir que el particular pueda hacer uso de las prerrogativas del acreedor a quien se le ha incumplido la prestación en los términos del Artículo 1564 del Código Civil colombiano.

Corresponde en este punto hacer mención de dos conceptos que han acompañado el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del desequilibrio económico en el contexto del contrato estatal: (i) el *hecho del príncipe* y (ii) el *ius variandi o potestas variandi*. Ambos han sido establecidos, casi de

forma unánime, como causas de pérdida del equilibrio contractual (Rodríguez, 2008). A ellos suelen agregarse la *teoría de la imprevisión* y el *incumplimiento* de una o varias prestaciones por la parte contratante (Davila, 2016).

- (i) El *hecho del príncipe* es el supuesto en virtud del cual la entidad contratante, obrando en ejercicio de sus funciones y no como parte contractual, al desplegar una actuación de carácter general, que resulta imprevisible para el contratista, directa o indirectamente, provoca una alteración de la ecuación económica del contrato.

- (ii) El *ius variandi* o *potestas variandi* es el supuesto en virtud del cual la entidad contratante, en ejercicio de las denominadas *potestades excepcionales* o *poderes exorbitantes*, provoca una alteración de la ecuación económica del contrato.

Ambas parten de la base de un comportamiento de la administración, bien en su rol de autoridad general (como es el caso del *hecho del príncipe*) o en su rol de autoridad dentro del contrato (como es el caso del *ius variandi* o *potestas variandi*) que genera un desbalance en la ecuación económica del contrato y donde se tendrá que restablecer la ecuación surgida al momento del nacimiento de este.

Debe aclararse en este punto que no se precisa, en ambos eventos, de actuaciones contrarias al principio de legalidad, pudiendo incluso ser actuaciones ajustadas al ordenamiento jurídico. De cara al *hecho del príncipe*, no resulta imperativo que el desequilibrio devenga de una actuación ilegal de la entidad contratante, toda vez que el fenómeno se circunscribe a una responsabilidad puramente extracontractual, que bien podría fundamentarse en el incumplimiento de los deberes

derivados del deber general de abstención de causar daño a otros, o bien en el régimen general de responsabilidad patrimonial del Estado establecido en el Artículo 90 de la Constitución Política, en virtud del cual el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

De cara al *ius variandi* o *potestas variandi*, el análisis es más amplio, teniendo en cuenta la dualidad de corrientes en relación con la naturaleza del ejercicio del poder exorbitante al interior del contrato estatal (Benavides, 2008). Se sostiene por parte de la doctrina que dichos poderes son materialización del rol de autoridad del Estado, que se lleva al contrato de manera excepcional. Para este segmento de la doctrina, el ejercicio de las prerrogativas exorbitantes es un acto extracontractual. Se sostiene por otra parte de la doctrina que dichos poderes son materialización de la autonomía de la voluntad que, con la conveniente regulación legal de dichos poderes, permite la asunción de una posición de superioridad. Para este segmento de la doctrina, el ejercicio de prerrogativas exorbitantes es un acto contractual.

En ese orden de ideas, si se asume que el ejercicio de las potestades exorbitantes es un acto extracontractual, forzoso es concluir que los daños antijurídicos causados por ese comportamiento deben ser reparados por el Estado, en virtud del ya mencionado Artículo 90 de la Constitución Política.

Ahora bien, si se asume que el ejercicio de las potestades exorbitantes es un acto contractual, pareciera que solo podría proceder restablecimiento en la medida en que se encontrara una vulneración al principio de legalidad del acto administrativo que ejerce la prerrogativa, evento que

bien podría enmarcarse en el *incumplimiento* o incluso como un daño causado por la desatención de deberes derivados del deber general de abstención de causar daño a otros.

No se puede olvidar que el inciso segundo del numeral 1° del Artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece que 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. También, que 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. Así las cosas, no podrá ser válido bajo ningún punto de vista un acto administrativo que ejerce un poder exorbitante, si este no previó el desequilibrio ni dispuso su forma de restablecimiento.

Lo que se acaba de anotar resulta ser de gran relevancia respecto de los intereses del presente escrito, en la medida en que ni el *hecho del príncipe*, ni el *ius variandi* o *potestas variandi*, encajarían en las categorías expuestas de eventos de frustración del contrato. Se hace necesario considerar eventos de frustración atribuibles a una de las partes del contrato, que no constituyan incumplimiento de una o varias prestaciones.

No puede culminarse un análisis del Artículo 5° numeral 1° de la Ley 80 de 1993 sin preguntarse la consecuencia derivada de estar incluido en la regulación de derechos y deberes del contratista. No en vano, el restablecimiento se incorpora como un derecho derivado de la ocurrencia del desequilibrio, bien atribuible, a situaciones imprevistas, o a incumplimiento de la entidad contratante.

La incorporación del *derecho* al restablecimiento, en cabeza del particular, lleva de suyo el correlativo establecimiento de un *deber jurídico* de restablecer, en cabeza de la entidad estatal. Lo anterior implica que la desatención por parte de la entidad estatal de dicho deber jurídico implica el hecho condicionante de una sanción. Esto en el contexto de un contrato implicaría un incumplimiento que constituiría un evento de responsabilidad. Ahora, el no restablecimiento por parte de una entidad estatal podría tener una doble naturaleza: (i) incumplimiento de una prestación o (ii) incumplimiento de un deber derivado del deber general de abstención de causar daño a otros, según se interprete si lo que surge como correlativo del derecho de restablecimiento, en cabeza del contratista, es una *obligación* o un *deber jurídico*, ambos en cabeza de la entidad estatal.

En principio, del derecho al restablecimiento no podría predicarse un contenido patrimonial, máxime si se tiene en cuenta que varios de los eventos que activan su ejercicio son circunstancias exteriores a las partes y al contrato mismo. Lo anterior implicaría la imposibilidad de concebirlo como una *obligación*. De ello se derivaría que la negativa de la entidad estatal a restablecer el equilibrio contractual perdido, constituiría un asunto de naturaleza extracontractual.

En último lugar, se establece que el derecho al restablecimiento se habilita por la solicitud que el contratista eleve a la entidad contratante. Ello constituye un requisito de procedibilidad para el acceso al juez del contrato, que bien podría verse como un intento legislativo de propender por el arreglo directo de las controversias o, incluso, como un mecanismo de descongestión judicial. Lo cierto es que la incorporación de dicho procedimiento resulta una práctica usual y recomendable, incluso en el contexto del derecho comparado, no sin antes plantear, que puede tener relevancia para la materialización de la reserva de derecho o protesta por la que aboga el profesor Muñoz.

En relación con la regulación del *hardship* que se realiza en los Principios UNIDROIT, el Artículo 6.2.3., al regular los efectos de la “excesiva onerosidad” plantea que la parte en desventaja tendrá derecho a la renegociación del contrato, debiéndose formular un reclamo sin dilación alguna y generándose un escenario de negociación que, de no surtir pronto efectos, habilita a las partes a acudir al juez del contrato.

ARTÍCULO 6.2.3

(Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship))

- (1) En caso de “excesiva onerosidad” (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.
- (2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.
- (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.
- (4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá:
 - (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o
 - (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

Por su parte, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos expresan su regulación en la materia en términos de la existencia de una obligación de adaptación del contrato, cuando ocurra el *cambio de circunstancias*, para lo cual se abordará un periodo de negociación y, a falta de

acuerdo, se podrá acudir al juez del contrato. Ahora bien, a diferencia del *hardship* de los Principios UNIDROIT, en esta regulación la negativa a renegociar o la suspensión de la negociación de mala fe, es un evento que da origen a una obligación indemnizatoria.

Artículo 6:111: Cambio de circunstancias

(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.

(2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:

(a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato.

(b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.

(c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.

(3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:

(a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.

(b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.

En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura.

Las disposiciones precedentes ponen de presente que en el derecho comparado la renegociación del contrato con que cuenta la parte afectada, restablecimiento en nuestros términos, se suele analizar bien como el derecho a un trámite de renegociación al que debe comparecer forzosamente su contraparte contractual, o como una revisión propiamente dicha del contrato realizada por el juez. Se encuentra que los Principios UNIDROIT asumen un concepto formal del derecho a la renegociación, mientras que los Principios de Derecho Europeo de los Contratos asumen un concepto material de dicho derecho, asignando consecuencias desfavorables a la parte que se niegue a renegociar o cese los acercamientos de mala fe.

Aplicado al caso colombiano, podemos aplicar ambos puntos de vista al derecho al restablecimiento con que cuenta el contratista y, concretamente, a las consecuencias derivadas de la desatención de la entidad estatal de la solicitud de que habla el Artículo 5º numeral 1º de la Ley 80 de 1993. Asumir el análisis bajo la óptica propuesta por los Principios UNIDROIT permite ver la solicitud como un mero requisito de procedibilidad, toda vez que, negada por la entidad la petición de restablecimiento, corresponderá acudir al juez del contrato en ejercicio de una acción con pretensiones de revisión. Asumir el análisis bajo la óptica propuesta por los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, no permite ver la solicitud como un mero requisito de procedibilidad, toda vez que, en el evento de que la entidad pública se negare a renegociar o rompiera la negociación de mala fe, corresponderá acudir al juez del contrato en ejercicio de una acción con pretensiones reparatorias.

4.2 LA ECUACIÓN CONTRACTUAL COMO UN PRINCIPIO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y COMO UN CRITERIO DE INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES

El Artículo 27 de la Ley 80 de 1993 eleva a principio la ecuación contractual, en tanto se dispone que se mantendrá la igualdad o equivalencia de derechos y obligaciones surgidos al momento de la presentación de la propuesta y de celebración del contrato, estableciendo, ahora en doble vía, el deber de adoptar en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

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.

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 su parte, el Artículo 28 de la Ley 80 de 1993 eleva a criterio de interpretación de las reglas contractuales al establecer que la interpretación de las normas sobre contratos estatales y en

especial en las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración la igualdad y el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

ARTÍCULO 28. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas 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.

Se destacan las disposiciones que se vienen de citar pues logran corregir un equivoco que ha logrado generar el Artículo 5° de la Ley 80 de 1993. Allí, el restablecimiento pareciera ser un derecho cuyo exclusivo titular es el particular. Tras la lectura de los Artículo 27 y 28 de dicha Ley, queda claro que el equilibrio económico del contrato y, por consiguiente, su restablecimiento, se encuentran contemplados para ambas partes del contrato y no solo para el sujeto privado del mismo.

CAPÍTULO V LA GESTIÓN DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO

Como se ha planteado, los diferentes cuerpos normativos bajo análisis han coincidido con que el origen del desequilibrio por excesiva onerosidad sobreviniente, debe provenir de circunstancias extraordinarias e imprevisibles que, en términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubieran podido preverse ni tenerse en consideración; no imputables al contratista (entiéndase la parte afectada), y que se encuentran por fuera del control de esta.

Se mencionaba, también, que la inclusión del concepto de *imprevisibilidad* implica que debe realizarse un juicio de la conducta de la parte en desventaja pues, para que esta pueda solicitar el restablecimiento, en cualquiera de sus modalidades, ha debido obrar con diligencia en la previsión y adopción de medidas de evitación y resistencia de los efectos del evento.

Ahora bien, destacan dentro de los elementos de la regulación de los Principios UNIDROIT, que el *hardship* solo podrá configurarse si el *riesgo* de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja. Por su parte los Principios de Derecho Europeo de los Contratos establecieron en esta materia que se configurará el *change of circumstances* si a la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el *riesgo* de un cambio tal de circunstancias. Por ese motivo se analizará el concepto de riesgo y, como a partir de este, se puede entender al contrato como un mecanismo de gestión de los efectos de la imprevisión.

El *riesgo* es habitualmente percibido por el intérprete jurídico como un concepto con carga emotiva negativa. Es común que se utilice como sinónimo de pérdida, peligro o daño. En consecuencia, frente al *riesgo* la reacción habitual implica la activación del sentido de protección y la necesidad de disponer de mecanismos de defensa. En este punto se puede encontrar que el *riesgo*, que dicho sea de paso no es un concepto jurídico sino económico, suele ser definido en diferentes estándares internacionales a partir de la *incertidumbre* y de los *objetivos* planteados con una operación determinada.

El estándar ISO 31000 en versión 2018 define al *riesgo* como el efecto de la incertidumbre de los objetivos. Por su parte, COSO ERM 2017 lo define como la posibilidad de que ocurran eventos que afecten la consecución de la estrategia y los objetivos del negocio. Finalmente, el estándar PMI

en su sexta edición publicada en el 2017, presenta al riesgo como un evento o condición incierto que de ocurrir tendrá un efecto positivo o negativo en los objetivos del proyecto.

La más reciente definición normativa de *riesgo* se encuentra contenida en el Artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015 expresando que es el evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato. En esta definición se percibe lo que se venía de anotar: la tendencia a la apreciación del riesgo desde el concepto de pérdida y no desde el concepto de incertidumbre.

Los documentos emitidos por el Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES – han abordado el asunto del *riesgo* desde la perspectiva de su gestión, como más adelante se verá. En ellos se han logrado consolidar conceptos más acertados que en los intentos normativos, como el del Decreto 1082 de 2015.

El Documento CONPES 3701 de 2001, por medio del cual se adoptó la política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura, definió al riesgo de la siguiente manera:

Los riesgos de un proyecto se refieren a los diferentes factores que pueden hacer que no se cumplan los resultados previstos y los respectivos flujos esperados. Para determinar cuáles son los riesgos asociados a un proyecto se debe identificar las principales variables que determinan estos flujos.

El concepto de riesgo en proyectos de infraestructura se puede definir como la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos.

El Documento CONPES 3714 de 2011, por medio del cual se establecen una serie de lineamientos básicos para el entendimiento del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública, definió al riesgo de la siguiente manera:

El riesgo en forma general, es una medida de la variabilidad de los posibles resultados que se pueden esperar de un evento.

El riesgo contractual en general es entendido como todas aquellas circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo (...).

Así, los “riesgos previsible”, son todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales.

En último lugar, el Documento CONPES 3760 DE 2013, por medio del cual se estableció la política de riesgos en proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas, definió al riesgo de la siguiente manera:

El concepto de riesgo, de forma general, es la probabilidad de observar una desviación, positiva o negativa, en el comportamiento de una variable respecto de los posibles resultados

esperados. Dentro del desarrollo de este programa de concesiones viales de cuarta generación, los riesgos se entenderán como la probabilidad de ocurrencia y el posible impacto de diferentes eventos, que pueden materializarse durante la ejecución de los proyectos, que afecten los flujos de costos y de ingresos.

El concepto de *riesgo* es transversal al contrato, cualquiera sea su régimen. Esto es, no se trata de un asunto que incumba exclusivamente a los contratos donde una de sus partes es una entidad estatal. Por el contrario, el riesgo y su gestión han dado lugar a un sistema de buenas prácticas que el derecho de contratos estatales ha tomado de los particulares. Lo anterior es así, porque, como se ha anotado en precedencia, los efectos derivados de la ocurrencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles es susceptible de alterar la conmutatividad, bien de un contrato entre particulares, o bien de un contrato donde hace parte una entidad estatal.

La gestión del *riesgo* contractual en materia de contratos entre particulares no cuenta con un marco jurídico de referencia. Las partes realizan un ejercicio de previsión de eventos futuros, sus consecuencias y quien deberá asumirlas en el caso hipotético de materializarse el evento. Dicho acto de *estimación, tipificación y asignación* del riesgo y sus efectos, no encuentra otro límite en el derecho común que los límites mismos de la autonomía de la voluntad y la prohibición del abuso del derecho o de una posición dominante.

La gestión del *riesgo contractual* en materia de contratos estatales, por el contrario, cuenta con un amplio marco jurídico de referencia. Resulta evidente que, en sede de vínculos contractuales con una entidad estatal, la gestión del riesgo reviste la más alta importancia, en la medida en que los

efectos de este tienen impacto en la prestación de servicios públicos y, desde luego, en el patrimonio de las entidades mismas.

El Artículo 4° de la Ley 1150 de 2007 estableció un mandato a las entidades estatales para la inclusión en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, de la *estimación, tipificación y asignación* de riesgos previsibles involucrados con el contrato cuyo contratista se busca seleccionar.

ARTÍCULO 4o. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

Por su parte, Ley 1508 de 2012 por medio de la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, determina en su Artículo 5° que este tipo de contratos debe considerar una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio.

ARTÍCULO 4o. PRINCIPIOS GENERALES. A los esquemas de asociación público privada les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal.

Los esquemas de Asociación Público Privada se podrán utilizar cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución.

Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio.

El Decreto 1082 de 2015, ya mencionado con anterioridad, reglamenta especialmente el Artículo 4º de la Ley 1508 de 2012 y establece, en relación con la gestión del riesgo, que es la entidad estatal la responsable de la tipificación, estimación y asignación de aquellos que pudieren generarse en los proyectos de Asociación Público Privada. En especial, las entidades deben realizar este análisis de conformidad con criterios establecidos en la Ley y demás normas que regulen la materia.

Artículo 2.2.2.1.7.1. Tipificación, estimación y asignación de riesgos. La entidad estatal competente es la responsable de la tipificación, estimación y asignación de los riesgos que se puedan generar en los proyectos de Asociación Público Privada. En el proceso de tipificación, estimación y asignación de los riesgos, las entidades deben realizar el análisis de acuerdo con los criterios establecidos en la ley y demás normas que regulen la materia.

Lo cierto es que son pocas las disposiciones normativas de orden legal que establecen criterios para el análisis y gestión del riesgo. Resulta ilustrativa la regla elevada a rango legal en virtud de la cual los riesgos deben ser atribuidos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos. Sin embargo, el verdadero conjunto de criterios y directrices se encuentra vertido en los Documentos CONPES, algunos de ellos que fueron de utilidad para extraer definiciones de *riesgo* con anterioridad.

La relevancia de los Documentos CONPES en sede de la administración y gestión del riesgo encuentra su fundamento en el Decreto 423 del 14 de marzo de 2001, por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 448 de 1998 y 185 de 1995. Debe anotarse que por medio de la Ley 448 de 1998 se adoptan medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales. En primer lugar, establece que las entidades estatales deberán ajustarse a la política de *riesgo contractual* del Estado para la estipulación de obligaciones contingentes.

ARTÍCULO 15.-De la política de riesgo contractual del Estado. Las entidades estatales sometidas al régimen aquí previsto, deberán ajustarse a la política de riesgo contractual del Estado, conformada por los principios, pautas e instrucciones que determine el Gobierno Nacional, para la estipulación de obligaciones contingentes a su cargo.

En segundo lugar, establece que El Consejo de Política Económica y Social – CONPES – tendrá a su cargo la orientación de la política de *riesgo contractual* del Estado, bajo el entendido de que el contrato es un instrumento para: (i) la *retención* los *riesgos* propios del Estado en su calidad de contratante, y (ii) el *traslado* de los *riesgos* propios del lucro que constituye el ejercicio del objeto social del contratista.

ARTÍCULO 16.-Del diseño de la política de riesgo contractual del Estado. El Consejo de Política Económica y Social, Conpes, orientará la política de riesgo contractual del Estado a partir del principio de que corresponde a las entidades estatales asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creadas o autorizadas, y a los contratistas aquéllos determinados por el lucro que constituye el objeto principal de su actividad.

En tercer lugar, establece que El Consejo de Política Económica y Social – CONPES – recomendará las directrices que, en cuanto a la política de *riesgo contractual* del Estado, deben seguir las entidades estatales: (i) al estructurar proyectos de infraestructura con vinculación de capital privado, y (ii) al asumir riesgos dentro del contrato que impliquen obligaciones contingentes.

ARTÍCULO 17.-Funciones del Consejo de Política Económica y Social, Conpes, en materia de política de riesgo contractual del Estado. Corresponde al Consejo de Política Económica y Social, Conpes, en materia de política de riesgo contractual del Estado recomendar las directrices que deben seguir las entidades estatales al estructurar proyectos, con participación de capital privado en infraestructura y, de manera específica, en lo concerniente a los riesgos que puedan asumir contractualmente como obligaciones contingentes.

PARÁGRAFO.-El Consejo de Política Económica y Social, Conpes, revisará por lo menos una vez al año los lineamientos que determinan la política de riesgo establecida conforme al presente artículo, con el fin de asegurar su adaptación a la realidad de la contratación estatal del país.

Se debe destacar la forma como el Documento CONPES 3714 se refiere a los objetivos de la regulación contenida en la Ley 1150 de 2007 en materia de gestión del riesgo contractual. Indica que contiene tres aspectos de especial trascendencia: (i) la necesidad de que las entidades realicen un adecuado ejercicio de planeación y establecimiento de los riesgos previsibles; (ii) la necesidad de la intervención de los particulares en la estimación, asignación y tipificación de riesgos en ejercicio del deber de colaboración con la administración; y (iii) que la estimación anticipada de las contingencias sea asignada contractualmente, incorporándolas dentro de la *ecuación contractual*.

“A manera de conclusión, la norma contenida en la Ley 1150 de 2007 contiene tres aspectos de especial trascendencia para el manejo de los riesgos previsibles: la necesidad de que las entidades hagan un adecuado ejercicio de planeación y establecimiento de los riesgos previsibles; que el ejercicio realizado por la entidad sea debidamente compartido, valorado y complementado por los particulares en virtud del deber de colaboración con la administración pública que se materializa en el aporte de su experiencia, conocimientos y especialidad para la realización de los fines del Estado; y, que una vez hecha una estimación anticipada de las contingencias que puedan producirse en su ejecución, sean asignadas contractualmente y se entiendan incorporadas dentro de la ecuación contractual”

La atención de las regulaciones que se vienen de anotar, han llevado al refinamiento de los documentos que se producen en el periodo precontractual. Las matrices de riesgo comienzan a adquirir protagonismo por tratarse del escenario de contractualización del riesgo y sus efectos. Las partes, al *estimar, tipificar y asignar* riesgos, en especial en esta última, incorporan dentro del

objeto de la prestación de una de las partes la asunción de las contingencias asociadas al riesgo y de los mecanismos de prevención y evitación de este.

Valdría someter a consideración si este tipo de pactos corresponden a cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad. La respuesta en este punto debe ser negativa, en la medida en que la materialización del riesgo, en principio, no es un evento constitutivo de incumplimiento y, por tanto, no se estaría limitando la responsabilidad de alguna de las partes o exonerándola de una reparación. No obstante lo anterior, algunos autores referencian este tipo de pactos como cláusulas modificativas de responsabilidad (Díaz, 2012).

Ahora bien, la discusión no resulta menor pues el *incumplimiento* bien podría ser considerado como un riesgo a la luz de la totalidad de definiciones que se han planteado en el presente escrito. Sin embargo, la gestión del riesgo que se realiza conforme a los preceptos normativos indicados y la política sugerida por el CONPES, no suele contemplar esta posibilidad, manteniendo la conclusión en el mismo sentido.

Lo que sí se debe plantear, es que la negativa de una de las partes a asumir los efectos del riesgo que se materializa, constituiría sin duda un incumplimiento. En tal sentido no hay disposición normativa que imponga a las partes en un contrato estatal a efectuar pacto limitativo de responsabilidad o exoneración alguna. La entidad estatal, por ejemplo, que se negare a asumir las consecuencias negativas de un riesgo retenido por ella, incumplirá el contrato. El restablecimiento en esos casos se realizará de conformidad a las reglas propias de la responsabilidad contractual.

La importancia de la contractualización del riesgo radica en la reducción del espectro de circunstancias que podrían entrar dentro de las categorías de *extraordinarias* o *imprevisibles*, acotando así las posibilidades de configuración de desequilibrio económico del contrato y consecuentes solicitudes de restablecimiento. Incluso, a través de este tipo de pactos, una parte puede llegar a asumir los efectos derivados de circunstancias que bien podrían ser consideradas como fuerza mayor. Nótese que se habla de reducción del espectro de circunstancias, no de la eliminación absoluta de posibilidad de configuración de un desequilibrio. Ello es así porque, si aún realizado un juicioso análisis de estimación, tipificación y asignación de riesgos, alguna circunstancia reuniera las características que se han individualizado con anterioridad, estaríamos ante un escenario de desequilibrio y deberá proceder el restablecimiento.

Lo anterior permite considerar, también, que lo extraordinario, lo imprevisible, lo que razonablemente no pudo ser tenido en cuenta, no es el riesgo en sí mismo sino la magnitud de sus efectos. Esto es, que las partes, diligentemente, han previsto que un determinado evento es susceptible de alterar la economía del contrato en una proporción determinada, pero, al materializarse el riesgo, se producen unos efectos que sobrepasan la estimación que razonablemente se ha realizado en el contrato. Pues bien, en estos casos bien podríamos hablar de la configuración de un desequilibrio por excesiva onerosidad sobreviniente, en la medida en que la circunstancia extraordinaria o imprevisible es la magnitud del efecto del riesgo que supera su capacidad de control, no obstante haberse tomado las medidas de prevención y evitación; y que, por tanto, dicho efecto no estaría llamado a ser asumido por quien lo sufre, habilitándose la revisión o terminación. En palabras de (Rodríguez, 2012) la falta de previsión no debe relacionarse con la existencia del acontecimiento, pero sí con sus efectos.

Al respecto, el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 13 de agosto de 2009, radicado 1952 planteó que *“uno de los eventos que puede dar lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión se refiere a un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes a los planeados, que se vuelve irresistible.”*

En similar sentido, la justicia arbitral el Laudo proferido 2004 con ocasión de una controversia entre Caracol Televisión S.A. y Comisión Nacional del Televisión planteó que: *“ A propósito del estudio de las denominadas cláusulas de ‘hardhip’ Ghestin anota que “las consecuencias vinculadas a la sobreviniencia de un acontecimiento previsible pueden ser imprevisibles (...) si el acontecimiento aparece como previsible, sus consecuencias pueden haber sobrepasado todas las previsiones” y (...) “no es el origen del cambio de circunstancias lo que se tiene en cuenta, sino el efecto que resulte del mismo”*

CAPÍTULO VI LA CLÁUSULA DE ECUACIÓN ECONÓMICA EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE CUARTA GENERACIÓN

Los contratos de concesión celebrados bajo el esquema de Asociación Público Privada que han sido suscritos por la Agencia Nacional de Infraestructura en desarrollo del programa de cuarta generación de concesiones, han incluido en la sección XIII la regulación de la Ecuación Contractual y la Asignación de Riesgos. Se realizará un análisis del siguiente fragmento de dicha sección:

13.1. Ecuación Contractual

La ecuación contractual del presente Contrato estará conformada por los siguientes factores:

- (a) El Concesionario asume (A) el cumplimiento de las obligaciones a su cargo; y (B) los riesgos que le han sido asignados mediante este Contrato, así como los riesgos asociados a la ejecución de sus obligaciones. Lo anterior en tanto que el Concesionario declaró con la presentación de la Propuesta durante el Proceso de Selección, que había entendido y conocido el alcance de las obligaciones derivadas del presente Contrato así como que había efectuado la valoración de los riesgos que le fueron asignados. El Concesionario, por consiguiente, reconoce que la Retribución incluye todos los costos y gastos, incluyendo el capital, costos financieros y de financiación, gastos de operación y mantenimiento, costos de administración, impuestos, tasas, contribuciones, imprevistos y utilidades del Concesionario, que surjan de la ejecución y liquidación del presente Contrato, del alcance de sus obligaciones como Concesionario, considerando las condiciones operacionales, sociales, políticas, económicas, prediales, catastrales, topográficas, geotécnicas, geológicas, meteorológicas, ambientales, geográficas, de acceso y las limitaciones de espacio, de relaciones con las comunidades, la disponibilidad de materiales e instalaciones temporales, equipos, transporte, mano de obra. Por lo anterior, el Concesionario expresamente reconoce que no serán procedentes ajustes, compensaciones, indemnizaciones ni reclamos, por las causas señaladas o debidas o que tengan origen en esos factores, o a cualquier otra causa o factor que se produzca durante el desarrollo del Contrato con excepción hecha de las consecuencias que este Contrato prevé de manera expresa cuando ocurran los riesgos asignados a la ANI. Por consiguiente, corresponde al Concesionario asumir los riesgos propios de la ejecución del presente Contrato puesto que el cumplimiento de las obligaciones de resultado del mismo es a riesgo del Concesionario.

- (b) Lo anterior no impide que, ante la ocurrencia de riesgos que i) no hayan sido previstos en el Contrato y, ii) aunque no hayan sido expresamente previstos, no correspondan a aquellos que por la naturaleza de las obligaciones del Concesionario estén asignados a éste; pueda proceder el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando el riesgo, además de ser imprevisto e imprevisible, y no imputable al Concesionario, tenga las características de gravedad, anormalidad y magnitud para que proceda dicho restablecimiento, de conformidad con la Ley Aplicable.

- (c) La ANI asume el costo de los riesgos expresamente asignados a la ANI, y del cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

La cláusula bajo estudio establece una verdadera ecuación que se construye a través de la comparación de aquello que asume el concesionario, por un lado, y lo que asume la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), por el otro, que no es otra cosa que la equivalencia entre las prestaciones del Concesionario y las de la ANI.

$$\textit{Prestación del Concesionario} = \textit{Prestación de la ANI}$$

En cuanto a la prestación del Concesionario, dispone el contrato modelo que este asume el cumplimiento de las obligaciones a su cargo; y los riesgos que le han sido asignados mediante este contrato, así como los riesgos asociados a la ejecución de sus obligaciones. Lo anterior resulta relevante a efectos de comprender que la prestación del Concesionario no se agota en el cumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato. Este se obliga, además, a asumir los

efectos derivados de la materialización de los riesgos asumidos en el contrato y de los que son inherentes a la ejecución de sus obligaciones.

$$\text{Prestación del Concesionario} = O_C + R_{AOC} + R_{ACC}$$

Donde,

$O_C =$ Obligaciones a cargo del Concesionario

$R_{AOC} =$ Riesgos asociados a la ejecución de las obligaciones del Concesionario

$R_{ACC} =$ Riesgos asignados por el contrato al Concesionario

En cuanto a la prestación de la ANI, dispone el contrato modelo que esta asume el costo de los riesgos expresamente asignados a la ANI, y del cumplimiento de las obligaciones a su cargo. Esta se obliga, además, a asumir los efectos derivados de la materialización de los riesgos asumidos en el contrato.

$$\text{Prestación de la ANI} = O_A + R_{ACA}$$

Donde,

$O_A =$ Obligaciones a cargo de la ANI

$R_{ACA} =$ Riesgos asignados por el contrato a la ANI

De conformidad con lo que se viene de anotar, teniendo en cuenta el planteamiento de la equivalencia entre la prestación del Concesionario y la prestación de la ANI, la ecuación contractual podría establecerse de la siguiente manera:

$$O_C + R_{AOC} + R_{ACC} = O_A + R_{ACA}$$

Destaca dentro de la lectura de la cláusula y del análisis de la ecuación contractual realizado, que el Concesionario asume los efectos de una serie de riesgos, añadiéndolos al objeto del contrato como obligaciones a su cargo. Sin embargo, los riesgos a que hace referencia el contrato modelo son de dos tipos: (i) los riesgos asignados mediante el contrato y (ii) los riesgos asociados a la ejecución de las obligaciones del Concesionario.

La Sección XIII y en especial el numeral 13.2., asigna expresamente los riesgos que ha de asumir el Concesionario en virtud del contrato. Dentro de ellos pueden destacarse los siguientes:

13.2 Riesgos asignados al Concesionario

(a) Salvo que la Parte Especial prevea otra cosa, los siguientes son los riesgos asignados al Concesionario, además de los que le sean asignados en otras partes del Contrato (incluyendo sus Apéndices) o de los que por su naturaleza deban ser asumidos por el Concesionario:

(...)

(vi) Los efectos favorables o desfavorables derivados del diseño, sobre la programación de obra, sobre los costos, y/o en general sobre cualquier situación que pueda verse afectada como consecuencia de su ejecución durante cualquiera de las etapas, en los términos establecidos en el presente Contrato.

(...)

(x) Salvo por las coberturas a cargo de la ANI expresamente previstas en el presente Contrato, los efectos favorables o desfavorables derivados del traslado e intervención de Redes.

(...)

(xii) Los efectos desfavorables derivados de todos y cualesquiera daños, perjuicios o pérdidas de los bienes de su propiedad causados por terceros diferentes de la ANI, sin perjuicio de su facultad de exigir a terceros diferentes de la ANI la reparación o indemnización de los daños y perjuicios directos y/o subsecuentes cuando a ello haya lugar.

(...)

(xviii) Los efectos derivados de la destrucción total o parcial o hurto de los bienes, materiales y equipos del Concesionario o sus subcontratistas.

(...)

(xxiv) Los efectos favorables o desfavorables derivados de la evasión de los Peajes por los usuarios.

(...)

La Sección XIII y en especial el numeral 13.3., asigna expresamente los riesgos que ha de asumir la ANI en virtud del contrato. Dentro de ellos pueden destacarse los siguientes:

13.3 Riesgos de la ANI

Salvo que la Parte Especial prevea otra cosa, los siguientes son los riesgos asignados a la ANI, además de los que le sean asignados en otras partes del Contrato (incluyendo sus Apéndices y Anexos):

(...)

(c) Parcialmente, los efectos desfavorables derivados de que, por razones no imputables al Concesionario, se haga imposible la instalación de las Estaciones de Peaje nuevas indicadas en el Apéndice Técnico 1, o en general, se haga imposible el recaudo de las Estaciones de Peaje. Lo anterior en la medida que la asunción de este riesgo conlleva, exclusivamente, la obligación de la ANI de hacer los pagos, en las condiciones, plazos y montos previstos expresamente en la Sección 3.3(h) de esta Parte General.

(...)

(f) Parcialmente, los efectos favorables o desfavorables de la Fuerza Mayor Predial en la medida que la asunción de este riesgo se realiza, exclusivamente, en los términos previstos en la Sección 7.4. de esta Parte General.

(...)

(r) Los costos por la implementación de nuevas tecnologías para recaudo electrónico de Peajes que determine el Gobierno Nacional, según se prevé en la Sección 8.3 de esta Parte General. La forma de asunción de estos costos y la fuente de recursos será determinada autónomamente por la ANI. De no contar la entidad con la disponibilidad de esos recursos, no se implementarán dichas tecnologías.

(...)

(t) Parcialmente, los efectos favorables o desfavorables derivados de un Cambio Tributario, en los términos previstos en la Sección 3.16 de esta Parte General.

Ahora bien, respecto de los riesgos asociados a la ejecución de las obligaciones del Concesionario, nada se plantea dentro de la cláusula. No existe disposición contractual que se refiera a ellos salvo en lo que a la asignación al Concesionario respecta. Esto no deja de suscitar inquietudes en la medida en que resulta contrario al espíritu de regulación detallada con que fue concebido el contrato modelo.

El riesgo asociado a la ejecución de una obligación no es otra cosa que el *riesgo inherente* que se encuentra estrechamente relacionado con el desarrollo de una actividad y, en esa medida, podría

plantearse como un *riesgo previsible* o a lo que se ha hecho referencia como *alea normal* del contrato. Es precisamente bajo estas últimas categorías que tiene fundamento la asignación que del mismo se realiza al Concesionario, motivo por el cual se dispone que “*corresponde al Concesionario asumir los riesgos propios de la ejecución del presente Contrato puesto que el cumplimiento de las obligaciones de resultado del mismo es a riesgo del Concesionario*”.

Dicha asunción general de riesgos, asumidos, inherentes y normales, se acompaña de cuatro importantes declaraciones por parte del Concesionario: (i) de conocer y entender el alcance de las obligaciones derivadas del contrato; (ii) de haber efectuado la valoración de los riesgos que le fueron asignados; (iii) de reconocer que la retribución pactada incluye todos los costos y gastos que remuneran su prestación; y (iv) de la improcedencia de ajustes, compensaciones, indemnizaciones o reclamos.

Es precisamente frente a esta última declaración, que procede el cuestionamiento en cuanto a la posibilidad o no de ocurrencia de fenómenos que pudieren alterar la ecuación contractual de forma tal que se configure un *desequilibrio económico* del contrato. Pues bien, el literal b) de la cláusula 13.1. establece una excepción a la improcedencia de ajustes, compensaciones, indemnizaciones o reclamos.

Plantea el aparte señalado que puede proceder un restablecimiento económico cuando ocurra un riesgo que no haya sido previsto en el contrato y, aún cuando no haya sido expresamente previsto, no corresponda a uno de aquellos que por la naturaleza de las obligaciones del Concesionario esté asignado a éste, siempre que el riesgo, además de ser imprevisto e imprevisible, y no imputable al

Concesionario, tenga las características de gravedad, anormalidad y magnitud para que proceda dicho restablecimiento, de conformidad con lo que el contrato denomina Ley Aplicable.

En primer lugar, procederá el restablecimiento tras la ocurrencia de un riesgo no previsto. Ello implica, necesariamente, que este no haya sido asignado expresamente a alguna de las partes en el contrato. Ahora bien, cuando ello ocurra, deberá determinarse si el riesgo acaecido, y que no fuera previsto, es de aquellos que por la naturaleza de las obligaciones del Concesionario, está asignado a éste, o lo que es lo mismo, si se trata de un riesgo asociado o inherente a la ejecución de sus obligaciones, en la medida en que, si la respuesta es afirmativa, podría considerarse la configuración de un *riesgo previsible* o de un *alea normal*. Solo habrá lugar al restablecimiento en caso de que este riesgo no pueda entenderse asignado al Concesionario bajo el anterior criterio.

Plantear que la configuración de un *riesgo previsible* no habilita al restablecimiento, le otorga fundamento al planteamiento de la cláusula 13.1. b) en relación con que el riesgo debe ser *imprevisible*, lo que implica una interpretación armónica con los preceptos normativos que incorporan la reglas de conmutatividad / equilibrio contractual en el contrato estatal.

En segundo lugar, procederá el restablecimiento tras la ocurrencia de un riesgo no imputable al Concesionario. Lo anterior se compadece especialmente con lo establecido en el Artículo 5º numeral 1º de la Ley 80 de 1993, donde se determina que procederá el restablecimiento en caso de ocurrencia de situaciones no imputables al contratista o por incumplimiento de la entidad contratante.

En tercer lugar, procederá el restablecimiento tras la ocurrencia de un riesgo que reúna las características de gravedad, anormalidad y magnitud de conformidad con lo determinado por la Ley Aplicable. Lo anterior se compadece con las disposiciones normativas, disposiciones del derecho comparado y, en especial, con los requisitos establecidos de manera reiterada por la jurisprudencia ordinaria, contencioso administrativa y arbitral.

En relación con la Ley Aplicable, debe destacarse que cuando el contrato modelo se refiere a ella, en virtud del numeral 1.92, debe entenderse que se está haciendo alusión a la ley, reglamentos, actos administrativos y demás normas vigentes en la República de Colombia, sin mencionar los pronunciamientos jurisprudenciales. Ello no quiere decir que dichas características pierdan sustento en su incorporación al contrato, teniendo en cuenta que dicha gravedad, anormalidad y magnitud es reconocida desde el Artículo 868 del Código de Comercio, disposición que se ha reseñado como base de la institución del restablecimiento del desequilibrio económico.

Una vez realizado el análisis de los diferentes elementos que conforman la regulación contractual contenida en la Sección XIII, puede concluirse que esta refleja de manera adecuada el estado actual de la institución del *equilibrio económico* y de los esquemas de gestión de riesgo. Ahora bien, el cuestionamiento que subsistirá y que deberá ser solucionado de conformidad con reglas del caso concreto, es la adecuación de la distribución de los riesgos al criterio de mejor posición para su administración y gestión.

CAPÍTULO VII. LA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

Ha quedado claro, tras la exposición del tratamiento de la pérdida de conmutatividad por excesiva onerosidad sobreviniente en el derecho común y del desequilibrio económico en el contrato estatal, que se requiere un análisis sistemático de ambas instituciones, pues un ordenamiento jurídico no puede permitirse la confusión generada con la regulación de la ecuación contractual en la Ley 80 de 1993. Los aciertos o desaciertos de la actividad legislativa no pueden ser obstáculo para el entendimiento común y natural de la misma institución.

El contrato estatal, de cara al equilibrio entre prestaciones, no debería tener un tratamiento diferenciado en su regulación frente al contrato entre particulares. En esa temática no se encuentran razones que justifiquen una regulación especial por conexión con la prestación del servicio público, excepción hecha de los montos máximos de reparación o revisión, donde nada se opone para que el legislador estableciera límites, como los contenidos en el numeral 1° del Artículo 5° de la Ley 80 de 1993. Por esta razón el esfuerzo académico debe estar enfocado en la armonización pues, se hace impresentable una separación entre las dos regulaciones contractuales.

Pues bien, ¿qué relación se puede establecer entre los conceptos de conmutatividad, equilibrio económico, pérdida de conmutatividad, desequilibrio económico, incumplimiento, excesiva onerosidad sobreviniente, revisión y restablecimiento?

Resulta bastante útil analizar los conceptos con ayuda de una metáfora de orden médico. En dicha disciplina se consagran cuatro categorías: (i) el estado de salud, (ii) la enfermedad, (iii) la causa de la enfermedad y (iv) el tratamiento a la causa de la enfermedad.

Pues bien, desde el planteamiento del problema establecimos que *conmutatividad* y *ecuación económica* o *equilibrio contractual*, aluden a lo mismo bajo denominaciones diferentes, esto es, ambas están haciendo referencia al atributo propio de los contratos conmutativos en virtud del cual las partes miran como equivalente las prestaciones recíprocas. Ambos conceptos se refieren al estado de salud de que goza un contrato conmutativo.

A la misma conclusión puede arribarse en esta oportunidad con los conceptos de *pérdida de conmutatividad* y de *desequilibrio económico*, toda vez que ambos se refieren a la enfermedad que puede padecer el contrato conmutativo.

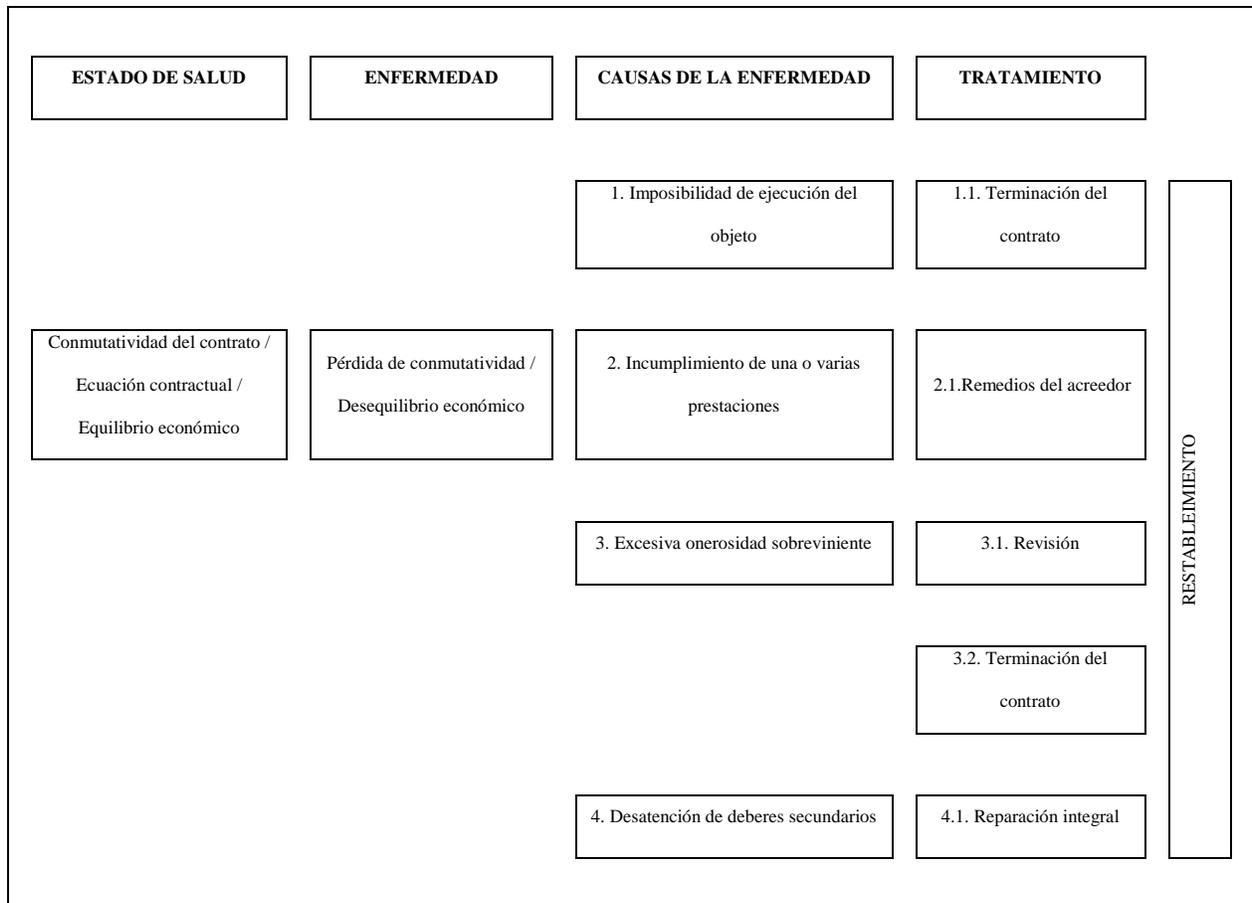
Ahora bien, frente a la causa de la enfermedad, entendiendo esta como la alteración de la equivalencia entre prestaciones, podemos determinar las mismas que denominábamos fenómenos de frustración del contrato: (i) imposibilidad de ejecución del objeto, (ii) *incumplimiento* de una o varias prestaciones y (iii) la *excesiva onerosidad sobreviniente*.

En este punto, se debe considerar la reflexión suscitada en el análisis del *hecho del príncipe* y del *ius variandi* o *potestas variandi*. En dicha oportunidad planteamos que estas categorías no encajan en los eventos de frustración del contrato. Por tanto, se hace necesario considerar eventos de frustración atribuibles a una de las partes del contrato que no constituyan incumplimiento de una o varias prestaciones, eventos que no resultan ajenos a los contratos entre particulares, pues suelen derivarse de desatención de deberes derivados del deber general de abstención de causar daño a otros. Así las cosas, a los fenómenos de frustración del contrato antes descritos, deberá adicionarse el incumplimiento de deberes secundarios.

Es precisamente en este punto donde se encuentra la primera oportunidad de armonización: dejar claro que la pérdida de conmutatividad / desequilibrio económico del contrato no es una enfermedad que tenga como causa única la excesiva onerosidad sobreviniente. Esta última, en adición del incumplimiento de prestaciones, de deberes secundarios y la imposibilidad de ejecución del objeto, pueden explicar la pérdida del estado de salud del contrato, esto es, la enfermedad del contrato a que estamos haciendo alusión.

La individualización de las causas de la enfermedad permite determinar para cada una de ellas el mejor y más adecuado tratamiento. Así las cosas, frente a las cuatro causas de la enfermedad denominada pérdida de conmutatividad / desequilibrio económico del contrato, como bien se indicó en el planteamiento del problema, el ordenamiento jurídico ha establecido: (i) la terminación en caso de imposibilidad de ejecución del objeto, (ii) los remedios propios del *incumplimiento* de una o varias prestaciones, que incluyen la responsabilidad civil contractual, (iii) la revisión o terminación en caso de *excesiva onerosidad sobreviniente* y (iv) la reparación integral por daños causados como consecuencia de la desatención de deberes secundarios. Así las cosas, el restablecimiento será el genero que reúne a todas especies de tratamiento que atacan todas las causas de la enfermedad, mientras que la revisión es la especie de tratamiento procedente cuando la causa de la enfermedad es la excesiva onerosidad sobreviniente.

La siguiente gráfica, resume el planteamiento que se viene de anotar:



Si se parte de entender que la pérdida de conmutatividad / desequilibrio económico no ocurre exclusivamente como consecuencia de una excesiva onerosidad sobreviniente, sino que también puede ser ocasionada por imposibilidad de ejecución del objeto, desatención de deberes secundarios y por el incumplimiento de una o varias prestaciones del contrato, y, además, que a lo que la Ley 80 de 1993 denomina restablecimiento, no es otra cosa que el género que agrupa distintas formas de tratamiento o remedio frente a la pérdida de equivalencia de las prestaciones, se habrá tendido finalmente el puente que comunica al derecho común y al derecho administrativo, por lo menos en este punto.

La aplicación de la metáfora médica permite la comprensión de la *pérdida de conmutatividad / desequilibrio económico* como un *daño*, que puede provenir de diferentes causas y que, en atención a estas últimas, se remedia bajo diferentes sistemas de reparación.

CAPÍTULO VIII CONCLUSIONES

- El adjetivo “imprevistas” utilizado en el Artículo 868 del Código de Comercio ha devenido en anacrónico en atención al estado del arte en materia de contratos modernos. Lo anterior es así en la medida en que en la actualidad en la exigencia en previsión de eventos que alteren la conmutatividad del contrato es cada vez mayor, al punto de entender que la gran finalidad del contrato moderno es la gestión del riesgo, exaltando el adjetivo de “imprevisibles”, donde finalmente puede realizarse un juicio de diligencia de las partes respecto de la anticipación en los términos anteriormente indicados.

- La interpretación que sostiene la Corte Suprema de Justicia en cuanto a qué, una vez ejecutada la prestación es impertinente la revisión, lleva al absurdo de impedir la aplicación de lo dispuesto en el Artículo 868 del Código de Comercio. Por lo anterior se ha destacado la posición de ciertos doctrinantes que abogan por una comprensión diferente de lo expresado en el artículo admitirse la posibilidad del pago bajo reserva o protesta, a efectos de no perder la posibilidad de intentar con éxito la acción de imprevisión.

- La legislación foránea y, en particular, el derecho italiano consagran un sistema con diferencias radicales al colombiano. Allí se establece como regla general que la excesiva onerosidad es

causa de la terminación del contrato, no siendo el Juez quien puede determinar la adecuación del contrato. Es la parte contra quien se ejerce la terminación quien puede ofrecer la adecuación equitativa del contrato con miras a conservarlo.

- Reglas de “*soft law*” como los Principios UNIDROIT y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos contemplan la excesiva onerosidad sobreviniente como fenómenos de frustración del contrato donde la prestación continúa siendo exigible pero habilita a quien la sufre a solicitar judicialmente la adecuación. Ambos plantean la necesidad de determinar si quien alega la excesiva onerosidad está en posición, de conformidad con el contrato, de asumir los efectos del riesgo.

- Se encuentra que los Principios UNIDROIT asumen un concepto formal del derecho a la renegociación, mientras que los Principios de Derecho Europeo de los Contratos asumen un concepto material de dicho derecho, asignando consecuencias desfavorables a la parte que se niegue a renegociar o cese los acercamientos de mala fe.

- La pérdida de conmutatividad de un contrato donde se genera excesiva onerosidad sobreviniente para una de las partes, no exime a esta del cumplimiento de su obligación, mientras un Juez determine que: (i) ocurrieron eventos o circunstancias extraordinarias e imprevisibles, (ii) los eventos o circunstancias ocurren o son conocidos con posterioridad a la celebración del contrato, (iii) el contrato es de ejecución sucesiva, (iv) la prestación es de futuro cumplimiento, (v) los eventos se encuentran por fuera del control de la parte afectada, (vi) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja y (vii) los hechos que revistan tales características impacten de manera grave y anormal en la ecuación financiera del

contrato; caso en el cual podrá tomar medidas de ajuste bajo criterios de equidad, siempre que ellas resulten posibles. De lo contrario decretará la terminación del contrato.

En relación con el punto (iv) se reitera la propuesta de los profesores Muñoz y Oviedo de permitir la acción de imprevisión si oportunamente la parte afectada manifestó expresamente su voluntad de cumplir con la prestación bajo reserva o protesta.

- El Consejo de Estado ha abordado la discusión del incumplimiento de una o varias prestaciones como causa de desequilibrio económico del contrato. En ocasiones, ha sostenido que antes que una causal de desequilibrio económico del contrato, es un presupuesto de la responsabilidad contractual del Estado, regida por las reglas del derecho común en la materia. En otras ocasiones ha sostenido que el incumplimiento constituye una causal de desequilibrio económico del contrato como cualquier otra, y en cuanto tal, se encuentra regido por las reglas del restablecimiento. Con todo, se acepta, generalmente, que este restablecimiento se juzga en todo caso a partir de las reglas de la responsabilidad contractual.

- Los límites de revisión establecidos en el Artículo 5° de la Ley 80 de 1993 son aceptables y compatibles desde la perspectiva de la revisión y de la responsabilidad contractual, en especial aquella consagrada para el desequilibrio generado por incumplimiento de la entidad contratante. Restablecer en esas condiciones implica la satisfacción plena del interés del contratista, en su calidad de acreedor, de la obligación debida por la entidad estatal, en su calidad de deudor. Lo anterior se conoce como *interés positivo o de cumplimiento* y constituye el objeto de protección de la responsabilidad civil contractual.

- Frente al análisis de las consecuencias derivadas de la desatención de la entidad estatal de la solicitud de que habla el Artículo 5º numeral 1º de la Ley 80 de 1993, la respuesta podrá darse en dos sentidos, adoptando elementos de los Principios UNIDROIT y de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Asumir el análisis bajo la óptica propuesta por los Principios UNIDROIT permite ver la solicitud como un mero requisito de procedibilidad, toda vez que, negada por la entidad la petición de restablecimiento, corresponderá acudir al juez del contrato en ejercicio de una acción con pretensiones de revisión. Asumir el análisis bajo la óptica propuesta por los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, no permite ver la solicitud como un mero requisito de procedibilidad, toda vez que, en el evento de que la entidad pública se negare a renegociar o rompiera la negociación de mala fe, corresponderá acudir al juez del contrato en ejercicio de una acción con pretensiones reparatorias.
- La utilización del concepto de *imprevisibilidad* implica que debe realizarse un juicio de la conducta de la parte en desventaja pues, para que esta pueda solicitar el restablecimiento, en cualquiera de sus modalidades, ha debido obrar con diligencia en la previsión y adopción de medidas de evitación y resistencia de los efectos del evento.
- El *riesgo*, que dicho sea de paso no es un concepto jurídico sino económico, suele ser definido en diferentes estándares internacionales como ISO, COSO y PMI, a partir de la *incertidumbre* y de los *objetivos* planteados con una operación determinada.
- La gestión del *riesgo* contractual en materia de contratos entre particulares no cuenta con un marco jurídico de referencia. Dicho acto de *estimación, tipificación y asignación* del riesgo y sus efectos, no encuentra otro límite en el derecho común que los límites mismos de la

autonomía de la voluntad y la prohibición del abuso del derecho o de una posición dominante. La gestión del *riesgo contractual* en materia de contratos estatales, por su parte, cuenta con un amplio marco jurídico de referencia a través de disposiciones de orden legal, reglamentario y en los documentos CONPES.

- Si aún realizado un juicioso análisis de estimación, tipificación y asignación de riesgos, alguna circunstancia reuniera las características que se han individualizado con anterioridad, estaríamos ante un escenario de desequilibrio y deberá proceder el restablecimiento. La circunstancia extraordinaria o imprevisible puede ser la magnitud del efecto del riesgo que supera su capacidad de control, no obstante haberse tomado las medidas de prevención y evitación.
- Tras el análisis de los diferentes elementos que conforman la regulación contractual contenida en la Sección XIII, puede concluirse que esta refleja de manera adecuada el estado actual de la institución del equilibrio económico y de los esquemas de gestión de riesgo.
- La aplicación de la metáfora médica planteada permite la comprensión de la *pérdida de conmutatividad / desequilibrio económico* como un *daño*, que puede provenir de diferentes causas y que, en atención a estas últimas, se remedia bajo diferentes sistemas de reparación.

CAPÍTULO IX BIBLIOGRAFÍA

. Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A. (2001). *Tratado de las obligaciones*. Santiago de Chile: Editora Jurídica de Chile.

Álvarez, J. (2017). El incumplimiento como causa de ruptura del equilibrio económico del contrato. *Revista Con-texto*, 41 - 87.

Benavides, J. (2008). *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Chamie, J. (2012). El principio general de reductio aequitatem por desequilibrio contractual. *Revista de derecho privado N° 22*, 225.

Congreso de la República de Colombia. (26 de mayo de 1887). Ley 57 de 1887. Código Civil. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (28 de octubre de 1993). Ley 80 de 1993. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (10 de enero de 2012). Ley 1508 de 2012. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (21 de julio de 1998). Ley 448 de 1998. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (27 de enero de 1995). Ley 185 de 1995. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 76001-23-31-000-1999-02622-01 (24996)

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 19 de septiembre de 1994. C.P. Jaime Betancur Cuartas. Rad. 637.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 14 de agosto de 1997, C.P. César Hoyos Salazar. Rad. 1011.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1999, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Rad. 11194.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de junio de 1999, C.P. Daniel Suárez Hernández. Rad. 14943.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de julio de 2000, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Rad. 12513.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 1996, C.P. Daniel Suárez Hernández. Rad.10151.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de junio de 2012, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 13001-23-31-000-1996-012333-01 (21990).

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 8 de febrero de 2012, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad.17001-23-31-000-1996-05018-01 (20344).

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de julio de 2015, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz. Rad. 25000-23-26-000-1998-024-2201 (32428).

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de enero de 2012, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz. Rad. 25000-23-25-000-1997-03489-01 (20459).

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de abril de 1999, C.P. Daniel Suárez Hernández, Rad. 14855.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de febrero de 2012, C.P. Jaime Orlado Santofimio. Rad. 85001-23-31-000-2000-00202-01 (19730)

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad 50422-23-31-000-1992-01369-01 (17031)

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad 25000-23-26-000-1997-04390-01 (18080)

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 13 de agosto de 2009. Rad. 1952.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Rad. 73001-23-31-000-1996-04028-01. (14577)

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2003, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Rad. 47001-23-31-000-1996-04800-01. (17554)

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de enero del 2012, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz. Rad. 25000-23-26-000-1997-03489-01. (20459)

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 1992. Rad. 6353.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 e junio de 2012, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 13001-23-31-000-1996-01233-01 (21990)

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2005, C.P Germán Rodríguez Villamizar. Rad. 28.616

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de julio de 2015, C.P Olga Mérida Valle de la Hoz. Rad. 25000232600019980242201 (32428)

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2012, C.P Danilo Rojas Betancourth. Rad. 13001-23-31-000-1992-08522-01 (21429)

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de mayo de 2005, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Rad: 66001-23-31-000-1997-03756-01 (15326)

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2001) CONPES 3701 de 2001. Bogotá, Colombia.

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2011) CONPES 3714 de 2011. Bogotá, Colombia.

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2013) CONPES 3760 DE 2013. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. (21 de febrero de 2012). Sentencia No Rad 11001-3103-040-2006-005337-01. Bogotá - Colombia [William Namén Vargas]

Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. (31 de julio de 2014). Sentencia No Rad 68001-31-03-005-2003-00366-01. [Margarita Cabello Blanco.]

Coso. (2017). COSO ERM 2017 Manual de Gestión Integral del Riesgo.

Davila, L. (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá: Legis.

Departamento Nacional de Planeación. (26 de mayo de 2015). Decreto 1082 de 2015. Bogotá, Colombia.

Diaz, I. (2012). Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de contratos. *Revista de Derecho Privado No 23*, 139 a 190.

Gutierrez, N. (2010). La alteración fundamental del equilibrio fundamental: Base conceptual de la figura del hardship en los principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales. *Universidad de Los Andes*.

Muñoz, S. (2015). Equilibrio financiero en los contratos privados. Concepto, formas de ruptura y mecanismos de reparación. En M. Castro de Cifuentes, *Modernización de las obligaciones y los contratos. Seis estudios* (pág. 1). Bogotá: Universidad de los Andes - Temis.

Organización Internacional de Normarización (2018). ISO 31000 Gestión de Riesgos.

Ospina, G., & Ospina, E. (2005). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Temis S.A.

Oviedo, J. (2009). La excesiva onerosidad sobreviniente (Hardship) en los Principios Unidroit para los contratos comerciales internacionales. En *Estudios de derecho mercantil internacional* (pág. 269). Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Presidencia de la República. (27 de marzo de 1971). Decreto 410 de 1971. Código de Comercio. Bogotá, Colombia.

Presidencia de la República. (14 de marzo de 2001). Decreto 423 de 2001.. Bogotá, Colombia.

Project Management Institute (2017). *PMBOK 6º Edición*. 2017.

Rodriguez, L. (2012). *El equilibrio económico de los contratos administrativos*. Bogotá: Temis S.A.

Rodriguez, L. (2008). *Derecho Administrativo. General y Colombiano*. Bogotá: Temis S.A.

Rodriguez, L. (Bogotá). *Derecho Administrativo. General y Colombiano. 16ª Edición*. Bogotá: Temis S.A.

Rodriguez, L. (2008). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis S.A.

Tribunal de Arbitramento. (2019). Laudo Arbitral. Cámara de Comercio de Bogotá. Concesionaria Vial de los Llanos S.A.S. Vs Agencia Nacional de Infraestructura.

Tribunal de Arbitramento. (2004). Laudo Arbitral. Cámara de Comercio de Bogotá. Caracol
Televisión S.A. Vs Comisión Nacional de Televisión.

Tribunal del Arbitramento. (2000). Laudo Arbitral. Cámara de Comercio de Bogotá. G.F. Servicios
Empresariales vs. Corporación de Abastos de Bogotá S.A., Corabastos.

Tribunal del Arbitramento. (1997). Laudo Arbitral. Cámara de Comercio de Bogotá Sepúlveda
Lozano Cía. Ltda. vs. Instituto de Desarrollo Urbano, IDU.

Tribunal del Arbitramento. (2a04). Laudo Arbitral. Cámara de Comercio de Bogotá. Consorcio
Procam Ltda. y Ossa Cía vs. Secretaria de Educación Distrital de Bogotá.

Tribunal del Arbitramento. (2015). Laudo Arbitral. Cámara de Comercio de Bogotá. Constructora
Bogotá Fase III S.A. Vs. Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- y Empresa de Transporte
del Tercer Milenio Transmilenio S.A.

Tribunal de Arbitramento. (2015). Laudo Arbitral. Cámara de Comercio de Bogotá. Dragados
Hidráulicos Ltda Vs Concesionaria Tibitoc S.A. ESP.

Tribunal de Arbitramento. (2003). Laudo Arbitral. Cámara de Comercio de Bogotá. Fiducolombia
Fiduciaria La previsor y Fiducaf  Vs. Ministerio de Salud.

Tribunal de Arbitramento. (2004). Laudo Arbitral. Cámara de Comercio de Bogotá. Consorcio
Procam Ltda y Ossa Cía vs. Secretaría de Educación Distrital de Bogotá.

