

El fraccionamiento contractual de la cláusula pacta sunt servanda y el carácter programático del principio de mutabilidad del negocio jurídico estatal

The contractual fractionation of the pacta sunt servanda clause and the programmatic approach of the principle of mutuality of the state legal business

Diego Fernando Yanten Cabrera¹
Alex Rodrigo Coll²

RESUMEN

La naturaleza iusfundamental del principio de autonomía de la voluntad como estándar extrajurídico determinante para la consolidación del acto jurídico contractual es innegable, sin embargo, la materialización de aquél, al interior del ámbito negocial estatal, puede verse afectada, lo cual produce la desacralización del esquema de legalidad de los pactos alcanzados con ocasión de un negocio jurídico. Podría aseverarse incluso que, existe una ruptura del principio de igualdad entre las partes contratantes y una exacerbación que informa la oponibilidad relativa. El presente artículo examina la posibilidad que se suscita tras un proceso de reconfiguración negocial inesperada y la consecuente validez de un acto jurídico diferente, no obstante, ser el mismo.

Palabras clave: Negocio jurídico - Contrato estatal - Fines esenciales del Estado - Autonomía de la voluntad - Equilibrio económico.

ABSTRACT

The essential nature of the principle of autonomy of the will as an extra-juridical standard key for the consolidation of a contractual legal act is undeniable, however, the materialization of the principle within the State's business sphere may be affected, which leads to the dismantling of the scheme of Legality of the agreements reached in connection with a legal transaction, it could be asserted that there is even a rupture of the principle of equality between the parties and an exacerbation of that which informs the relative effectiveness. The present article examines the possibility that arises after an unexpected reconfiguration process and the consequent validity of a different legal act.

Keyword: Legal business - State contract - State essential purposes - Autonomy of the will - Economic balance



¹¹ Doctorando en Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Magister en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia- Profesor titular e investigador adscrito al grupo de investigación GICPODERI perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali. diego.yanten00@usc.edu.co

² Magister en Derecho con Énfasis en Derecho Público y Abogado. Docente de tiempo completo e Investigador adscrito al Grupo de Investigación Lumen Humanitas y Grupo de Investigación en Derecho y Ciencias Políticas de la Facultad de Ciencias Sociales y Políticas de la Fundación Universitaria Católica Lumen Gentium. acoll@unicatolica.edu.co

I. Introducción

La naturaleza negocial contractual, cualquiera que sea su especificidad, posee semejanzas incuestionables, gravita en torno a la expresión de la voluntad de las partes contratantes, engastada en una relación, eminentemente conmutativa (Canal, 2016, p. 147). *Contario sensu*, existe una gran distancia entre las peculiaridades antecedentes al *negotium* privado y, como resulta lógico, a aquel que procede de verdaderas autoridades administrativas. Ciertamente, para lograr la materialización y el perfeccionamiento contractual, resulta necesaria la exteriorización de la voluntad de las partes –indistintamente de su origen sistemático–, no obstante, la caracterización estructural –la pertenencia misma a órbitas de actuación civilista o administrativista– contienen particularidades propias, esto es, la razón de ser una cosa y no otra: *e. g.* las particularidades inherentes a los acuerdos, la ejecución, las bifurcas y la finalización negocial (Aponte, 2014, pp. 178 y s.s.) sugieren una correspondencia autoevidente con referencia a la consideración relacional-creadora, voluntad/acto negocial, lo cual evoca un paralelismo exacerbado entre voluntad creadora-civil, que tiene por efecto directo la materialización de un esquema creador sub-legislativo provocado por la efervescencia social del *principium laissez faire, laissez passer*. Este esquema contiene límites socio-integradores (interés general), empero anuda en sí, permisiones reguladoras (Keynes, 2010, pp. 272-294); esto viabiliza la mutación contractual según la extensión voluntaria de consuno de los agentes contratantes, nunca de manera unilateral.

El contrato estatal, por su parte, construye como suya la posibilidad transformativa o supresora de la voluntad misma, supone, pues, como posible (mas no permanente) la mutabilidad del negocio jurídico (Hitscherich, 2005, p. 20-21). Si bien es cierto, la consensualidad generadora está llamada a perdurar y convertirse en fuente de verdaderas obligaciones (Schiller, 2006, p. 194; Shimabukuro, 2015, p. 20), el “si acaso...” contiene la ubicuidad corrosiva que hace de la conmutatividad un “no-definitivo”, sino un “sí... pero...”. La razón del por qué se estructura como posible esta subrepticia consideración sobre la gravedad misma del *negotium legalis*, o sea, la razón misma del porqué el acto jurídico negocial público actúa sobre la sociedad, brinda, igualmente, razón para superar así la voluntad genealógica del contrato mismo. El mismo grado de indeterminación de la voluntad

es postulada por la fuerza creadora que lo impulsa, esto es, los conceptos indeterminado-jurídicos que lo sustentan (Cassagne, 2006, pp. 186-187).

Este artículo pretende demostrar la afectación del carácter *iusfundamental* del principio de la autonomía de la voluntad de las partes involucradas en un acto jurídico negocial, regido por las regulaciones especiales de la contratación estatal, cuando las bifurcas unilaterales configuran un acto jurídico derivado, distinto del originario. La voluntad no genera, únicamente, el nacimiento de las obligaciones, sino que, estrecha el vínculo de sus efectos durante la ejecución y en la finalización misma. El proceso hermenéutico-crítico realizado en la investigación, derivado de la exploración documental y de la revisión bibliográfica y normativa, decanta, además, la imposibilidad de oponibilidad real a las variantes contractuales por parte del extremo pasivo de la mutación, quebrantando el principio de igualdad y el carácter sinalagmático del acto (Amaya, 2016, pp. 110-111).

De buen principio, el artículo realiza un acercamiento al carácter directivo adscrito a la voluntad, en tanto que, exteriorizada representa, no una externalidad individual previa a la comprensibilidad intersubjetiva, sino un principio determinante para la corroboración obligacional contractual, unido a la materialización instrumental-eficientista de la telesis inscrita en los desarrollos funcionales estatales, como explicación no justificada de la adopción, dominante, de contenidos contractuales no volitivos y exorbitantes. La voluntad exteriorizada, en los actos contractuales estatales genera un estado fáctico y jurídico obligacional primigenio; las variaciones unilaterales del acto no encuentran en la voluntad un nicho obligacional de derecho sino adoptado de *factum* por el extremo activo de la mutación contractual. Finaliza, este artículo, en igual sentido, exhibiendo el detrimento del elemento volitivo de los actos jurídicos contractuales estatales como representación de la conmutabilidad del contrato, que constituye la *quinta essentia* en la formación de estos actos, arraigada a la naturaleza y no a su especificidad (Santofimio, 2009, pp. 16 y s.s.).

I. El carácter iusfundamental de la autonomía de la voluntad como principio determinante del título obligacional negocial

La naturaleza omnicomprensiva negocial de la autonomía de la voluntad estructura un vínculo obligacional cuasilegislativo –un verdadero poder de autogobierno– (Arnau, 2009, p. 136), entre los particulares que, conmutativamente, enlazan obligaciones y deberes, entabándose así una relación recíproca contractual entre el sujeto obligado y su análogo, esto es, el sujeto facultado para exigir el cumplimiento de la obligación, jurídicamente reconocida. Solución lógica cuando se trata de actos contractuales afectados por el principio de bilateralidad (artículo 1496 Código Civil). Se trata de una delegación legislativa, en cabeza de los particulares, para la autorregulación de las relaciones sociales de contenido jurídico, en pro del mejor beneficio recíproco de los interesados, sin que ello signifique o provoque desmedro del interés general de la sociedad (Corte Constitucional, 1993). Compromete, en cabeza de los extremos intervinientes, una forzosa constancia en el desarrollo de los acuerdos alcanzados, vinculados por ocasión y por razón de la precitada expresión exteriorizada de origen volitivo (Picod, 1989; Brunswick, 2016, pp. 17 y ss.).

1.1. Precisiones de concepto

Este presupuesto contiene la suficiente fuerza expresiva para soportar la posibilidad de establecer, *ab intra* de los estándares normativos de carácter dispositivo–privados, proposiciones con contenido obligacional (Lehmann, 2005, p. 11). Repercute en la posibilidad de extender, hasta los límites sistemático-jurídico posibles (Corte Suprema de Justicia, 2011), la proyección constructiva de sus propósitos vitales, siempre que concurren los elementos de existencia y validez del contrato (artículo 1502 *ídem*). Lo anterior, se traduce en la verificabilidad de: capacidad legalmente atribuida, consentimiento exento de vicios, causa y objeto lícito, como también, para el caso de los contratos solemnes (artículo 1500 Código Civil), la saturación del cumplimiento de la formalidad *ad solemnitatem*.

La conmutatividad (artículo 1498 del Código Civil) se encuentra precisada por el carácter iusfundamental que la autonomía de la voluntad contractual³ supone. Se traduce en la

³ En efecto, la Corte Constitucional (2003), ha manifestado, con elocuencia que: “El derecho a la autonomía privada no es entonces un derecho patrimonial, no es reconocido *ex singuli*, ni depende de ciertas situaciones jurídicas, no es disponible ni enajenable por parte de su titular o de un tercero (Estado o particular) y no es

posibilidad de sujetar y empeñar la libertad particular a la precisión de un título obligación que, a su vez, se traslada desde la preexistencia de un consenso intersubjetivo, al interior del cual la voluntad contractual es decisiva y, hasta cierto punto, definitiva. En virtud de esa autonomía voluntaria los particulares pueden: “(i) celebrar contratos o no celebrarlos [...], (ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos [...], (iii) crear relaciones obligatorias entre sí” (Corte Constitucional, 2013), que no generen, *per se*, vínculos obligacionales respecto de aquellos que no han brindado su consentimiento en la formación y ejecución negocial.

No obstante, esta precisión no mengua el carácter dispositivo de la autonomía de la voluntad. Refuerza sus contornos delimitantes y asegura su carácter programático–restrictivo tendiente a la materialización del acto jurídico negocial (artículo 1495 Código Civil), puesto que, aunque la legitimidad de los pactos alcanzados está amparada por sus propias determinaciones, aquella vinculación no puede precisarse si para su consolidación se subvierte la estructura sistemática que el Estado Social de Derecho protege a través diversos estándares (Corte Constitucional, 2013).

La logicidad de este argumento se contrae a la percepción connatural del Sistema Jurídico como fuente y límite de directrices jurídico–vinculantes de corte privado. Comporta la configuración de fundamentos teóricos, tales como, la teoría del objeto jurídico genérico, por contra, a la teoría del objeto jurídico concreto, que supone la necesidad de delimitar el objeto del contrato a la proyección sistemática del régimen jurídico. Implica, a su vez, una frontera inquebrantable para el principio de la autonomía de la voluntad negocial (Ospina y Ospina, 1998, pp. 7–11).

Sin embargo, a pesar de aquel baremo previsto por el propio sistema jurídico que traduce una regulación de las desideratas configurativo–contractuales de los particulares, la autonomía de la voluntad precisa un esquema de autoprogramación obligacional que implica barreras reciprocas. Estas barreras, en estricto sentido no horadables, se aperciben con la

atribuido *ex negotium* sino que tiene su fuente directa en la Constitución y en la Ley, y constituye desarrollo imprescindible tanto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 14 Superior) como del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el principio general de libertad”.

adscripción de dos principios adicionales determinantes: el *pacta sunt servanda* y, la subsecuente habilitación legal configurativa, prevista en el *laissez faire, laissez passer*. La doble connotación –permisión para crear títulos obligacionales y estatus de ley de las fuentes obligacionales suscritas para las partes–, se complementa, además, con el *laissez contracter*, “que favorece la supresión de cualquier traba a la libertad contractual” (Camacho, 2005, p. 64). Adscribe y permite una proyección protectora sobre las directrices determinantes de contenido negocial y las blindas respecto de posibles transmutaciones *in concreto*, lo que materializa, en efecto, el principio de inmutabilidad unilateral del contrato (Corte Constitucional, 2013).

No cabe duda de que, “el significado y efectos del negocio jurídico descansan en la voluntad de las partes” (Lehmann, 2005, p. 11). Esta implicancia materializa la consolidación de la legalidad del pacto alcanzado, consistente en la sujeción a una obligación y a una facultad decididamente definidas, que predisponen, *eo ipso*, la imposibilidad verosímil de que esa misma autonomía creativa, de esencia *iusfundamental*, se transforme, sin más, en una autonomía individual deconstructiva del contrato creado. Esta es la naturaleza restrictiva del principio de autonomía de la voluntad individual, una vez alcanzado el consenso intersubjetivo y la apropiación transubjetiva de existencia y validez del acto jurídico (Hinestrosa, 2000, p. 34).

La categoría *iusfundamental* de la autonomía de la voluntad es, desde luego, infranqueable y su proyección privada es innegable –aunque mensurable– hecho que no tiene un eco similar en tratándose de su proyección público–negocial. Aunque se reconoce su naturaleza inmanente, la extensión se reduce substancialmente porque aquélla, para ser tal, debe adecuarse a los postulados de una Administración prestacional preocupada, en entero, por la solucionabilidad de necesidades colectivas de primer orden. Repercute en la adecuación de aquélla, esto es, la autonomía de la voluntad, a los actos administrativos separables (Consejo de Estado, 2006), *ad exemplum*, el pliego de condiciones (Consejo de Estado, 2013) y la formalidad como elemento de validez del acto jurídico estatal e, igualmente, se supedita a los principios de selección objetiva y libre concurrencia de oferentes (Corte Constitucional, 2012)

1.2. Los presupuestos teleológico–instrumentales del Estado

La singularidad que representa la especificidad teleológica que anima la naturaleza contractual del Estado, establece y construye un sistema cerrado –no obstante, versátil a las circunstancias coyunturales comunitarias– (Schmidt–Assmann, 2003, pp. 92–93). Su vórtice se comprime limitativamente sobre las diversas aspiraciones prejurídicas que contienen los sujetos cocontratantes. Se determinan por aquélla en sus actividades esencializadoras de propósitos estatales (Marienhoff, 1994, pp. 17–18), en tanto colaboradores activos de la Administración Pública por virtud de un fundamento obligacional establecido mediante un acto negocial estatal, para el cumplimiento de tales cometidos. El contratista, apresurado por la motivación económica coadyuva con la Administración para el logro de los fines propuestos y la Administración categoriza su eficiencia para la satisfacción del interés público (Consejo de Estado, 2011). Se trata del “principio de eficacia de la administración pública, según el cual las autoridades administrativas ostentan cargas relativas al desempeño de sus funciones, en orden a implementar y brindar soluciones a problemas de los ciudadanos” (Corte Constitucional, 2009).

Aquella substancia angular representada por los fines esenciales del Estado se extiende transversalmente sobre las actividades públicas como eje medular–existencial de la Administración Pública (Consejo de Estado, 2016). Su efecto aglutinador evidencia la respuesta al por qué, cómo, cuándo, dónde, quién y para quién la actividad estructuralizada de las Entidades Administrativas (Artículo 2º Ley 80 de 1993), se hará efectiva. Concreta para éstas últimas –las entidades– los efectos determinantes de su actividad y construye a su paso, los elementos definitivos para su real materialización.

La secuencia programática de aquéllos ocasiona, por su propia sistematicidad, una serie de elementos que se traducen en la conversión ontológica de estándares jurídico–privados, que, aplicados al sector público–contractual, gracia de la existencia de un título obligacional, se encuentran afectados por la naturaleza delimitante del interés general (Corte Constitucional, 2007). También así, por las cláusulas exorbitantes (Consejo de Estado, 2006), que cobijan en su seno el extremo fuerte de la relación negocial. Sin embargo, aunque esta predisposición de que adolecen las disposiciones jurídicas resulta, si es contrastada con el

régimen civil, hasta cierto punto, chocante, lo cierto es que, la voluntad se concretiza en el hecho inexcusable del querer creador de fuentes obligacionales con el Estado. El sujeto legalmente capaz, sea este, persona natural, sociedad, consorcio o unión temporal, tiene la facultad (entiéndase “voluntariedad”) de generar obligaciones negociales o no, bajo los términos imputados de la función administrativa (artículo 209 constitucional) y, la Administración, se encuentra irremediabilmente coaccionada al uso de las prerrogativas desequilibrantes, para beneficio y satisfacción del bien común (Blanquer, 2013, p. 361).

De conformidad con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación pública inscribe en su tésis “la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines” (Consejo de Estado, 2011). En tal sentido, la legislación dispone una serie de principios y presunciones (Patiño, 2008, pp. 55-65), que rigen los cursos de acción que afectan la voluntad contractual pública. Se objetiviza la selección del contratista y, los mecanismos de contratación son, por regla general, a través de licitación pública o concurso de mérito, excepcionalmente, de manera directa. Limita la posibilidad de las actuaciones discrecionales de la Administración Pública y revoca objetivamente, la atomización del poder público (Rabotnikof, 1993, pp. 85-86), *reductio ad unum* (Zagrebel'sky, 1996, p. 118), que inscribe en sus desarrollos intereses individualizados, en la formación de los contratos estatales. No obstante, en sus procesos, tiende a materializar afectaciones a la libertad configurativa obligacional del particular que concurre al acto negocial.

Ese contexto limita, gracia de la razón de Estado, el derecho fundamental de la autonomía de la voluntad, empero no, en el mismo sentido, el poder decisorio del individuo capaz de contratar. La voluntariedad, como se advirtió, permanece intacta, no así los demás elementos configurativos de la existencia del contrato estatal. La causa, como elemento motivacional (Escola, 1977, p. 186), se descompone, al igual que la conmutatividad, elementos determinantes del negocio jurídico, pues, su licitud se encuentra condicionada porque se determine fehacientemente como producto de la materialización efectiva de fines esenciales del Estado en concordancia con una necesidad colectiva *in concreto*, previamente determinada. La conmutatividad en el ámbito privado viene estrechamente ligada a la voluntad y a los intereses subjetivos de los contratantes, mientras que, en el ámbito público,

su amplitud o su escasez, están necesariamente vinculadas a los presupuestos objetivos que establece el orden jurídico (Rico, 2012, pp. 86–87; López, 1976).

En efecto, el principio de inmutabilidad unilateral propio del acto jurídico contractual privado cede frente a la flexibilidad o mutabilidad unilateral del negocio estatal, no obstante, esa variabilidad excepcional representa una proyección –como se verá más adelante– de la garantía inexcusable de la convergencia eficaz de los restantes principios de la contratación estatal. Por lo pronto, valga manifestar que, la naturaleza de esta variabilidad se encuentra destinada a la garantía indiferenciada centrada en la materialización de verdaderos propósitos estatales a través del desarrollo del principio de la buena prestación del servicio público⁴, sin que por tal hecho la responsabilidad atribuida o atribuible a la Administración desaparezca. La mutabilidad unilateral del contrato estatal se presenta, *ab initio*, como una prerrogativa en cabeza de la Administración Pública, no obstante, *in media res – ad infine*, se traduce en una obligación ligada a los propósitos particulares del contrato estatal (Botero, 2016, pp. 8-9).

De ese modo, aunque existen diferencias substanciales en su tratamiento desde la perspectiva del régimen jurídico público y el ordenamiento destinado a la regulación de las actividades particulares, lo cierto es que, la autonomía de la voluntad –limitada en los dos esquemas– se encuentra estructurada como un estándar indispensable para la consolidación del acto jurídico negocial. Sin embargo, la disposición del cocontratista a la proyección comunitaria–esencial de la Administración Pública, lo sitúa como el extremo débil de la relación contractual, empero, esta categorización es propia del principio de autonomía de la voluntad contractual, un efecto de la libertad contractual y de la libertad para contratar, que vincula a la decisión voluntaria del particular, su posibilidad de contratar o no con el Estado. Al hacerlo, íntimamente acepta y externamente declara (Aguilar, 2006, pp. 12–15) su propia limitación, con ello la aprehensión sistemático–contractual del derecho fundamental a la autonomía de la voluntad, no sólo queda estructurada, sino, en efecto, asegurada.

⁴ Es importante precisar que no obstante, el criterio del servicio público constituye la generalidad aceptada, existen disidencias conceptuales, dada la vaguedad o la indeterminación del concepto. Al respecto ver: Delgadillo y Lucero (1994, pp. 273 y s.s.).

II. El factum principis y la mutabilidad unilateral del contrato estatal

El derecho fundamental de la autonomía de la voluntad auto-compone la substancia esencial e inmanente que resulta propicia y adecuada al acto negocial. Su proyección afecta la constitución sistemática del contrato estatal, pues, aquélla adscribe, en su interior, el principio concretizador del *pacta sunt servanda*. Su extensión, en tanto estándar normativo, permite la asegurabilidad de los elementos existenciales del contrato -estos que, subsecuentemente, suponen su validez y repercuten en su eficacia-, preestableciendo, a su paso, facultades tendientes al reconocimiento de una obligación recíproca e inclinando los elementos de cumplimiento a un círculo de garantías. Éstas, redundan no sólo en la satisfacción negocial de las partes contratantes, sino, también en el seno de la comunidad, con la saturación de necesidades colectivas y la proyección real de los estándares superiores teleológicos que determinan la actuación estatal (Fernández, 2016, pp. 167-168).

1.1. Genética del contrato estatal

La relación contractual presupone obligaciones y derechos recíprocos. Aferra su naturaleza en el *pacta sunt servanda*. La intervención legislativa, que es ajena a la voluntad exteriorizada, solo cobra vida en la medida de las necesidades configurativas del pacto, bien por omisión, bien por alcance limitado de esa voluntad exteriorizada que impide la perfección del negocio. Las cláusulas inmersas en el pacto generan un vínculo con carácter normativo para las partes, alterable solo por el consenso de los extremos contratantes o por mandato expreso de la ley (Consejo de Estado, 2003).

Aquella perfecta armonía entre facultades y obligaciones recíprocas, precisadas en el escenario de la prevalencia del interés general que, desde luego, enaltece el principio de conmutatividad de las relaciones jurídico-vinculantes, recibe el nombre de equilibrio contractual. Predispone la tendencia consecuencialista de una Administración prestadora que colabora juntamente con agentes privados –ajenos al Derecho Público por no estar presente entre ellos y aquél una “relación especial de sujeción”, aunque sí, una regulación actuarial autoevidente al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Corte Constitucional, 1998)– para el desarrollo de sus propósitos determinadores. Sin embargo, la variabilidad unilateral de las condiciones contractuales, reifica la condición de iguales e

instrumentaliza al extremo débil (Delpiazzo, 1999, pp. 216-219)⁵, muchas veces afectando el precitado equilibrio. Es en este ámbito, donde la objetividad causal de la mutabilidad cobra valor determinante, pues consolida, vía protección del interés general, la legitimación de las potestades exorbitantes de la Administración (Parejo, 2012, p. 54), propendiendo por no generar afectaciones negativas al pasivo de la bifurca.

La perfecta ecuación genética del contrato sinalagmático de carácter estatal expresa un esquema, *ab intra*, del cual la bilateralidad presupone la nota esencializadora (Corte Constitucional, 2001), eminentemente sistémica. Convergen, el interés público-constitucional y los intereses emergentes de los colaboradores de la Administración que fungen como elementos instrumentales para la consecución de tendencias teleológico-existenciales bajo la estructura de verdaderas prestaciones correlativas. Sin embargo, lejos se encuentra el esquema contractual de contenido válido-existencial de concretarse como a-problemático. La consecuencia multicausal de actividades adscritas a la Administración Pública (Villar, 1982, pp. 108-109), presupone imponderables que afectan el devenir negocial y que auspician la ruptura entre las disposiciones jurídico-autonómicas, precisadas en la etapa precontractual constructivista y que afectan la ejecución y liquidación del contrato estatal.

La afectación en la línea formal-determinista del vínculo contractual adquiere relevancia si se repara en la adscripción del Estado, como estructura de tendencia teleológica, que no sólo antepone su actividad causal a la concreción efectiva del negocio jurídico y la materialización particular del elemento motivacional de validez contractual –lo que a su vez evidencia la eficacia funcional de los fines esenciales que animan su génesis–, sino que, el entramado prestacional, del cual es deudora evidente la Administración Pública, puede expresar colisiones probables entre diversas actuaciones normativo-teleológicas que tienen por propósito esa misma esencia prestadora. Ese curso causal que puede resultar incontrovertible e incontrolable dado el sinnúmero de actividades que el Estado debe atender o que, siendo, efectivamente, controlable en sus determinaciones causales resulta necesario

⁵ *Contrario sensu*, una gran mayoría proponen y defienden la mutabilidad de los contratos estatales como un principio mínimo e irrefutable de la específica modalidad contractual, que posee un vínculo estrecho con la tésis inscrita en el instrumento, sobrepasando su simple contenido. Al respecto ver: Garrido (1992, pp. 87-89), Brewer (1997, pp. 160-167) y Dromi (1995, pp. 505 y 519).

e innegable, supone, en un sentido restrictivo, la contracción del principio de autonomía de la voluntad y la exacerbación del estándar de mutabilidad unilateral que es tan peculiar de los ámbitos negociales estatales (Consejo de Estado, 2009).

La convergencia funcional orgánico–causal (Saavedra, 2008, pp. 514 y ss.)⁶ desata, en tanto consecuencia lógica –si la extensión de los diversos cursos causales, una vez colisionados unos contra otros, afecta un negocio jurídico estatal cualquiera– , el desequilibrio contractual. La ruptura de la correlatividad. Propicia, a su paso, la necesaria disyuntiva configurativa propuesta entre garantía y subsidiariedad, entre mutabilidad contractual y consecuencia residual subsecuente de una potestad jurídico–estatal exógena al contrato, desde la perspectiva de la ajenidad a aquellas autonomías de la voluntad concurrentes, tendencialmente agrupadas para un fin común. Esa doble fisura pluricausal (Garrido, 2011, pp. 6 y s.s.), desde la perspectiva del ejercicio multi-orgánico del poder (Ospina, 2014, p. 137), quebranta el sazón normativo–obligacional sobre el cual se erige el contrato estatal, lo que supone, a su paso, la deflación del principio nuclear de la autonomía de la voluntad y afecta la precisión negocial instrumental del extremo contractual débil. Exíjase así, para el caso, proceder a restablecerse el equilibrio fragmentado. La afectación así configurada, conjura una solución, aquélla precisándose, en atención a los presupuestos fundacionales que desataron la contraecuación contractual y la ruptura del principio de igualdad negocial (Bercaitz, 1980, p. 151).

Si la afectación residual es propiciada por un factor inconcurrente en la relación negocial estatal, la imprevisibilidad contractual es autoevidente (Long, 2000, p. 119), su extensión virtual implica el concurso, como es obvio, de un contrato sinalagmático perfecto estatal,

⁶ Desde luego, la asimilación de la teoría de la equivalencia de condiciones es evidente, lo que se presupone es la concurrencia inmensurable de diversas causas funcionales que, siendo crecientes, son incontenibles. La propuesta aquí codificada, aunque no por ello acrítica, es adecuada toda vez que advierte la presencia de diversas causas público– actuariales que confluyen y desatan la teoría de la imprevisibilidad mas no –como se verá en breve– la teoría del hecho del príncipe, para la cual, por obvias razones de imputabilidad, el camino propicio será la teoría de la causalidad adecuada. Por contra, la imposibilidad teórica de la equivalencia de condiciones, en cuanto postulado, es irrefutable y sus consecuencias son bien conocidas, en palabras de Saavedra, excelente jurista y antiguo magistrado del Consejo de Estado “... el reproche generalizado de la doctrina a la fórmula de la *equivalencia de las condiciones* es que cuando se la emplea sin correctivo alguno amplía en forma exagerada el ámbito de la responsabilidad, independientemente de si se lo examina tanto hacia el pasado como hacia el futuro...”.

sumado al cual, debe precisarse la presencia de un hecho, que al interior de la relación causal, se encuentra afectado, en sus consecuencias causales mas no en su sentido ontológico, por la imprevisibilidad misma (Gorbaneff y Cabarcas, 2009, p. 77-79). Aquélla que, a su vez, no pudo ser controlada ni era aprehensible como factor controlable por la incidencia del principio de autonomía de la voluntad en la etapa precontractual –imprevisión previsible– (Consejo de Estado, 2006). Como es lógico, el ejercicio de adecuación causal entre el contenido factico–objetivo (el hecho) y la consecuencia normativa (ruptura de la ecuación contractual) debe ser posible, lo que propicia la *imputatio facti*, bajo el esquema de la causalidad adecuada y la causalidad próxima (Coderch, 2002, p. 16)⁷. No obstante, para que la teoría de la imprevisibilidad contractual sea predicable, el siguiente paso valorativo, esto es, la *imputatio iuris* debe corresponderse con un parte no contratante, lo que a su vez estructura la consecuencia lógica que predica: “La imprevisión no cubre ganancias, sólo es una ayuda en las pérdidas (daño emergente)” (Consejo de Estado, 2006).

De esa forma, la teoría de la imprevisibilidad contractual no siendo reconducible a la entidad contratante, por carecer esta de nexo causal directo en su materialización, no es presupuesto del principio de inmutabilidad unilateral contractual, lo que si ocurre como consecuencia multicausal en el ejercicio del hecho del príncipe y el desarrollo del *ius variandi*, por contenerse estas apreciaciones en el ciclo contractual total, en tanto forma, garantía de principios y la siempre recurrible facultad operacional reglada administrativa, todo lo cual precisa la validez del acto administrativo en tanto ejercicio del poder aconductado. En contraste a la teoría de la imprevisión (Long, 2000, p. 119), el *factum principis* (Consejo de Estado, 2003), estructura una verdadera restricción, en el seno de la relación negocial, a la naturaleza instrumental del derecho fundamental de la autonomía de la voluntad, pues el direccionamiento multicausal es atribuible a la entidad cocontratante, concentrándose la dimensión de la *imputatio facti* y la *imputatio iuris* en un solo sujeto, aquel

⁷ En el Derecho de Daños la reducción de consecuencias causales concurrentes suele operarse bajo los dos esquemas precisados. A ese respecto, se expresa: “... las doctrinas de la causalidad próxima -en el *Common Law*- y de la causalidad adecuada -en el *Civil Law*- se usan para restringir el círculo de los agentes sociales obligados a responder por la causación de un daño y, en particular, suelen citarse en casos de **accidentes raros**, absolutamente infrecuentes o erráticos (*freakish*). Una razón que suele aducirse para excluir o limitar la responsabilidad del demandado es que ello no tiene consecuencias negativas en los incentivos de los posibles demandados, ya que, por hipótesis, el accidente es imposible de prever”.

que se encuentra recubierto por la capacidad contractual y que, efectivamente, ha suscrito el acto jurídico. La relación, en ese sentido, no procede por la concurrencia de un propósito de beneficencia o ayuda, se concreta en una verdadera responsabilidad por la concurrencia de un daño residenciable en el extremo débil de la relación negocial

La capacidad de imputación que recae sobre la Entidad contratante supone, igualmente, para la consolidación del *factum principis*, del curso de un acto administrativo expedido por aquélla –la entidad contratante– que extiende sus efectos hacia la esfera negocial, transmutando, directa o indirectamente, la ecuación financiera y el equilibrio negocial inicialmente alcanzada con la adjudicación y suscripción del contrato, previo el debate precontractual en la que concurren elementos intraanímico–espirituales volitivos, subsecuentes declaraciones obligacionales y conformación del *animus* contractual. No obstante, es necesario manifestar que la afectación contractual debe alcanzar un nivel de gravedad elevado y contener un efecto no ordinario para que tal sea su consecuencia. La concreción sistemática del acto administrativo, al interior de la teoría del hecho del príncipe, debe procurarse siempre en el encausamiento de un poder aconductado, que se concreta con la saturación de los elementos de existencia y validez que cobijan la decisión administrativa y aquélla, contraria a la decisión singular, particular y concreta, propia del uso de facultades exorbitantes, debe ser, a no dudarlo, general, abstracta e impersonal, pues lo contrario genera por implicancia lógica el uso del poder concretado en el *ius variandi*.

Pese a sus elementos peculiares y la evidente asignación causal y jurídica del sujeto involucrado, eminentemente diferencial (Brewer, 2011, p. 9), las teorías de la imprevisión y del *factum principis* se asemejan, en la presencia de un acto no controlado ni controlable en la etapa de formación del *animus negotii contrahendi*, pues, como efectivamente lo señala el Consejo de Estado (2003) “... esta teoría no resulta procedente frente a alteraciones propias o normales del contrato, por cuanto todo contratista debe asumir un cierto grado de riesgo...”, a lo cual se suma, la naturaleza aleatoria del suceso transformativo.

Lo anterior supone la colisión entre el esquema multicausal prestacional del Estado y las garantías genético–prestacionales que el colaborador de la Administración adscribe a su dominio, en tanto instrumento necesario para que aquella acometa sus propósitos

teleológico—esenciales (Regueira, *et al*, p. 41). En efecto, la potencial alteración económica de que adolece el acto negocial estatal se expresa como un efecto inmanente a la Administración prestacional y ordenadora, que, saturada por innumerables servicios a su cargo, no puede prever todos los cursos causales, produciéndose choques imponderables que repercuten, directa o indirectamente, en el Contrato Estatal. Genera un efecto modificadorio en el principio de autonomía de la voluntad que, no obstante, ello, puede resurgir con la teoría de la imputación y la consecuente determinabilidad del hecho acaecido, que, siendo eminente e imprevisible, requiere un reequilibrio contractual y un encauzamiento hacia la materialización generatriz de la voluntad y la declaración concurrentes *ab initio*.

Conclusiones

Las líneas precedentes, condensadas al extremo, supuesto el nivel de reducida extensión del documento presente, permiten observar el triple fenómeno que representa una afectación del equilibrio económico y la ecuación financiera propia de los actos negociales estatales, bien por el concurso de agentes externos a la relación contractual o por la naturaleza prestacional propia de la entidad contratante a través de actos administrativos abstractos o de particular aplicación.

La alteración del equilibrio económico contractual puede surgir de la realización de diferentes aspectos, concurrentes o no, como: por el incumplimiento por parte de la entidad pública de las obligaciones a su cargo o por la vía unilateral de las modificaciones del contrato -abusivas o no-; por las actuaciones de carácter general de la Administración que se materializan a través de normas de carácter general que afectan de manera negativa el balance contractual inicial —hecho del príncipe- y; por aquellas situaciones imprevistas —no previsibles de manera normal y general-, ajenas a las partes contratantes (Consejo de Estado, 2011; Benavides, 2002, p. 118). No obstante, la consideración y efectivización de aquellas se contrae con el reequilibrio de las prestaciones recíprocas obligacionales, al punto de efectuar un proceso integracionista entre la etapa previa a la alteración y el fenómeno concursal que ocasiona la contraecuación financiera. El derecho fundamental de la autonomía de la voluntad resulta determinante para la consolidación del acto jurídico contractual y aunque efectivamente delimitado —en un grado mayor que en el régimen civil—, siempre se

articula como elemento genético–existencial, con presencia transversal y concreción material.

La teoría del riesgo (Martínez, 2005, p. 218; Mier, 2010, pp. 96 y s.s.), apercebida desde la generación de concausas ajenas al dominio de la prognosis contractual y del control causal de los eventos negociales, presentes y futuros, genera una verdadera garantía de reducción de los efectos negativos sobre el *pacta sunt servanda*. Al advertir su presencia, encuentra senderos de reestructuración negocial a fin de concretar una verdadera conmutatividad, un balance ajustado al nivel de prestaciones exigibles y correlativas. Facultades de cumplimiento. Estrecha el vínculo bidireccional y concreta la bilateralidad contractual bajo el auspicio de los principios determinantes de la función administrativa y el respeto de los derechos instrumentales que la autonomía de la voluntad concertó. La Corte Constitucional (2001), así lo ha entendido al sostener que los precitados aspectos trasladan a la Administración la asunción de las responsabilidades derivadas de la materialización de los colofones de riesgo, por la vía de la aplicación de “los principios de la reciprocidad de las prestaciones o de la justicia conmutativa y de la buena fe o mutua confianza”, como “ingredientes normativos de imputación”.

Referencias

- Aguilar, Vladimir (2006): *El Negocio Jurídico*. (Guatemala, Colección de Monografías Hispalense).
- Amaya, Carlos (2016): “El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado”, *Revista Via Iuris*, vol. 20, No. 1: pp. 105-119.
- Aponte, Iriana (2014): “Las fallas de Planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, vol. 11, No. 1: pp. 177-207.
- Arnau, Federico (2009): *Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y contratos*. (Valencia, Publicaciones de la Universitat Jaume I).
- Benavides, José (2002): *El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. (Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia).

- Bercaitz, Miguel (1980). *Teoría general de los contratos administrativos*. (Buenos Aires, Depalma, segunda edición).
- Blanquer, David (2013): *Los contratos del sector público*. (Valencia, Tirant Lo Blanch, primera edición).
- Botero, Enrique (2016): *De las prerrogativas del Estado en el marco de la contratación estatal. Herramientas para el correcto ejercicio de la función pública en la contratación estatal*. (Bogotá D.C., Auditoría General de la República de Colombia).
- Brewer, Allan (2011): “Sobre los contratos del Estado en Venezuela”. *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo*, No. 6: pp. 207-252.
- Brewer, Allan (1995): *Contratos administrativos Vol. I*. (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana).
- Brunswick, Philippe (2016): “Le devoir de loyauté, une norme générale de comportement oubliée puis retrouvée?” *Cahiers de droit de l’entreprise*, vol. 1: pp. 17-48. Paris. Nexis Lexis.
- Camacho, Sandra (2005): *Derechos de las Nuevas Tecnologías. Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*. (Madrid, Editorial Reus).
- Canal, Manuela (2016): “La aplicación del principio del equilibrio económico a contratos estatales sometidos al régimen normativo del derecho privado”. *Revista digital de Derecho Administrativo*, vol. 15, No. 1: pp. 143-161.
- Cassagne, Juan (2006): *El contrato administrativo*. (Buenos Aires, Lexis Nexis, segunda edición).
- Coderch, Pablo y Fernández, Antonio (2006): “Causalidad y Responsabilidad”. *Revista para el análisis del derecho*, vol. 3, No 1: pp. 1–25).
- Delgadillo, Luis y Lucero, Manuel (1994): *Compendio de derecho administrativo, primer curso*. (México, Porrúa).
- Delpiazzo, Carlos (1999): *Contratación administrativa*. (Montevideo, Universidad de Montevideo).
- Dromi, Roberto (1995): *Licitación Pública*. (Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina).
- Escola, Héctor (1977): *Tratado integral de los contratos administrativos*. (Buenos Aires, Depalma).

- Fernández, Jorge (2016): El contrato administrativo, en *Derecho administrativo*. (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM), pp. 161-198.
- Garrido, Fernando (1992): *Tratado de derecho administrativo Vol. II*. (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- Garrido, Isabel (2011): “Lo que queda del principio clásico Pacta Sunt Servanda”. *Derecho y Cambio Social*, vol. 8, No. 2: pp. 1-8.
- Gorbaneff, Yuri y Cabarcas, Gina (2009): “Equilibrio económico y la contratación pública en Colombia”. *Revista de Derecho*, vol. 31, No. 1: pp. 67-91.
- Hinestrosa, Fernando (2001): “El Principio *Pacta Sunt Servanda* y la Estipulación de Intereses”. *Con-texto*, No. 12: pp. 32-38.
- Hitscherich, Jorge (2005): *Elementos del contrato estatal*. (Bogotá D.C., Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano).
- Keines, Maynard (2010): *The end of laissez-faire. In Essays in persuasion*. (London, Palgrave Macmillan).
- Lehmann, Heinrich (2005): *El Negocio Jurídico*. (Bogotá D. C., Leyer).
- Long, Marceau. Weil, Prosper. Braibant, Guy. Devolve, P. y Genevois, B. (2000): *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. (Bogotá D.C., Librería El Profesional, primera edición en español).
- Marienhoff, Miguel (1994): *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Contratos de la Administración Pública teorías generales y de los contratos en particular*. (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- Martínez, Santiago (2005): “Teoría relacional de los contratos: una visión alternativa del derecho de contratos”. *Revista de Derecho Privado*, No. 35: pp. 203-229.
- Mier, Patricia (2010): “Los riesgos, su identificación, asignación y amortización en los contratos del Estado”. *Revista de Ingeniería*, No. 32: pp. 95-107.
- Ospina, Andrés (2014): “Separación de Poderes y Derecho Administrativo: en la búsqueda de la partícula de Dios”, en: Ospina Andrés y montaña Alberto (edit), *La Constitucionalización del Derecho Administrativo. XV jornadas internacionales de Derecho Administrativo*. (Bogotá D. C. Universidad Externado de Colombia) pp. 119–142.

- Ospina, Guillermo y Ospina, Eduardo (1998): *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. (Bogotá D. C., Temis, quinta edición).
- Parejo, Luciano (2012): *Lecciones de Derecho Administrativo*. (Valencia, Tirant lo Blanch, quinta edición).
- Patiño, Jorge (2008): “Presunciones en contratación estatal”. *Revista Principia iuris*, No. 9: pp. 47-67.
- Picod, Yves (1989): *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*. (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence).
- Rabotnikof, Nora (1993): “Lo público y sus problemas: notas para una reconsideración”. *Revista Internacional de Filosofía Política*, No. 2: pp. 75-98.
- regueira, Alonso; Cardaci, Ariel; Cormick, Martín; diana, Nicolás; dubinski, Guido y kodelia, Gonzálo (2017): *Contratos de la administración. Teoría y práctica*. (Buenos Aires, Diamantes en Almíbar).
- Rico, Luis (2012): *Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal*. (Bogotá D. C., Leyer, séptima edición).
- Saavedra, Ramiro (2008): *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*. (Bogotá D. C., Ibáñez).
- López, José (1976): “Sobre la aporía de la equivalencia contractual”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*. (Madrid, Tecnos), pp. 129-146.
- Santofimio, Jaime (2009). “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 1, pp. 1-57.
- Schiller, Alexandra (2006): “El derecho colectivo: “moralidad administrativa” en la contratación estatal. Fortalecimiento de los principios del derecho administrativo”. *Revista Estudios Sociojurídicos*, vol. 8, No. 2: pp. 171-205.
- Schmidt–Assmann, Eberthard (2003): *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. (Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública).
- Shimabukuro, T. N. R. (2015): “El Principio de mutabilidad o flexibilidad en la modificación del contrato de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura suscrito en el marco jurídico de asociaciones público–privadas. *Revista Derecho & Sociedad*, No. 45: pp. 15-34.

Villar, José (1982): *Principios de Derecho Administrativo. Tomo III. Contratación Administrativa*. (Madrid, Universidad Complutense de Madrid).

Zagrebelsky, Gustavo (1996): *La crucifixión y la democracia*. (Barcelona, Ariel).

Normas citadas

Constitución Política de Colombia (20/06/1991).

Colombia: Ley 80 (30/10/1993), Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Jurisprudencia citada

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 27 de enero de 2016. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. (Expediente Número 49847).

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 24 de julio de 2013. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. (Expediente Número 25642).

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. (Expediente Número 18080).

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 07 de marzo de 2011. Consejera Ponente: Olga Melina Valle de la Hoz. (Expediente Número 20683).

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 31 de enero de 2011. Consejera Ponente: Olga Melina Valle de la Hoz. (Expediente Número 17767).

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 13 de agosto de 2009. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. (Expediente Número 1952).

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 12 de diciembre de 2006. Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo (Expediente Número 1792).

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. (Expediente Número 30832).

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 26 de abril de 2006. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. (Expediente Número: 15188).

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. (Expediente Número 15119).

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 29 de mayo de 2003. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. (Expediente Número 14577).

Colombia: Corte Constitucional. Sentencia del 11 de 2013. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia C-934).

Colombia: Corte Constitucional. Sentencia del 25 de abril de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia C-300.

Colombia: Corte Constitucional. Sentencia del 15 de octubre de 2009. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia T-733.

Colombia: Corte Constitucional. Sentencia del 08 de noviembre de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia C-932.

Colombia: Corte Constitucional. Sentencia del 23 de mayo de 2003. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia T-423.

Colombia: Corte Constitucional. Sentencia del 22 de agosto de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Sentencia C-892.

Colombia: Corte Constitucional. Sentencia del 07 de octubre de 1998. Magistrados Ponentes: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz. Sentencia C-563.

Colombia: Corte Constitucional. Sentencia del 24 de agosto de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Sentencia T-338.

Colombia: Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de agosto de 2011. Magistrado Ponente: William Namen Vargas. (Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01).



Universidad
Politécnica
de Nicaragua
siendo e la comunidad

Reseña