

Derecho de la responsabilidad

La responsabilidad contractual del Estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?

AIDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA

SUMARIO: Premisa.- I. Los elementos determinantes de la responsabilidad contractual.- II. El equilibrio financiero del contrato estatal.- III. La teoría de la imprevisión.- IV. El *ius variandi*.- V. El hecho del príncipe.- VI. El incumplimiento de la entidad.- VII. El derecho del contratista a ser indemnizado por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación legal de reparar el equilibrio financiero del contrato.- VIII. El enriquecimiento sin causa y la indemnización del contratista.- IX. Conclusiones.- X. Cuadros ilustrativos.

I. PREMISA

El Estado no es responsable por los daños que padece el contratista, cuando estos provienen de actos o hechos que son extraños a sus acciones u omisiones. Así, la entidad pública contratante no está obligada a indemnizar todos los perjuicios que padece el contratista cuando se produce el desequilibrio financiero del contrato estatal a consecuencia del *ius variandi* y de la teoría de la imprevisión, por dos razones: i) porque no se configuran los elementos constitutivos de la responsabilidad estatal, y ii) porque la ley no establece esa obligación. En los mismos eventos tampoco se dan los supuestos para aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa y esta, de todas formas, no conduce a la pretendida obligación indemnizatoria.

De esta forma, entonces, la obligación de indemnizar plenamente al contratista surge, además del evento claro del incumplimiento de las prestaciones contractuales, por el desequilibrio financiero que se produce en los supuestos definidos en la conocida teoría del hecho del príncipe, por el incumplimiento de la obligación contractual de tipo legal de reparar el aleas económico del

contrato –cuando el rompimiento deviene de acciones u omisiones de la entidad contratante– y por el ejercicio irregular de los poderes exorbitantes.

II. LOS ELEMENTOS DETERMINANTES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

De conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Política, la responsabilidad del Estado se configura cuando se produce un daño anti-jurídico imputable a su acción u omisión¹. Es por lo anterior que, si el contratista padece una lesión a su derecho de crédito por actos o hechos que no le son imputables al Estado, no surge la responsabilidad contractual de este último.

El primer elemento determinante de la responsabilidad, el daño, se concreta en el ámbito contractual con la lesión del derecho de crédito del contratista, derecho determinable mediante el análisis de las prestaciones contractuales pactadas, en el entendido de que solo es un daño indemnizable el que no se derive de la concreción de un riesgo asumido por él².

En efecto, de conformidad con el principio tradicional de riesgo y ventura, propio de los contratos, el contratista debe soportar su aleas normal, es decir, las mayores ganancias sobre las previstas y también las posibles pérdidas, todo lo cual guarda consonancia con las premisas del *pacta sunt servanda*, de la *lex contractus*, y del *precio nominalista cierto*.

El segundo elemento, imputación, consiste en la atribución jurídica del daño al Estado, mediante la aplicación de un título o fundamento de imputación. Al efecto resulta necesario demostrar que el daño del contratista tuvo por causa la obligación incumplida por la entidad (responsabilidad subjetiva) o una actuación legítima de esta determinante del rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas (responsabilidad objetiva).

III. EL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL

El equilibrio financiero del contrato estatal es la proporcionalidad o correspondencia existente entre las obligaciones y facultades de cada una de las

1 En la Sentencia C-333, proferida el 1 de agosto de 1996, la Corte Constitucional acogió la doctrina expuesta por el Consejo de Estado y afirmó que el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende no solo la responsabilidad extracontractual "sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual".

2 En este sentido se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado en la Sentencia 14043 del 23 de febrero de 2004.

partes del contrato conmutativo³, que surge a la fecha de su celebración⁴ y que está concebido para orientar las relaciones de las partes, durante toda la vigencia de un contrato⁵ de tracto sucesivo o sometido a plazo o condición.

En aplicación de lo anterior, legislativa⁶ y jurisprudencialmente,⁷ se consagró la obligación⁸ de reparar la ecuación financiera del contrato, alterada por actos o hechos que no le son imputables a las partes, que son imprevisibles y que ocurren con posterioridad a la celebración del mismo.

La jurisprudencia, con apoyo en la doctrina, ha identificado tres eventos de desequilibrio financiero del contrato: i) el acto particular de la administración en ejercicio de su potestad de dirección y control *–ius variandi–*, ii) el hecho del príncipe, y iii) el acto o hecho sobreviniente y exógeno a las partes del contrato *–imprevisión–*⁹.

Se procede al breve análisis de cada uno de los precitados eventos, con el objeto de señalar que solo en uno de ellos, el hecho del príncipe, concurren los elementos determinantes de la responsabilidad contractual del Estado y por ende, la obligación de indemnizar plenamente todos los perjuicios padecidos por el contratista.

- 3 La Ley 80 de 1993, artículo 28, expresamente consagra el equilibrio entre las prestaciones como un rasgo que caracteriza a los contratos conmutativos.
- 4 La Ley 80 de 1993 expresamente dispone que la correspondencia puede también definirse al momento de la presentación de la propuesta, cuando el contrato estuvo precedido de licitación o concurso de méritos (art. 4, num. 8 y 27).
- 5 M. S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III B, 3.^a ed., 1983, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- 6 En las primeras regulaciones normativas, contenidas en la Ley 4.^a de 1964, Ley 36 de 1966, Decreto 1670 de 1975 y Decreto 150 de 1976, se previó el sistema de reajuste de precios para conservar el valor intrínseco de los ítems propuestos. El Decreto Ley 222 de 1983 no reguló ampliamente el tema pero de sus artículos 19 y 20, que establecen los poderes de terminación y modificación unilateral de los contratos, se deduce el derecho del contratista a que se conserve la ecuación económica del contrato. Finalmente la Ley 80 de 1993, consagró expresamente la garantía de la conservación del equilibrio financiero del contrato y señaló algunas de las consecuencias derivadas de su rompimiento (ver arts. 4, 5, 14 -17 y 27).
- 7 A manera de ejemplo cabe citar las sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 27 de septiembre de 1979, expediente 2742; el 18 de abril de 1989, expediente 5426; el 26 de marzo de 1992, expediente 6353; el 12 de marzo de 1992, expediente 6759, el 19 de septiembre de 1994, proceso 8182 y el 16 de marzo de 1995, expediente 9863, entre otras.
- 8 Aunque la Ley 80 de 1993 estableció, a favor de las dos partes del contrato, el derecho a que la ecuación financiera se conserve durante toda su ejecución, este trabajo no aborda el estudio de la situación que se presenta cuando el perjudicado con el desequilibrio es la entidad pública contratante.
- 9 A este respecto pueden consultarse las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferidas el 9 de mayo de 1996, expediente 10151; 29 de abril de 1999 expediente 14855 y 21 de junio de 1999, expediente 14943.

Lo expuesto no significa, claro está, que el contratista carezca de reconocimiento cuando otro evento altere la economía del contrato, pues la aplicación de la teoría de la imprevisión o del *ius variandi*, determina la obligación de reparar la ecuación económica del contrato mediante el pago de lo necesario para reequilibrarlo, sin que ello se traduzca en una indemnización plena a favor del contratista, toda vez que esta obligación está limitada por precisos factores, como pasa a demostrarse.

IV. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

La teoría de la imprevisión se presenta cuando actos o hechos extraordinarios y ajenos a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato, alteran su equilibrio económico en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución¹⁰, pero haciéndolo más oneroso¹¹.

En Colombia esta teoría comprende también los eventos relativos a las sujeciones materiales imprevistas, que se particularizan cuando la dificultad sobreviviente e imprevisible deriva de fenómenos naturales, de un hecho físico propio del terreno, del clima o de la geografía.

La teoría de la imprevisión se aplica entonces, frente a la situación que padece el contratista afectado por un acto o un hecho extraño e imprevisible, que entorpece gravemente la ejecución del contrato y lo conduce a asumir los sobrecostos necesarios para superar las dificultades y cumplir las prestaciones a su cargo.

He aquí el fundamento de la teoría de la imprevisión: evitar que el contrato se paralice y se posponga la satisfacción del interés público, que pende de la realización del objeto contratado. La teoría de la imprevisión evita que el contratista detenga la ejecución del contrato, en perjuicio de los intereses comunes que orientan la contratación estatal.

No resulta procedente entonces, aplicar esta teoría frente a alteraciones propias del contrato, pues todo contratista debe asumir cierto grado de riesgo, como lo enseña RIVERÓ, cuando explica que el acto o hecho imprevisible debe producir

10 La imposibilidad absoluta y definitiva de ejecutar el contrato, que no está comprendida dentro de la teoría de la imprevisión, constituye la irresistibilidad respecto del cumplimiento de las obligaciones contractuales, que es propia de la fuerza mayor y excluye la responsabilidad de las partes.

11 Al respecto resulta ilustrativo lo expuesto por J. BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, 9.^a ed., Buenos Aires, 1997, p. 148.

un trastorno en las condiciones de ejecución del contrato [sin que pueda entenderse por tal únicamente] la desaparición del beneficio del cocontratante, la existencia de un déficit [...] hace falta que la gravedad y la persistencia del déficit excedan lo que el cocontratante haya podido y debido razonablemente prever¹².

En igual sentido, G. JEZE, advierte que

la ganancia que falta, la falta de ganancia, el *lucrum cessans*, nunca se toma en consideración. Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida. Por tanto lo que se deja de ganar no es nunca un *alea extraordinario*; es siempre un *alea normal* que debe permanecer a cargo del contratante¹³.

En consonancia con lo expuesto por la doctrina, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que la teoría de la imprevisión está condicionada a que el contratista padezca un grave detrimento patrimonial, que define mediante la comparación de la disminución económica con los elementos que integran el valor del contrato, dentro de los cuales destaca el rubro correspondiente a imprevistos y utilidad:

En nuestro régimen de contratación estatal, nada se tiene previsto sobre la partida para gastos imprevistos y la jurisprudencia se ha limitado a reconocer el porcentaje que se conoce como A. I. U. –administración, imprevistos y utilidades– como factor en el que se incluye ese valor, sobre todo, cuando el juez del contrato debe calcular la utilidad del contratista, a efecto de indemnizar los perjuicios reclamados por éste. Existe sí una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida, ya que, usualmente, no hace parte del régimen de sus obligaciones contractuales rendir cuentas sobre ella.

Esto significa que desde la celebración del contrato, al incluirse en el precio una partida que se dirigirá a cubrir los posibles gastos imprevistos que puede enfrentar el contratista, sabe que hay unos riesgos que pueden afectar su utilidad.

[...] la Sala considera que en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje para imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida, ésta resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato.

12 J. RIVERÓ, *Derecho administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, p. 142.

13 J. GASTÓN, *Principios generales del derecho administrativo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1950; t. v, pp. 51-52.

Debe pues el contratista soportar un alea normal y si éste es anormal habrá de demostrarlo¹⁴; no basta simplemente afirmarlo y para ello deberá asumir la carga de la prueba consistente fundamentalmente en acreditar los riesgos que se hicieron efectivos y los sobrecostos asumidos y cuantificarlos frente al valor del contrato, incluidas las sumas que haya presupuestado en el factor imprevistos; es decir, demostrar la realidad económica del contrato que deba conducir a la entidad pública contratante a asumir el deber de restablecer el equilibrio financiero¹⁵.

Se advierte igualmente que no es dable aplicar la teoría de la imprevisión cuando el desequilibrio tuvo por causa un acto proferido por la entidad contratante, pues esta es una de las condiciones que diferencian esta figura del hecho del príncipe, en la que el daño resulta imputable a la entidad.

La imprevisibilidad¹⁶ del hecho o acto, también es una condición esencial de la teoría, pues si el suceso era razonablemente predecible, las partes debieron regular sus efectos en el contrato y de no hacerlo, deben asumir las consecuencias de su propia negligencia, toda vez que a nadie le es dable alegar su culpa en beneficio propio.

Cuando se demuestra la ocurrencia de un hecho o acto imprevisible, posterior a la celebración del contrato, que determina la alteración anormal y grave de su economía, nace el deber legal de reparar la ecuación financiera del contrato mediante la compensación de los sobrecostos que asumió el contratista para cumplir con las prestaciones a su cargo.

No surge para el Estado la obligación de indemnizar plenamente al contratista, porque no se configura su responsabilidad, toda vez que no hay un título para imputarle jurídicamente los daños puesto que provienen de actos o hechos que son extraños a su proceder.

14 Como quiera que el punto crítico es deslindar el terreno de lo normal y de lo anormal, MARIENHOFF, cit., 524, señala: "alea 'extraordinaria o anormal' es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato. Las variaciones de precios que provengan de fluctuaciones económicas corrientes, constituyen aleas ordinarios; en cambio, pueden constituir anormales o extraordinarios cuando provengan de acontecimientos anormales, excepcionales y que, por tanto, no pudieron entrar en las previsiones de las partes en el momento de contratar. Como ejemplo de estos últimos pueden mencionarse las guerras, las depreciaciones monetarias, las crisis económicas, etc.

15 Sentencia proferida el 29 de mayo de 2003, exp. 14577; C. P. RICARDO HOYOS DUQUE.

16 Lo previsible según la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, es lo que sucede en el curso ordinario de la vida (sentencia del 31 de mayo 1965, G. J. CXI-CXII, p. 126), o las "[...]circunstancias normales de la vida" (sentencias del 13 de noviembre de 1962 y del 20 de noviembre de 1989), o el suceso que no sea "[...] lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él" (sentencias del 5 de julio de 1935 y del 7 de octubre de 1993).

Imputar es atribuir a un sujeto la realización de una acción u omisión y frente a los actos o hecho imprevisibles no hay ligamen, no hay relación jurídica u objetiva que permita vincular el daño a la acción u omisión del Estado contratante.

Si bien es cierto que no resulta necesario demostrar culpa o dolo en la actuación de la entidad contratante, toda vez que estos elementos subjetivos no son los determinantes de la responsabilidad de la Administración, es preciso demostrar que el daño del contratista tuvo por causa una acción u omisión imputable a la entidad. Y es aquí donde está carente de sustento la tesis que propende por obligar al Estado a indemnizar todos los perjuicios del contratista, pues la Ley 80 de 1993 no lo obliga a asumir todos los inconvenientes y riesgos anormales del contrato estatal.

Es por ello que tampoco resulta viable afirmar que la obligación indemnizatoria del Estado surge de la ley, porque el legislador, al regular el tema, dispuso la reparación de la ecuación financiera del contrato mediante el pago de lo necesario para que el contratista logre *un punto de no pérdida*.

Varios doctrinantes consideran que de la imprevisión no se deriva una obligación indemnizatoria; para ESCOLA en la teoría de la imprevisión, "no importa el derecho del cocontratante a una compensación completa, integral, sino a la que sea necesario otorgarle a fin de asegurar la ejecución del contrato y en la medida en que lo sea"¹⁷. RIVERÓ afirma: "esta indemnización no es nunca igual a la totalidad de las pérdidas sufridas, o carga extracontractual". Según GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, la doctrina de la imprevisión

no se traduce, pues, en una compensación integral de los perjuicios sufridos por el concesionario a lo largo de su gestión [...] La teoría de la imprevisión no está concebida como una garantía de beneficio del concesionario, ni como seguro que cubra las posibles pérdidas a que pueda dar lugar normalmente la explotación del servicio en circunstancias normales¹⁸.

Para JEZE

La teoría de la imprevisión tiene por finalidad hacer participar a la Administración, en cierta medida y temporariamente, en las pérdidas experimentadas por el contratante. No tiende a reparar un daño. Nunca conduce a mantener el beneficio del contratante, ni aún a preservarlo de cualquier pérdida¹⁹.

17 H. J. ESCOLA, ob. cit.

18 E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1983, 4.^a ed., t. I, p. 741.

19 J. GASTÓN. cit., p. 38.

Otra parte de la doctrina considera que la obligación que surge con la aplicación de la teoría de la imprevisión es la de indemnizar los perjuicios derivados del suceso. Así lo considera SAYAGUÉS LASO al señalar que al contratista le asiste el derecho a "lograr las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones originarias"²⁰.

El Consejo de Estado, en una primera etapa, acogió la tesis según la cual el contratista tenía derecho a que la Administración le compensara los sobrecostos en que incurrió para superar los efectos de lo imprevisible. Así en sentencia proferida el 27 de septiembre de 1979, expediente 2742, afirmó que el contratista tiene derecho a los reajustes y compensaciones necesarios para restaurar el equilibrio financiero original del contrato, si se ha alterado más allá de los aleas normales de todo negocio, sin que ello signifique que la Administración deba asumir todos los riesgos del contrato para convertirse en aseguradora de las ganancias del contratista en todas las circunstancias. "Ello solo ocurre en el contrato por administración delegada, en la cual la administración asume los riesgos del costo de la obra".

De igual manera, en sentencia de 18 de abril de 1989, expediente 5426, la misma Corporación precisó que, cuando circunstancias extraordinarias e imprevistas entorpecen la obtención de las utilidades del contratista, porque hacen más oneroso el cumplimiento de la obligación, surge el derecho a lograr de la administración una ayuda parcial que equilibre el quebranto económico causado por dichas circunstancias.

En una segunda etapa, iniciada con la sentencia del 9 de mayo de 1996, expediente 10151, el Consejo de Estado se ubicó dentro de la postura que concibe el derecho del contratista a ser indemnizado plenamente cuando se produce un desequilibrio financiero del contrato, por sucesos imprevisibles. Con apoyo en lo dispuesto por la Ley 80 de 1993 y mediante una interpretación especial de lo que significa llevar al contratista al *punto de no pérdida* dijo:

Quiere la Sala precisar el entendimiento que debe dársele al principio del equilibrio financiero del contrato, en el sentido de que, cuando se presente una situación imprevista, el cocontratante adquiere pleno derecho a que se le restablezca la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida. No se trata de que la administración colabore o ayude parcialmente al contratista para que éste pueda soportar el pasivo que la ejecución del contrato le generó, como ha sido el acostumbrado criterio de interpretación cuando el desequilibrio financiero obedece a causas imprevistas para las partes contratantes. De ninguna manera. Considera la Sala, apartándose del criterio ya tradicional en algún sector de la doctrina extranjera, e identificándose con el criterio del legislador colombiano, que el equilibrio económico del contrato comporta para el contratista una

compensación integral, completa, plena y razonable, de todos aquellos mayores costos en los que debió de incurrir para lograr la ejecución del contrato.

En el anterior orden de ideas, se considera que frente a una situación de desequilibrio financiero del contrato, le corresponde a la administración asumir en su totalidad el compromiso de colocar a su colaborador contratista en un punto de no pérdida, y aún más, en una situación económica tal, que sus expectativas de lucro vigentes a la celebración del contrato no se vean menguadas por causas ajenas a su propia voluntad. Por tanto, cuando los factores que generan ese desequilibrio económico del contrato son extraños, ajenos al propio contratista, la única forma de mantener la ecuación financiera consiste en que la administración asuma los costos necesarios para que su cocontratante no solo obtenga el monto de las inversiones realizadas dentro del curso ordinario y aún extraordinario de la ejecución del contrato, sino que además deberá reconocerle y pagarle sus utilidades, lucros, o ganancias, desde luego razonables y ceñidos a las condiciones iniciales de contratación²¹.

En un tercera etapa, hoy vigente, el Consejo de Estado retomó su posición inicial al considerar que el contratista tiene derecho a que la entidad contratante le pague únicamente los sobrecostos asumidos a consecuencia del suceso imprevisible. De esta manera, en sentencia proferida el 11 de septiembre de 2003, al señalar las diferencias existentes entre la imprevisión y la fuerza mayor, dijo:

la fuerza mayor justifica la inejecución del contrato y no determina indemnización o compensación alguna en beneficio de la parte contratante, la cual queda eximida de responsabilidad a pesar de haber incumplido el contrato; en tanto que la teoría de la imprevisión no justifica la inejecución del contrato, se aplica cuando el contrato se ha ejecutado con la alteración de su ecuación económica y da derecho a que el contratista obtenga el restablecimiento mediante la compensación correspondiente[...]

El contratista no puede paralizar la obra cuando no hay hechos constitutivos de fuerza mayor; debe desarrollarla asumiendo las cargas no previstas, en el entendido de que le serán compensadas por la entidad, en los términos expuesto (subrayo).

Posteriormente, en sentencia proferida el 26 de febrero de 2004, expediente 14043, el Consejo de Estado fue más explícito cuando afirmó:

Cuando se demuestra la ocurrencia del hecho imprevisible, posterior a la celebración del contrato, determinante del rompimiento anormal y extraordinario de la economía del contrato, surge el deber de compensar al cocontratante afectado el desmedro sufrido.

21 Esta providencia fue reiterada, entre otras, en sentencias proferidas el 21 de junio de 1999, expediente 14943 y el 29 de abril de 1999, expediente 14855 de 1999, las dos con ponencia de C. P. DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

Dicho en otras palabras, solo nace el deber legal de llevar al contratista a un punto de no pérdida, no surge la obligación de reparar la integridad de los perjuicios (subrayo).

Considero que la Ley 80 de 1993 consagró, para estos eventos, una obligación legal a cargo de la entidad contratante: la de compensar al contratista los sobrecostos asumidos para ejecutar el contrato, alterado económicamente por sucesos imprevisibles.

En efecto, el legislador expresamente estableció el derecho de los contratistas "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 le sean imputables.

Y no es dable considerar que el *punto de no pérdida* consiste en la indemnización integral al contratista o en el reconocimiento y pago de todas las utilidades que proyectó y que se le frustraron a consecuencia de la imprevisión. Pues gramaticalmente "pérdida" consiste en la "Carencia o privación de lo que se poseía"²² y la expectativa de una utilidad proyectada con ocasión de un contrato, no es un bien que forme parte de los activos del contratista.

El punto de no pérdida se verifica cuando existe una correspondencia total entre los costos que demandó la ejecución del contrato y el valor recibido por el mismo concepto. Se logra cuando se mantienen incólumes los recursos propios del contratista, esto es cuando no se menguan por la ejecución del contrato.

La circunstancia de que el inciso 2°, artículo 3 de la Ley 80 de 1993, que regula los fines de la contratación estatal, establezca que el contratista debe tener en cuenta que "además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado", es un "colaborador de las entidades estatales en el logro de sus fines", no comporta la obligación del Estado a ser garante de la *obtención de las utilidades del contratista*. La obligación consiste en garantizar la protección de la obtención de las utilidades del contratista, que no es lo mismo²³.

El Estado está obligado a realizar acciones que propendan por la ejecución normal del contrato y con este propósito el legislador concibió otras medidas para superar su alteración, tales como la actualización o revisión de los precios²⁴, la corrección de estos mecanismos "si fracasan los supuestos o hipótesis

22 *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, 1992, 21.ª ed., p. 115.

23 Mientras este escrito estaba en proceso de publicación fue expedida la Ley 1150 del 16 de julio de 2007 que reformó la Ley 80 de 1993. El artículo 32 de la Ley 1150 derogó expresamente la siguiente expresión del inciso 2° del artículo 3 de la Ley 80: "además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado".

24 Art. 4, num. 3 de la Ley 80 de 1993.

para la ejecución²⁵ o el acuerdo respecto "de mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse", con el objeto de que no "sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista"²⁶.

Cabe igualmente resaltar que el legislador fue cuidadoso al regular las obligaciones contractuales vinculadas con el equilibrio financiero del contrato estatal, al punto de condicionar la adopción de algunas de las precitadas medidas a que la mayor onerosidad provenga de "causas imputables" a las entidades públicas²⁷.

Así también señaló²⁸ que, si la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar se rompe "por causas no imputables a quien resulte afectado las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento". Y a este efecto dispuso la realización de acuerdos y convenios entre las partes que tengan por objeto la cuantía y forma de pago de "gastos adicionales", de "costos financieros" e "intereses si a ello hubiere lugar", de lo cual se evidencia que las utilidades dejadas de percibir por el contratista no son objeto de los mismos y que los conceptos enunciados son verdaderos sobrecostos del contrato.

Corresponde al intérprete definir cuál medida habrá de adoptarse en consideración al tipo de contrato, a la naturaleza del suceso y al impacto de éste en la relación contractual, en el entendido de que se trata de mecanismos excepcionales, concebidos para evitar el fracaso del contrato estatal.

Es por todo lo anterior que considero que el Estado no está obligado legalmente a garantizar al contratista la obtención de todas las utilidades que proyectó al celebrar el contrato, cuando se presentan alteraciones económicas causadas por circunstancias extrañas a su acción u omisión.

En lo que respecta a las sujeciones materiales imprevistas que, como se señaló, se analizan dentro del marco de la teoría de la imprevisión, conviene precisar que no constituyen verdaderos eventos exógenos a la administración contratante, cuando se producen a consecuencia de omisiones en el cumplimiento del principio de planeación o de fallas en los estudios necesarios para el diseño y ejecución de lo contratado, lo cual permite considerarlos dentro del ámbito de la responsabilidad contractual, derivada del incumplimiento de las obligaciones que impone la ley a la entidad contratante.

25 Art. 4, num. 8 de la Ley 80 de 1993.

26 Art. 4, num. 9 de la Ley 80 de 1993.

27 Art. 4, num. 9.

28 Art. 27 de la Ley 80 de 1993.

V. EL *IUS VARIANDI*

El estatuto de contratación estatal, establece precisas facultades de la Administración para dirigir y controlar el contrato estatal, a la vez que consagra derechos a favor del contratista con el objeto de que goce del equilibrio económico del contrato. Así, el artículo 14 de la Ley 80 ordena que:

en los actos administrativos en los 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.

Con ello se demuestra que el *ejercicio de un poder exorbitante* genera derechos al contratista y que estos pueden consistir en compensaciones e indemnizaciones, según su naturaleza.

El ejercicio regular de tales poderes, como el que se presenta cuando la entidad modifica o interpreta en forma unilateral el contrato, no genera una indemnización a favor del contratista, sino el derecho a que se le pague el valor de las prestaciones que efectivamente ejecutó, la mayor cantidad de obra o la obra adicional, toda vez que *no hay daño antijurídico* imputable a la entidad, que permita deducir la existencia de la responsabilidad del Estado.

En efecto, el contratista, al suscribir el contrato, asume la obligación de acatar la modificación unilateral del contrato que se llegara a presentar, siempre que se ajuste al límite del 20 por ciento de su valor, previsto en el artículo 16 del referido estatuto, lo que traduce en una carga que debe soportar, a cambio de que se le pague lo realmente ejecutado.

Se tiene entonces que, si la modificación del contrato determina la ejecución de mayores o menores cantidades de obra o de obras adicionales, la entidad está en el deber de pagar al contratista su valor total, calculado con fundamento en los costos directos y el correspondiente porcentaje de AIU. Y en el evento de que se trate de obras extras, cuyos componentes unitarios no estén calculados en el contrato, habrá de definirse su valor mediante la consulta de las listas de precios oficiales, la verificación de los valores reales del mercado o de los informes técnicos o periciales que lo definan.

Al contratista no le asiste el derecho a una indemnización derivada del mayor o menor tiempo del contrato, de la supresión o adición de prestaciones contractuales, mientras la entidad se ajuste en un todo al tope legal del 20 por ciento, en el entendido de que, si la entidad no acata este límite, el contratista podrá ejercer su derecho a "renunciar a la continuación de la ejecución"²⁹, en cuyo evento deberá pagársele lo ejecutado hasta entonces, la proporción del

29 Inciso 2, art. 16 de la Ley 80.

porcentaje de utilidades de la que se le priva por la terminación anticipada y el reembolso de los costos razonables en que haya incurrido hasta entonces, con miras a la ejecución de todo el contrato.

Sucede también que si el contratista acepta proseguir con el contrato, aún cuando la modificación altere su valor en 20 por ciento o más del valor inicial, tendrá derecho a que se le pague lo realmente ejecutado, sin posibilidad de reclamar indemnización por los trastornos que dicha situación pudiera generarle, toda vez que su consentimiento le impone asumir las cargas derivadas del contrato modificado.

En sentencia proferida el 29 de abril de 1999, expediente 14855, el Consejo de Estado aplicó esta teoría para resolver las pretensiones formuladas por una sociedad particular que reclamó la indemnización de los perjuicios derivados de la construcción de un área adicional que fue ordenada por la entidad contratante, para atender las necesidades que surgieron con posterioridad a la celebración del contrato. En esta oportunidad se condenó a la entidad al pago del valor correspondiente a lo ejecutado en exceso, debidamente indexado y además se le ordenó reparar los perjuicios derivados de la mora en que incurrió, al no reconocer esa suma al contratista al momento de la liquidación del contrato. Se dispuso aquí una indemnización de perjuicios, no por la ejecución de obra adicional, sino por el incumplimiento del deber de pagarla en oportunidad.

Ahora, cuando los daños causados al contratista provienen del ejercicio irregular de los poderes exorbitantes, la entidad es responsable y debe indemnizar plenamente todos los perjuicios derivados de la modificación o interpretación *ilegal* del contrato, ya porque estas decisiones no se hayan justificado en los eventos que prevé la ley, porque no estuviesen precedidas de los trámites impuestos en las normas o porque no se hubiesen sujetado a las limitantes de la ley.

Así lo ha reconocido en abundantes providencias el Consejo de Estado al resolver pretensiones fundadas en la responsabilidad contractual de la entidad contratante, por los perjuicios derivados de un acto proferido con fundamento en una cláusula exorbitante:

La cláusula exorbitante de que se trata, como cualquier otra, comporta la obligación de ser cumplida dentro de los límites impuestos por el principio de la buena fe, según reza el artículo 1603 del Código Civil y como además lo aceptan la doctrina y la jurisprudencia. El ejercicio indebido de la cláusula exorbitante, equivale a no cumplir con la obligación contractual, conducta ésta que genera la correspondiente indemnización de perjuicios según las voces del artículo 1613 del Código Civil. Eso desde el punto de vista meramente comercial de la cláusula. Ya desde el ángulo de la teoría del acto administrativo, es claro que tal actuación se encuentra afectada de nulidad y que implica también el resarcimiento del daño

causado por ese acto administrativo ilegal, siempre y cuando, desde luego, exista prueba suficiente de los perjuicios alegados, indemnización que puede intentarse mediante el restablecimiento del preciso derecho subjetivo conculcado por el acto que se anula³⁰.

Resulta igualmente ilustrativo tener en cuenta que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 15 de mayo de 2005, advirtió las diferencias que se presentan entre los efectos del ejercicio irregular de los poderes exorbitantes y la teoría del *hecho del príncipe*, invocados indistintamente en una demanda, como sustento de la reparación de perjuicios padecidos por un contratista; dijo entonces la Corporación:

No se tuvo en cuenta que el acto de modificación unilateral del contrato es de contenido particular y concreto, en tanto que el acto que hace procedente la aplicación de la teoría del *hecho del príncipe*, debe ser general y abstracto.

Tampoco se consideró que la nulidad del acto de modificación unilateral del contrato, no es constitutiva del desequilibrio financiero del contrato por el *hecho del príncipe*, sino de responsabilidad contractual por el ejercicio irregular de los poderes exorbitantes; aún cuando uno y otro conduzcan a la reparación integral de los daños que pruebe el contratista.

La diferencia radica en que, en el primer supuesto, es indispensable desvirtuar la presunción de legalidad de los actos contractuales, en tanto que, en el segundo resulta necesario probar la existencia de un acto general y abstracto imprevisible para las partes, que incidió indirectamente en el contrato, alterando gravemente su ecuación económica; sin que sea necesario probar que era un acto ilegal³¹.

VI. EL HECHO DEL PRÍNCIPE

Este evento, de conformidad con lo expresado por la Sección Tercera del Consejo de Estado³², se presenta cuando se altera gravemente la ecuación económica del contrato, a consecuencia de la incidencia refleja de un acto general y abstracto que profiere la entidad contratante, en ejercicio de sus funciones públicas.

Dicho acto debe ocasionar un daño personal, cierto y directo al contratista, de tal magnitud que produzca consecuencias distintas a las que padece el resto

30 Sentencia proferida el 14 de octubre de 1999, exp. 11197.

31 Expediente 15326; C. P. ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

32 En Sentencia 14577 del 29 de mayo de 2003 esa Corporación adoptó la teoría estricta, que condiciona la configuración de este evento a que el acto general y abstracto provenga de la entidad que contrata, en contraposición a la teoría lata que acepta su procedencia aunque el acto fue proferido por otro ente público. Comparten la primera teoría, entre otros doctrinantes, J. RIVERÓ, cit., p. 141 y H. J. ESCOLA, cit. pp. 457-458.

de las personas cobijadas por el supuesto fáctico general de la norma; debe tratarse por tanto de un verdadero daño especial, conforme lo afirma el Consejo de Estado³³ con apoyo en la doctrina³⁴ y en la exposición de motivos del estatuto de contratación estatal vigente, según el cual el acto debe consistir en una

verdadera alteración o trastorno en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en ese sentido fue decisiva para el cocontratante, ya que “el aleas normal”, determinante de perjuicios “comunes” u “ordinarios”, aun tratándose de resoluciones o disposiciones generales, queda a cargo exclusivo del cocontratante, quien debe absorber sus consecuencias: tal ocurriría con una resolución de la autoridad pública que únicamente torne algo más oneroso o difícil el cumplimiento de las obligaciones del contrato.

Están presentes, por tanto, los dos elementos determinantes de la responsabilidad del Estado: i) *el daño*, consistente en la alteración grave y anormal de la ecuación económica del contrato, y ii) *la imputación jurídica a la entidad*, en consideración a que el daño especial lo causó un acto general³⁵ y abstracto de la propia contratante.

Sucede entonces que el desequilibrio financiero del contrato, causado por el hecho del príncipe, configura un evento de responsabilidad del Estado, sin falta, y genera a su cargo la obligación de reparar todos los perjuicios causados al contratista.

Respecto del tipo de responsabilidad contractual o extracontractual, consideramos que corresponde al primero de ellos, toda vez que el daño, la lesión del derecho de crédito del contratista, se deduce mediante el análisis comparativo de las prestaciones pactadas a favor del contratista —de acuerdo con el texto contractual y las normas legales pertinentes— y la situación en que aquel quedó a consecuencia de la incidencia del acto general y abstracto proferido por la entidad contratante.

Dicho en otras palabras, como el daño consiste en la lesión del derecho de crédito del contratista, causado con una actuación de la entidad contratante, la responsabilidad es típicamente contractual.

No es dable considerar que esta responsabilidad es extracontractual aduciendo que el daño se causó con una actuación de la entidad en desarrollo de sus poderes administrativos y no en su condición de contratante, pues —se

33 Sentencia 14577 ya referida.

34 M. S. MARIENHOFF, cit., p. 482. y *Gaceta del Congreso* del 23 de septiembre de 1992, p. 15.

35 La norma debe ser general no particular, pues de lo contrario estaríamos en presencia del ejercicio de los poderes exorbitantes con los que cuenta la entidad contratante, particularmente *ius variandi*, y no frente al hecho del príncipe.

reitera— es la fuente y la naturaleza del derecho lesionado, la que tipifica la especie de responsabilidad.

Conviene además precisar que si la medida general y abstracta no fue proferida por la misma entidad que contrató, habrá de analizarse la ocurrencia de otro evento de desequilibrio, *la imprevisión*, en el entendido de que está dado uno de sus elementos: un acto extraordinario, exógeno a las partes³⁶.

VII. EL INCUMPLIMIENTO DE LA ENTIDAD

Si bien es cierto que la Ley 80 de 1993, al regular la figura del rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, incorporó el incumplimiento como factor determinante del mismo (art. 5, num. 1), tal disposición debe interpretarse dentro del contexto de la responsabilidad contractual del Estado, toda vez que el incumplimiento es el elemento en el que se funda la misma, sin que haya lugar a considerar que ahora, por lo dispuesto en la Ley 80, el incumplimiento solo sea determinante de la obligación de reparar el aleas económico del contrato³⁷.

El incumplimiento es determinante de la responsabilidad contractual del deudor, independientemente de la forma como se produzca el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, de manera que, una vez que se demuestre aquel y se prueben los perjuicios materiales e inmateriales derivados del mismo, resulta procedente declarar la responsabilidad contractual de la entidad incumplida y disponer la reparación integral de todos los perjuicios padecidos por el contratista.

Así lo precisó el Consejo de Estado en sentencia proferida el 14 de abril de 2005, expediente 28616, al señalar los elementos diferenciales y comunes existentes entre la teoría del equilibrio financiero del contrato estatal y la responsabilidad contractual del Estado:

cabe resaltar que la misma ley incorporó el incumplimiento del contrato, como un evento de desequilibrio financiero del mismo que, de producirse, obliga a res-tablecer la ecuación ‘surgida al momento del contrato’ (inciso 2, num. 1, art. 5 Ley 80 de 1993), cuando aquél es uno de los elementos que, junto con la imputación,

36 Compartimos lo manifestado al respecto por DROMI: “En el supuesto en que el acto lesivo a los derechos del contratista, provenga de una autoridad pública de una esfera de competencia de la que celebró el contrato, v. gr., un contrato celebrado por una provincia que se vea alterado por resoluciones emitidas por la autoridad nacional, estaremos en presencia de la imprevisión, por ser el acto lesivo ajeno o extraño a la autoridad estatal que celebró el contrato, circunstancia que torna aplicable la teoría de la imprevisión” (subrayo). J. R. DROMI, *Derecho administrativo*, Ciudad Argentina, 5.ª ed., Buenos Aires, p. 362.

37 Compartimos lo considerado sobre este punto por el profesor J. L. BENAVIDES, *El contrato estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

configuran la responsabilidad contractual, determinante de la indemnización plena de todos los perjuicios causados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de nuestra Constitución.

VIII. EL DERECHO DEL CONTRATISTA A SER INDEMNIZADO POR LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE REPARAR EL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO

Merece especial consideración la situación del contratista perjudicado, ya no por hechos o actos imprevisibles o por el ejercicio del *ius variandi*, sino porque la entidad incumplió el deber de reparar el aleas económico del contrato, de conformidad con lo que le impone la Ley 80 de 1993.

La responsabilidad se configura aquí porque están dados los dos elementos a saber: *el daño*, consistente en la lesión del derecho de crédito del contratista y *la imputación jurídica* al ente contratante, porque aquel se produjo a consecuencia de la omisión de la entidad que no cumplió la obligación contractual de carácter legal de compensar al contratista los sobrecostos en que incurrió para continuar con la ejecución del contrato, alterado por hechos o actos imprevisibles, extraños a las partes o la obligación, también legal, de pagar las prestaciones realmente ejecutadas por el contratista a consecuencia del ejercicio del *ius variandi*.

Surge así para el contratista, el derecho a ser indemnizado plenamente, esto es a que se le reconozca la suma correspondiente –según se trate de imprevisión o *ius variandi*– actualizada a la fecha del pago, con los consecuentes intereses moratorios causados desde que la obligación de reparar el aleas se hizo exigible³⁸ y los demás perjuicios³⁹ que padezca⁴⁰.

Al efecto resulta ilustrativo tener en cuenta lo manifestado por el Consejo de Estado al resolver un recurso de anulación en el que se cuestionó el laudo por el indebido tratamiento dado a las pretensiones relacionadas con el desequilibrio financiero del contrato y con la responsabilidad contractual de la entidad:

38 Al efecto cabe tener presente que la Ley 80 de 1993, artículo 5, impone al interesado el deber de solicitar previamente a la Administración, el restablecimiento de la ecuación económica del contrato.

39 En sentencia proferida el 21 de febrero de 2002, exp. 14112, C. P. RICARDO HOYOS DUQUE, la Sección Tercera del Consejo de Estado manifestó que el contratista tiene derecho a que se le indemnicen todos los perjuicios que no resulten reparados con el pago de los intereses de mora, siempre que los demuestre.

40 En reiteradas providencias el Consejo de Estado ha considerado procedente la indemnización de perjuicios morales derivados del incumplimiento del contrato estatal, a manera de ejemplo puede consultarse la sentencia del 8 de febrero de 2001, exp. 12848; C. P. MARÍA ELENA GIRALDO.

Y si bien es cierto que el desequilibrio financiero del contrato y la responsabilidad contractual, son instituciones distintas en su configuración y en sus efectos, cabe precisar que ambas tienen puntos de convergencia, como la que se presenta en aplicación de la teoría del hecho del príncipe⁴¹, que, al ser concebida por esta Sección en forma estricta⁴², conduce a la comprobación de los elementos típicos de una responsabilidad objetiva, por la presencia de un daño antijurídico –la alteración de la ecuación económica del contrato– imputable a la acción legítima del Estado contratante, que emite un acto general y abstracto.

Se encuentra también que, el incumplimiento de la obligación de conservar y/o restablecer la ecuación financiera del contrato, nos ubica en el plano de la responsabilidad contractual, toda vez que comporta la presencia de sus dos elementos: el daño antijurídico –violación del derecho de crédito del contratista– imputable a omisiones del Estado, –por el incumplimiento de las obligaciones contractuales–⁴³.

IX. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y LA INDEMNIZACIÓN DEL CONTRATISTA

La Sección Tercera⁴⁴ ha invocado la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin justa causa, para definir litigios relacionados con los perjuicios que soporta el contratista cuando ejecuta prestaciones que, no obstante haber sido aceptadas por la entidad, no han sido pagadas por esta con fundamento en que el contrato estatal no se ha perfeccionado o no es ejecutable.

Al respecto conviene precisar que esta situación debe resolverse, en primer lugar, mediante la verificación de la fuente de las obligaciones que está en juego, en el entendido de que solo ha de acudir al enriquecimiento sin causa cuando se presente un empobrecimiento del particular, correlativo al enriquecimiento de la entidad, que no se justifique en otra de las fuentes de las obligaciones. En segundo lugar deben analizarse los hechos que precedieron esta situación, porque si se concluye que los perjuicios del particular tienen por causa su propia negligencia, sería improcedente imputar el daño a la entidad estatal toda vez que ambos sujetos están sometidos a la carga de legalidad y ello les impide ejecutar prestaciones sin que el contrato se haya perfeccionado o sin que se hayan cumplido las condiciones para su ejecución. En tercer lugar el daño será imputable a la entidad estatal y determinará la consecuente obligación

41 Sentencia proferida el 29 de mayo de 2003, exp. 14577; C. P. RICARDO HOYOS DUQUE.

42 Esta concepción exige para su ocurrencia, que el acto general y abstracto que altera la ecuación económica del contrato sea expedido por el mismo ente contratante. La teoría lata, por su parte, permite configurar el hecho del príncipe, aún cuando el acto provenga de un ente público distinto del contratante.

43 Sentencia del 14 de abril de 2005, exp. 28.616; C. P. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

44 Al efecto cabe consultar sentencia 12775 del 6 de abril de 2000, C. P. RICARDO HOYOS DUQUE.

indemnizatoria a su cargo, siempre que se acredite que deriva de la acción de la entidad, que requirió al sujeto para que ejecutara las prestaciones, invocando, convincentemente la legitimidad de su actuación. Este evento le corresponde a uno de responsabilidad extracontractual del Estado si el contrato no se había perfeccionado, o contractual si el contrato existía pero su ejecución estaba suspendida en los términos del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

Conviene tener en cuenta que los supuestos del *enriquecimiento sin justa causa* son de difícil ocurrencia en estos casos, porque el daño siempre derivará de la negligencia del particular o de la falla de la Administración, porque no sometieron su comportamiento a los postulados del Estatuto Contractual que excluye la ejecución de prestaciones sin contrato o suspende sus efectos hasta que se cumplan los requisitos dispuestos al efecto.

Se precisa igualmente que los efectos de la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa difieren de los que derivan de la responsabilidad patrimonial del Estado, fundamentalmente porque en aquella el particular solo tiene derecho a que se le pague lo necesario para salvar el empobrecimiento, en tanto que la responsabilidad produce la obligación de indemnizar plenamente⁴⁵ todos los perjuicios imputables a la falla de la entidad.

X. CONCLUSIONES

- 1) La obligación de indemnizar plenamente al contratista por la alteración grave de la ecuación financiera del contrato, ocurrida por eventos exógenos a las partes, no tiene sustento jurídico, pues i) no se configura la responsabilidad del Estado, por la ausencia del elemento *imputación jurídica* del daño; ii) no se trata de una obligación de fuente legal, pues la Ley 80 de 1993 no dispuso la indemnización plena a favor del contratista, sino la de cubrir los sobrecostos para llevarlo a un punto de no pérdida, y iii) no resulta aplicable la teoría del enriquecimiento sin justa causa, dado que no hay vinculación entre el empobrecimiento del contratista y el patrimonio del Estado porque este no resulta enriquecido y porque, de ser aplicable, no conduciría a la indemnización plena, sino también a la compensación de lo perdido.
- 2) La utilización de medidas justificadas en el desequilibrio financiero del contrato estatal se ha generalizado a tal punto que ha producido situaciones injustas y desproporcionadas para el Estado, que resultan contrarias los principios que rigen el contrato estatal. Esta situación es aún más preocupante si se tiene en cuenta que se ha menguado el rigor para definir lo

45 Sobre las inconsistencias de la jurisprudencia del Consejo de Estado en el tratamiento del enriquecimiento sin causa, ulta indispensable consultar la obra de J. L. BENAVIDES, ya reseñada en la nota 37.

imprevisible y bajo esta figura se aceptan, sin mayor análisis, eventos como la inflación –que es una constante en los países en vía de desarrollo como el nuestro– o como la variación de condiciones climáticas, que son comunes a los países de la franja ecuatorial.

- 3) Lo conveniente sería i) definir legislativamente los supuestos que configuran el desequilibrio financiero del contrato estatal, particularmente los que están vinculados con actos o hechos extraños al proceder del Estado; ii) delimitar el concepto relativo a la alteración grave de la ecuación económica del contrato, para señalar que el contratista no tiene asegurada la obtención de las utilidades que proyectó en todos los eventos, y iii) regular claramente los efectos que su ocurrencia genera para cada una de las partes del contrato, mediante disposiciones relativas a la asunción de los riesgos anormales⁴⁶.

XI. CUADROS ILUSTRATIVOS

Desequilibrio financiero del contrato estatal

	Hecho del príncipe	<i>Ius variandi</i>	Teoría de la imprevisión
Condiciones	Acto general, abstracto e imprevisible de la entidad contratante.	Acto particular y concreto de la entidad contratante.	Hecho o acto imprevisible, exógeno a las partes.
	Tiene incidencia indirecta o refleja en el contrato.	Modifica unilateralmente el contrato.	
	Altera gravemente la ecuación económica del contrato.	Altera las prestaciones pactadas.	Altera gravemente la ecuación económica del contrato.
Efectos	Responsabilidad contractual objetiva.	Obligación legal de restablecer el equilibrio financiero del contrato.	Obligación legal de restablecer el equilibrio financiero del contrato
Derecho del contratista	Indemnización integral de los daños	Pago de costos directos, indirectos, imprevistos y utilidad.	Pago de los costos hasta punto de no pérdida.

Diferencias entre el desequilibrio financiero y la responsabilidad contractual

	Desequilibrio financiero del contrato	Responsabilidad contractual (daño más imputación jurídica)
Eventos	<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Ius variandi</i> 2. Teoría de la imprevisión. 3. Hecho del príncipe. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Incumplimiento de prestaciones definidas en el contrato. 2. Incumplimiento de prestaciones legales: <ol style="list-style-type: none"> 2.1. De restablecer el equilibrio financiero del contrato (no pagar costos directos más AIU en <i>ius variandi</i> o no pagar costos en imprevisión). 2.2. De ejercitar regularmente los poderes exorbitantes. 3. Actuación legítima de la Administración que causa un daño especial al contratista (hecho del príncipe)
Efectos	<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Ius variandi</i>: costos directos más AIU. 2. Imprevisión: sobrecostos. 3. Hecho del príncipe: indemnización integral. 	Indemnización integral del daño.

46 El Gobierno nacional radicó, ante el Senado, el proyecto de ley n.º 20 de 2005, que contiene un artículo en el que se intenta regular la distribución de los riesgos en el contrato estatal, así: "Los pliegos de condiciones o términos de referencia deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. En las licitaciones públicas los pliegos de condiciones o términos de referencia, las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes, la entidad y el interventor del futuro contrato, de haber sido contratado, revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva" (art. 4).

