

TEORIA DE LA IMPREVISION EN CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO. -
Es admisible cuando la ecuación financiera del contrato de tracto sucesivo o ejecución diferida sufre enorme alteración por hechos sobrevinientes a la ejecución y que no eran previsibles en el momento de la celebración.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: JORGE VALENCIA ARANGO

Bogotá, D. E., veinte (20) de septiembre de mil novecientos setenta y nueve (1979)

Radicación número: 2742

Actor: FRANCIA ALEGRÍA DE JACOBUS

Demandado:

Ref. Consulta.

Por vía de consulta ha llegado a esta Corporación, la sentencia de mayo 23 de 1979, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, dentro del proceso de plena jurisdicción, de naturaleza contractual, iniciada por la señora *Francia Alegría de Jacobus*, mediante apoderado, según la demanda presentada el 27 de febrero de 1978.

I. La demanda

a) Las peticiones formuladas, son las siguientes:

"1ª. Que se suspenda el contrato administrativo de arrendamiento celebrado entre doña Francia Alegría de Jacobus y la Contraloría del Departamento de Cundinamarca, el día primero (1º.) de noviembre de mil novecientos sesenta y seis (1966).

"2ª. Que se decrete la resolución del contrato administrativo de arrendamiento celebrado entre doña Francia Alegría de Jacobus y la Contraloría del Departamento de Cundinamarca, el día primero (1º.) de noviembre de mil novecientos sesenta y seis (1966).

"Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se decrete el pago de perjuicios a favor de Francia Alegría de Jacobus".

b) Como hechos expuso:

"1º. El día primero (1º.) de noviembre de mil novecientos sesenta y seis (1966), la señora Francia Alegría de Jacobus dio en arriendo a la Contraloría del Departamento de Cundinamarca un inmueble de su propiedad con destino al funcionamiento de las oficinas y depósitos del Archivo General de la Contraloría.

"2º. Ese inmueble está situado en la carrera 24 número 24 - 86.

"3º. En el texto del contrato se dice que su duración es de un (1) año, prorrogable a voluntad de las partes y contado a partir de la firma del mismo.

"4º. Como canon de arrendamiento las partes pactaron la suma de tres mil pesos (\$ 3.000.00) mensuales moneda legal.

"5º. El contrato dice que se le entienden incorporadas las disposiciones del Código Fiscal y demás leyes y reglamentaciones pertinentes,

"6º. El 16 de diciembre de 1977, la contratista solicitó la restitución del inmueble o bien la modificación del contrato.

"7º. Hasta el momento no se ha obtenido ninguna respuesta de la entidad".

Como normas violadas citó: Artículo 1546 del Código Civil; artículos 16 y 48 de la Ordenanza número 41 de 1962 (Código Fiscal de Cundinamarca); y la cláusula segunda del contrato controvertido.

II. La sentencia consultada

Agotado el trámite de la primera instancia, el *a quo* decidió el negocio, así:

"1º. Suspéndese el contrato suscrito entre la Contraloría Departamental y la señora Francia Alegría de Jacobus, en el mes de octubre de 1966 y que comenzó a regir el 1º. de noviembre de ese año.

"2º. La Contraloría Departamental deberá pagar a la actora por concepto de indemnización, en aplicación del principio de la imprevisión, la suma de treinta mil novecientos doce pesos (\$ 30.912.00) moneda corriente, a partir del 17 de diciembre de 1977 hasta el cumplimiento de la sentencia con la entrega del local, descontando en este período las sumas entregadas como canon de arrendamiento.

"3º. La Contraloría deberá pagar a la actora la suma de cuarenta y cinco mil pesos (\$ 45.000.00) por concepto de indemnización o pago de reparaciones locativas o, si prefiere hacerlas por su cuenta, deberá entregarlo en normales

condiciones de utilización. Esta también dentro de los términos señalados por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

Son fundamentos de la anterior decisión:

"El derecho aplicable

"Prescribe el artículo 14 del Código Fiscal de Cundinamarca vigente al momento de suscribirse el contrato:

" 'Los contratos celebrados por el departamento cualquiera que sea su naturaleza, son contratos administrativos. Se rigen de modo especial por los preceptos de este Código en armonía con la Constitución y la ley".

"Ordenaba el artículo 16 del mismo Código fiscal de Cundinamarca:

" 'Cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica y social que cambien las bases y objetivos que se tuvieron en cuenta al celebrar el contrato administrativo, cualquiera de las partes podrá pedir, en primer término, su modificación en forma equitativa, y si esto no fuere suficiente, su suspensión".

"El artículo 30 de la Ordenanza 41 de 1962 clasifica además el contrato de arrendamiento como un contrato administrativo al preceptuar:

" 'Artículo 30. Clasificación de los contratos. Los contratos administrativos, según su naturaleza, se Clasifican así:

.....

" 'c) De arrendamiento.

"De conformidad con las normas transcritas la competencia para conocer de la demanda impetrada corresponde al juez administrativo por determinación de la ley.

"Sobre el fondo de la petición

"A) *La suspensión del contrato*

"Habiéndose suscrito el contrato administrativo de arrendamiento de la bodega en el mes de octubre de 1966 con un canon de arrendamiento de tres mil pesos (\$ 3.000.00) moneda corriente, la actora solicitó a la Contraloría en diciembre de 1977 se le restituyera el local o se firmara un nuevo contrato en vista del incumplimiento en el pago del canon y de la aplicación del principio de la imprevisión por haberse roto el equilibrio financiero en virtud del cambio de circunstancias económicas que hacían imperiosa la modificación del canon por tener éste un valor 10 veces superior en la actualidad. La Contraloría guardó silencio al respecto y el actor utilizó la acción de suspensión del

contrato que prevén las normas locales de contratación del Departamento de Cundinamarca.

"La prueba

"Aparece suficientemente demostrado que de acuerdo con el proceso de devaluación de la moneda colombiana entre el momento en que se celebró el contrato y la fecha en que se solicitó de la Contraloría su modificación equitativa (1º. de noviembre de 1966 y 16 de diciembre de 1977) sobrevinieron imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica y social que alteraron los factores de la ecuación financiera que sirvieron de presupuestos al contrato inicial. Así por ejemplo, el certificado de cambio subió del valor de \$ 9.94 que tenía en 31 de diciembre a \$ 38.87 en 26 de junio de 1978 (ver folio 21 certificado expedido por el Banco de la República núm. 8645) y el índice total de precios de 353.3 en diciembre de 1966 a 1849.3 en diciembre de 1977 (ver folios 22 y 23 certificado del Departamento Administrativo Nacional de Estadística).

"En estos términos pues, el fundamento jurídico de la demanda es válido y la aplicación del principio de la imprevisión al contrato *sub lite* debe hacerse por el juez administrativo, en vista del silencio guardado por la administración que vale como negativa a la modificación equitativa a que estaba obligada la Contraloría Departamental o en último término a la suspensión del contrato.

"En vista de estas circunstancias habrá necesidad, en primer término, de suspender el contrato suscrito entre las partes.

"B) *De los efectos de la suspensión*

"1º. *La aplicación del principio de la imprevisión*

"El actor ha solicitado: " '3º. Que, como consecuencia de las declaratorias anteriores, se decrete el pago de perjuicios a favor. . . ' ".

"La fiscalía, en cambio es de opinión que éstos se paguen solamente desde la presentación de la demanda que es el fundamento para que por grave alteración de las condiciones económicas que dieron origen al contrato, esto sea declarado resuelto, a pesar, se repite de haberse prorrogado por décima primera vez, por voluntad (tácita) de las partes".

"El juzgador cree que efectivamente asiste razón a la fiscalía por cuanto existiendo tan graves alteraciones durante la larga vigencia del contrato, sin embargo la actora hace solicitud de suspensión o modificación al departamento, solamente en 16 de diciembre de 1977 (ver folio 4) luego, puede inferirse que a partir de ese momento eran para ella válidas las circunstancias de la imprevisión para reclaman, la suspensión o modificación del contrato. Habrá necesidad, entonces de limitar en el tiempo la aplicación del principio de la imprevisión a partir del 16 de diciembre de 1977 y hasta el momento del cumplimiento efectivo del fallo con la entrega del local reconociendo el derecho a la modificación del contrato en la suma de \$

27.912.00 mensuales que resulta de descontar la suma de \$ 3.000.00 o canon mensual acordado de la suma de \$ 30.912.00 que los peritos estimaron como equitativa para el local en el momento de rendir su dictamen.

"2º. *El pago de las refacciones necesarias para utilizar el inmueble*

"Surge también como consecuencia de la cláusula 4ª. del contrato la obligación para la Contraloría de entregar el inmueble en el mismo estado en que lo recibió, salvo el deterioro natural causado.

"El dictamen pericial anota las siguientes circunstancias al respecto:

" *Tercera.* Después de examinar en forma detallada las filtraciones que actualmente presenta la placa de cubierta de las oficinas, el W. C., el aguamanil del baño del 2º. piso; las clarabollas (sic) de la bodega principal, lo mismo que las canales y bajantes de la misma, consideramos que la propietaria de la mencionada bodega debería hacer, refacciones en la tan citada bodega, para que. . . el actual inquilino o cualquier otro pueda disfrutar plenamente del goce (sic) del mencionado inmueble:

"1º. Impermeabilización de la placa cubierta de las oficinas	\$ 10.000.00
"2º. Resanes y estuco de los techos del segundo piso.	5.000.00
"3º. Pintura general del primero y segundo piso (oficinas)	14.000.00
"4º. Arreglo del W. C. y el aguamanil del segundo piso. . . .	5.000.00
"5º. Arreglo de canales bajando y goteras de la bodega. . . .	11.000.00
"VALOR TOTAL DE LAS REFACCIONES.	\$ 45.000.00

"Como las reparaciones anotadas no constituyen deterioro natural, sino grave del inmueble, deberá la parte demandada indemnizar la suma de cuarenta y cinco mil pesos (\$ 45.000.00) moneda corriente a la parte actora o entregarle el mismo en condiciones normales de utilización proveyendo a efectuar las reparaciones anotadas por los peritos".

Se considera:

III. La teoría de la imprevisión

Sobre este punto han dicho la doctrina y la jurisprudencia:

a) "Puede suceder que los contratantes con la administración, en forma expresa e inequívoca, hagan constar que han tenido en cuenta ciertas circunstancias económicas o tributarios existentes al momento de contratar como determinantes de las obligaciones que asumen o como compensatorias de éstas. Este tipo de estipulaciones no significa que no pueda cambiarse o mortificarse la ley o que tenga el alcance de restarle generalidad a la aplicación inmediata de la ley futura; como ya se dijo, la administración no puede limitar los órganos del Estado en el ejercicio de sus competencias constitucionales". Las consecuencias de estas estipulaciones son otras.

"Como todos los contratos se rigen por la buena fe y la equidad, y debe estarse a la intención de las partes, la variación de la ley, o de las circunstancias concomitantes, darán lugar a los consiguientes ajustes o compensaciones entre los contratantes, y eventualmente a condenas indemnizatorias, siempre que se compruebe por el perjudicado que sus obligaciones contractuales se han agravado más allá del límite del área normal que debe soportar todo contratante, y que en consecuencia, se ha roto el equilibrio económico del contrato considerado al momento de la convención, como sucede en las estipulaciones sobre reajuste futuro de precios en los contratos de obra pública que autoriza la Ley 4ª. de 1964. En la concesión esta posibilidad podría presentarse en los contratos en que la autoridad administrativa tenga el poder determinante de los ingresos del concesionario, o la libre estipulación de sus compensaciones pecuniarias, pero resulta de muy difícil ocurrencia en contratos cuya estructura económica sea la del pago de cánones o participaciones a la Nación, sin que ésta controle los ingresos del concesionario y en los que las condiciones del contrato no resultan de la voluntad de las partes sino de la ley". (*Anales del Consejo de Estado*, Tomo LXXXII, págs. 58 y 59).

"Se anota en la primera parte de este concepto, que en un Contrato administrativo puede suceder que las partes tengan en cuenta el régimen de impuestos existente al momento de celebrarse el contrato, para determinar las prestaciones patrimoniales mutuas, y que así lo consignan en forma expresa e inequívoca, como determinante de las obligaciones que asume el contratante con la administración. En este caso se explicó, si el régimen tributario varía o se hace más gravoso, la nueva ley se aplica a los contratantes, porque la generalidad de la ley no admite excepciones; pero las partes, tanto el particular como la administración, tendrían derecho a los reajustes y compensaciones correspondientes, para restaurar el equilibrio financiero original del contrato, siempre que se compruebe que éste se ha alterado, más allá de las áreas normales implícitas en toda actividad o negocio" (*Ibidem*, pág. 66).

"*Ecuación financiera*. La regla de que los contratos deben ejecutarse de buena fe no es exclusiva del derecho privado; es un principio general y por lo tanto rige también en el derecho administrativo. De ahí deriva que las potestades excepcionales que posee la administración para adecuar la ejecución de los contratos a los intereses públicos, no puede significar el desconocimiento de los derechos de quienes han contratado con ella, eso se logra protegiendo el *resultado económico* que perseguía el contratante, es decir usando la denominación generalizada en el derecho francés, la *ecuación financiera del contrato*. (*Ibidem*, pág. 53).

.....

" 'En todos los casos la situación del contratante debe ser finalmente la que pueda lograr las ganadas razonables que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones originarias.

" La situación del contratante en este aspecto resulta a veces más ventajosa que si estuviera bajo las reglas del derecho privado, como lo demuestra la elaboración jurisprudencias y doctrinario sobre la teoría de la imprevisión. (Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, págs. 570 y 571).

"En lectura atenta del artículo 4º. de la Ley 36 de 1966 se advierte que los contratos adicionales a que se refiere, esto es, los de ampliación de contratos administrativos para la ejecución de obras o elaboración de estudios celebrados por las entidades enumeradas en el artículo 1º. de la Ley 4ª. de 1964, sólo pueden efectuarse por reajustes de precios, cambio de especificaciones y por otras causas imprevistas, siempre y cuando que tales modificaciones determinen la necesaria variación del valor o del plazo del contrato original. Tales adiciones no pueden exceder en ningún caso, y así lo repiten los artículos del Decreto 2630 para cada una de las modalidades que prevé, de una mitad de la cuantía primitiva del contrato, limitación que se explica por el carácter de complementario o accesorio del segundo contrato.

"Ahondando en el análisis de la misma disposición resulta:

"1. La ampliación o adición de los contratos hasta la cuantía señalada por la ley que la autoriza no es facultad discrecional de la administración que pueda ejercer sin que existan presupuestos objetivos que condicionan su utilización, establecidos en la propia ley; en consecuencia, no todo contrato es susceptible de ampliación, siéndolo tan sólo aquellos que por las circunstancias prescritas en la ley, forzosamente es necesario ampliar en su plazo o cuantía;

"2. Para que la administración pueda celebrar contratos adicionales es requisito indispensable o justificativo de la ampliación que, de modo general, se haya presentado dentro de la ejecución de la ampliación inicial una causa imprevista, esto es, no regulada en la ley ni el contrato, que haga forzosa su modificación para mantener el equilibrio o ecuación financiera del mismo o para que la obra o estudio sea realizado en un plazo normal; de donde se colige que el contrato adicional, en la práctica, no es propiamente un nuevo contrato independiente y separado del que adiciona, sino una continuación o variante que consiste en cambiar la estipulación primitiva del precio o del término de duración del contrato que se reforma, pero nunca su objeto, esto es, la obra o estudios completos;

"3. Entre las causas que expresamente reconoce la ley como determinantes de una adición están la variación en los precios, ya que éstos son un factor importante en la conformación de los costos que sirvieron de base para el cálculo del valor del contrato, y también la modificación de las especificaciones, modificación que ineludiblemente afectará los costos y, eventualmente, hará necesaria la ampliación del plazo convenido; como es claro, ninguna de las dos causas enunciadas sugiere o implica cambio de la cantidad de obra o aumento material de la cantidad inicialmente contratada, pues tales variaciones se refieren únicamente a especificaciones y precios de

la obra o estudios contratados... "; (*Anales del Consejo de Estado*, Tomo LXXXIII, pág. 68).

"El reajuste de precios es la consecuencia de la variación de costos acaecida durante el curso de la ejecución de la obra. Cuando quiera que estos costos en alza se concretan en costos o plusvalías que impliquen un aumento de la carga soportada por el contratista en el cumplimiento de su prestación dentro del contrato, los principios de equidad o las normas expresas de derecho positivo, como ocurre en Colombia, mandan que dichos sobrecostos deben ser trasladados a la administración como comitente y beneficiaria de la obra. Tal posición de equidad y de derecho se instala dentro del cuadro general esbozado por la doctrina universal (pero particularmente por la jurisprudencia francesa), dilucidadora de un equilibrio de recíprocas prestaciones en cualquier contrato (aunque con inicial referencia al contrato administrativo), equilibrio que respecto de la materia puramente pecuniaria de la interrelación contractual que vincule a las partes, ha sido precisado merced al concepto de 'ecuación económica o financiera del contrato', para significar que la equiparación o, compensación de las cargas pecuniarias que gravitan sobre las partes, debe ser mantenida mediante una especie de balanceo o corrección automática, cuando ocurriera que la influencia inevitable de fenómenos económicos tales como la inflación de costos y precios, o fuerza del mercado sobrevinientes, externas y ajenas a la voluntad de los contratantes, como la escasez de abastos, elementos o materias primas, consigan destruir o modificar ese equilibrio, desequiparando o descompensando las cargas pecuniarias recíprocas.

"16. En el contrato administrativo, cuya parte débil es la persona del contratista privado, la mayor onerosidad sobreviniente que por cualquier causa recayere sobre la prestación de su carga, haciéndola más gravosa, debe ser remediada por la administración. Este remedio, consagrado por la doctrina en relación con múltiples hipótesis, permite al contratista que quedaría sacrificado escapar al sacrificio, según la patética expresión del Mossineo, que recoge el agobiante drama de innumerables personas económicamente trituradas por el peso aplastante de obligaciones acrecidas y de ineludible cumplimiento frente al Estado, acreedor prepotente e implacable. No todas las hipótesis elaboradas por la doctrina y adoptadas por la jurisprudencia sobre las causas de mayor onerosidad que pueden aumentar la carga prestacional del contratista y que ameritan su alivio, han sido acogidas por las legislaciones de los países. En varias partes, algunos pasan de onerosidad hipertrofiada durante el tracto de la relación convencional pertenecen todavía al dominio de la doctrina o, con el auxilio de ésta, han alcanzado soluciones jurisprudenciales que marcan la pauta para la decisión de casos análogos. Nuestra legislación, como va a verse, implícitamente incorpora todas las causas, al admitir la reinstauración del equilibrio financiero en función de la variación de cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos.

"17. La rigidez del principio clásico de derecho privado contenido en el postulado '*pacta sunt servanda*', que reflejaba la inmutabilidad impuesta por la ley ('el contrato es ley para los contratantes', art. 1602 del C. C.) respecto de

las obligaciones contraídas por las partes al celebrar el contrato y su mantenimiento invariable durante el tracto contractual, ha sido reemplazado por la flexibilidad del principio *'rebus sic stantibus'*, el cual relleva el contrato debe mantener, únicamente en cuanto subsiste inmodificada durante la etapa de ejecución o cumplimiento, la situación de sacrificio o beneficio recíprocos en que se hallaban las partes en el momento de la *celebración*, pero no la puede ni debe mantener cuando esa situación sufre modificaciones entre el referido momento inicial de su celebración y otro cualquiera posterior de su cumplimiento.

"Las causas de estas modificaciones sobrevinientes son de índole simplemente material o física, de naturaleza económica, o aun legal y administrativa. Tales causas se vinculan a las dos principales teorías elaboradas por la doctrina para restablecer el equilibrio financiero perturbado por aquéllas durante el ejercicio del contrato, así: *La teoría de la imprevisión*, también denominada del riesgo imprevisto, versa sobre la incidencia de las causas materiales o físicas y las alteraciones de la coyuntura económica que fueron imprevistas porque eran imprevisibles en el momento de la celebración del contrato, y que, surgidas en el curso de su ejecución, trastornan la ecuación financiera del mismo, tornando más gravosa la carga que viene soportando el contratista.

"La teoría sustenta que, en presencia de esa mutación de las condiciones iniciales, no previsibles al formalizar el contrato (ya que de haber sido previstas, la parte que habría de padecer la agravación no habría consentido en formalizarlo), se impone la compensación del lastre obligacional, de forma que el sacrificio y el beneficio recíprocos de las partes tiendan a conseguir una situación de equilibrio análoga a la que existía al tiempo de la celebración del contrato. Es decir el retorno a la situación de *'rebus sic stantibus'*, vale decir, a las cosas como estaban.

"18. Cuando la causa de la agravación consiste en un acto de la propia administración contratante, o en acto, hecho u operación atribuibles al poder público en cualquiera de sus ramas, el origen del entuerto oneroso ha determinado que a la figura se le denomine 'hecho del príncipe', traducción de la expresión francesa *'fait du prince'*, denominación con la cual se conoce también la correspondiente doctrina resarcitoria. Tanto esta última teoría como la de la imprevisión, constituyen síntesis o apotegmas de derecho cuya enunciación se remonta a tiempos inmemoriales del pensamiento jurídico, pero cuya elaboración analítica y refinamiento teórico se deben a los tratadistas y al consejo de Estado franceses, artífices indiscutibles de los más considerables avances de la ciencia del derecho en el mundo contemporáneo. Ambas teorías, como lo anotan los autores, confinan tangencialmente y aun llegan a exhibir evidentes interferencias con otras, tales como las del enriquecimiento sin causa y la del abusó del derecho. Estas últimas, descriptivas de situaciones aberrantes a la luz del derecho y la equidad, en que, como en las teorías analizadas, el remedio ideado toma el nombre del mal que busca corregirse, aparecen participando de bulto en la morfología de aquéllas. En efecto, según la teoría de la imprevisión, el mantenimiento del desequilibrio

sobreviniente significaría un enriquecimiento incausado para la parte que, no soportando la sobrecarga, va a disfrutar de iguales o mayores beneficios a los que inicialmente eran materia del pacto. Y si es la administración la que, so pretexto del bien común, impone el mantenimiento de tal desequilibrio, es ella la que en tal evento está pisando los terrenos del desvío del poder, que es una de las especies pertenecientes a la protoforma genérica del abuso del derecho. El hecho del príncipe, se ha visto, causa una perturbación contractual en perjuicio del contratista privado, que de subsistir implicaría el desafuero o abuso de autoridad. Como se ve, las anteriores configuraciones aberrantes se entremezclan y amalgaman en complejos antijurídicos que la ciencia del derecho, en sus manifestaciones teóricas y jurisprudenciales, busca corregir a todo trance. También la ley los corrige.

"19. Tanto la teoría de la imprevisión como la del hecho del príncipe se hallan implícitas en la ley colombiana, por cuanto ésta previene contra los estragos que pueden causar al contratista las alteraciones sobrevinientes del equilibrio económico por la variación de cualquier factor determinante de los costos preestablecidos en el momento de la celebración del contrato, específicamente en el de obras públicas acordado a precio alzado o a precios unitarios, mas no en los de administración delegada o pactados por honorarios fijos, en los que los riesgos no existen o son muy tenues.

"Respecto de los contratos de obra sometidos al riesgo de la variación de factores, la Ley 4ª. De 1964 dispone en lo pertinente:

"Artículo 11. En los contratos a que se refiere el literal a) 'del artículo 2º. se pactarán revisiones periódicas del precio alzado o de los precios unitarios, en función de toda variación de cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos' ".

"Cabe destacar dos aspectos sustanciales del preincluido texto legal en los cuales se refleja nítidamente la verdadera intención del legislador, a saber: 1º. En aquellos contratos en que, por la modalidad del precio pactado (alzado o unitario), existe el mayor riesgo de que pueda sobrevenir un aumento de onerosidad sobre el contratista, la ley dispone que ese riesgo sea trasladado a la administración, mediante las revisiones periódicas de los precios: 2º. *Contrario sensu*, y con las salvedades anotadas y atribuibles a la carencia de riesgo, la ley concluye perentoriamente toda posibilidad del administrativo 'a *forfait*', consistente en aquel por el cual el contratista, sean cuales fueren las contingencias de la ejecución contractual, corre con los riesgos.

"20. Tales presupuestos legales no emanan tanto de la equidad del legislador, aunque también pueden a ella atribuirse, cuanto al conocimiento de hechos notorios y nocivos para la actividad administrativa del Estado. En efecto: la rigidez de la contratación bajo el influjo de la inmutabilidad de lo pactado ('*pacta sunt servanda*'), sólo podía implicar la parálisis de las obras y de los servicios públicos por ausencia de licitación con el coraje suficiente para enfrentar la aventura de arruinarse, o la ruina de los contratistas audaces, o las ofertas a precios desmesurados mediante los cuales los oferentes se

cubrieran anticipadamente contra los riesgos. Todas estas hipótesis son indeseables, y su repudio parece gravitar tácita pero fuertemente en la motivación del legislador.

"La firme intención legislativa de que los riesgos de la plusvalía económica emergente en el curso de la contratación no vayan a correr por cuenta del contratista, insista en el temperamento del legislador que acaba de escrutarse, indica cuán difícil, si no imposible, resulta en la práctica el tránsito de un contrato administrativo pactado a precios unitarios, y por tanto revisables, a la aplicación del sistema de riesgos asumidos en forma ilimitada por el contratista, o sea el paso a la rigidez del contrato acordado '*a forfait*', forma repudiada por el legislador colombiano y, en general, desterrada en las prácticas administrativas universales.

"En suma, procede destacar como presupuesto del ordenamiento legal que rige y disciplina el contrato administrativo de obra, que las revisiones periódicas deben realizarse, según el precepto antes citado, '*en función de toda variación de cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos*'; cláusula legal cuya apertura hacía una serie indeterminada de factores (materiales o físicos, naturales o telúricos, legales o estatales, humanos o laborales, modales, temporales, especiales, etc.), acoge tanto la teoría de la imprevisión como la del hecho del príncipe, al abrir ilimitadamente el abanico de factores determinantes de los costos previstos, para estatuir, como módulo correctivo de la ecuación económica, el paralelismo o concomitancia de toda variación de dichos factores con la consiguiente revisión de precios". (Laudo arbitral, litigio entre el arquitecto Rojas Alvarez y el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales. Arbitres: Gonzalo Vargas Rubiano, Joaquín Bernal Arévalo y Jorge Vélez García).

b) "Pero no significa lo anterior que, más allá de su entendimiento razonable, el contratista quede atado a una obligación ¡limitada e indefinida de construir obras adicionales o nuevas, o de introducir especificaciones costosas o calidades especiales, sin restricción alguna, encareciendo en forma desmesurada su carga financiera, puesta que tales erogaciones corren por su cuenta y no constituyen costo adicional para el otro contratante. No sería razonable ni equitativo suponer tal desequilibrio, pues ese recargo de las obligaciones para una de las partes del contrato en beneficio de la otra, no sólo implicaría el enriquecimiento sin causa de ésta, sino que, todavía más, equivaldría a que un contrato de esencia conmutativa derivara en contrato de esencia gratuita (art. 1501 del C. C. A.).

"No se puede entender, pues, ninguna estipulación contractual, por claro que sea su significado literal, en el sentido de que es fuente de obligaciones *ad infinitum* a cargo de una de las partes y en beneficio de la otra, sin que ésta, por su parte, retribuya a aquélla la mayor onerosidad causada por la mayor carga.

"Luego cualquier excedente de costos por encima del tope establecido, a la luz de la estipulación y de la equidad, no puede correr por cuenta del contratista

Mitsubishi. Si corriera, la conmutatividad del contrato quedarla destruida y se llegaría a patrocinar un pacto desequilibrado, en una de las partes. La entidad, tiene derecho a exigir de la otra, Mitsubishi, obras ilimitadamente excedentes a una suma tope, al tiempo que, a *contrario sensu*, en el evento de que la suma tope no se compare, el contratista tiene la obligación de reintegrarle a la entidad la diferencia entre el valor de la obra y la suma tope. Ya se dijo cómo estas obligaciones contractuales ¡limitadas a cargo de una parte, contra una contraprestación limitada a cargo de la otra, no pueden aceptarse de acuerdo con la equidad y el derecho" (Laudo arbitral, junio 16 de 1976 controversia entre Mitsubishi Heavy Industries e ICEL. Arbitros, Pedro Gómez Valderrama, Jorge Vélez García Y Carlos Gustavo Arrieta).

“c) Cuando la administración celebra un contrato administrativo, no se despoja de sus prerrogativas de poder público. Allí comienza a quebrantarse el derecho privado y su gran principio de igualdad de las partes de la relación contractual.

"El interés público que persigue la administración exige que esta permanezca rodeada de prerrogativas que se expresan en poderes unilaterales o cláusulas exorbitantes del derecho común. La presencia de estas cláusulas constituye el rasgo por excelencia del contrato administrativo. Anota André de Laubadere '*Traite Theorique at Pratique des Contrats Administratives*', t. II, pág. 10 que: desde el día en que abandonó la idea de que los contratos concluidos por la administración siempre serían 'actos de gestión' en los que la administración sólo aparecía como persona privada (concepción que excluía la noción misma de 'contrato administrativo'), este abandono implicó por sí mismo que el 'poder público', con sus atributos, sus prerrogativas, no está ausente del contrato, que sus privilegios sin duda deben ser conciliados con las consecuencias del consensualismo contractual, pero que su presencia no podía ser indiferente al régimen de la ejecución del contrato y no podía evitar que imprimiera a este régimen trazos desconocidos en los contratos civiles".

"Las cláusulas exorbitantes son en el contrato administrativo la aplicación de principios y reglas tomadas del derecho público, bien consagrados por la legislación como es el caso más frecuente en el derecho colombiano o establecidos por la jurisprudencia como sucede en los países europeos. Es opinión predominante en los tratadistas de derecho administrativo que las cláusulas exorbitantes por definición, constituyen elementos de derecho público.

"El legislador colombiano, de tiempo atrás, se ha ocupado de reglamentar los contratos que celebre la administración, consagración prerrogativas para las entidades públicas y sometiendo a condiciones, especiales los contratos de la administración. Son clásicas en nuestro derecho administrativo cláusulas como las de caducidad o terminación del contrato por voluntad de las entidades públicas, o las que permiten imponer multas a los contratistas cuando incurren en el incumplimiento de sus obligaciones. Estas cláusulas consagran privilegios de acción directa de las entidades administrativas, sin acudir previamente a los jueces, procedimientos ejecutarlas que contrastan

con] el régimen propio de los contratos civiles. Más recientemente, el Decreto 1518 de 1965, reglamentario de la Ley 4ª. de 1964, reservó para la administración en los contratos de obras públicas ajustados por principios unitarios, la facultad de 'introducir las modificaciones en los Pliegos o en las cantidades de obra que debe realizarse, según los pliegos de las condiciones del contrato'. Son todas ellas estipulaciones protectoras del interés general que la administración persigue y representa en el contrato, como lo son las que incorporan a éste condiciones especiales impuestas por la ley, como la subordinación del contrato a las apropiaciones presupuestales, a la legislación y jurisdicción colombianas, las que exigen garantías de entidades como bancos o compañías de seguros, y otras similares.

"Por otra parte la práctica contractual ha venido incorporando al contrato administrativo nuevas cláusulas que igualmente se equivocan por la presencia de la administración como parte del contrato. Una de ellas es la terminación unilateral de éste por voluntad discrecional de la administración, distinta de la caducidad que es una facultad reglada en que los motivos que la justifican están predeterminados en el contrato o la ley. Otra, la liquidación de los contratos por actos unilaterales de la entidad administrativa, regulada algunas veces por estatutos de la administración y recientemente elevación a precepto legal por el Decreto 150 de 1976, según procedimientos variables que se ajustan al desarrollo del contrato y a las eventualidades de su ejecución, actos típicos de procedimientos de decisión ejecutoria que relevan a las personas de derecho público de la obligación de acudir previamente a los jueces.

"Frente a estas prerrogativas inherentes a la administración como rama del Poder Público y protectores del interés general, el contratista no queda desprotegido en la relación contractual. Por el contrario, los poderes exorbitantes de la administración se compensan con principios de equidad que tienden a preservar el equilibrio financiero establecido y considerado originalmente por las partes al celebrar convenio, frente a decisiones de la administración que hagan más onerosas las cargas del contratista o a circunstancias excepcionales que vayan más allá de lo previsible y de los riesgos normales propios de la actividad de que se trate. Estos principios tomados del derecho público han dado lugar a teorías como la de la 'imprevisión' a la de las 'sujeciones imprevistas' y, más ampliamente, a la del 'equilibrio financiero' del contrato, para conceder al contratista compensaciones pecuniarias. Con aportes legislativos, jurisprudenciales y de práctica contractual, la teoría jurídica del contrato administrativo ha ido creando dentro de un marco de equidad el necesario equilibrio entre las obligaciones y prerrogativas de las partes, en una relación en la que al contratista se le considera, ante todo, como un colaborador de la administración en la gestión de los servicios públicos.

"Si las modalidades del contrato administrativo con relación al contrato de derecho privado, tanto por los modos de conclusión que la ley establece para celebrarlo, como por los poderes de las entidades públicas en su ejecución, le dan su fisonomía propia, no quiere esto decir que el contrato administrativo pierda su naturaleza jurídica de verdadero contrato, es decir, de acuerdo de

voluntades generador de obligaciones, en el que igualmente encuentra amplio campo de aplicación la ley civil. Por el contrario, toda la estructura de derecho público que caracteriza al contrato administrativo se eleva sobre la base del Código Civil, cuyas nociones y reglas acerca del acuerdo de voluntades y sus efectos son igualmente aplicables al contrato administrativo, en armonía con los principios y la naturaleza particular de estos convenios.

"Podría decirse, en general, que siempre que se ejercen las prerrogativas exorbitantes de la administración o se aplican las teorías rectoras del contrato administrativo, operan en éste los principios del derecho público para compensar, cuando sea el caso, mayores cargas que se hayan impuesto, o acordar ayudas o reparaciones que circunstancias excepcionales, imprevisibles al momento de contratar, justifiquen. En lo demás, las estipulaciones del contrato se rigen por el derecho privado, especialmente por aquellas normas y nociones que son comunes a todo acuerdo de voluntades.

"Es en el campo de la ejecución contractual en el que se advierten las mayores diferencias entre el contrato civil y el administrativo.

"Si bien el contrato administrativo tiene como todos los contratos una fuente consensual y en la común intención de las partes deben buscarse, en primer lugar, las obligaciones y derechos que el contrato establece para cada una de ellas, la etapa de ejecución del contrato administrativo está intervenido por nociones como la del servicio público y colaboración del contratista a su prestación y prerrogativas del Poder Público, que determinen las peculiaridades de estos contratos frente a los de derecho privado.

"El derecho civil originalmente se inspiró en una concepción estática del contrato. El derecho público le dio al contrato administrativo una concepción dinámica. Si el derecho civil encontró inicialmente en la inmutabilidad de las estipulaciones y en la 'ley del contrato' la garantía de los derechos privados que éste consagra, el derecho público, que requiere de los poderes unilaterales de la administración para ajustar el contrato a las necesidades del servicio público, encuentra la seguridad de las relaciones jurídicas en nociones de equidad como la del equilibrio financiero del contrato.

"El derecho civil, dice Laubadero, asegura el mantenimiento del equilibrio contractual por la inmutabilidad de sus elementos iniciales. El derecho administrativo al admitir las causas de posible transformación de estos elementos, está obligado a colocar el mantenimiento del equilibrio inicial en el principio de su restablecimiento con ocasión de sus eventuales rupturas.

"El contrato administrativo cuando se observa el régimen jurídico de su ejecución, aparece así, como consecuencia de los elementos generales que le son propios, como un sistema de equilibrio global animado de una vida particular, de un dinamismo ignorado del contrato civil" (sic).

"A la inversa, los grandes principios del derecho público y de la equidad han influido, por su parte, en la evolución misma del derecho privado y así aquellos

que imponen restablecer el equilibrio contractual roto, por causas diferentes en el derecho privado, se vienen aplicando cada vez más a los contratos civiles y aun en los comerciales. Tal es el caso de la ampliación de la teoría de la lesión, de los riesgos contractuales y la aplicación del derecho privado de la teoría de la imprevisión, consagrada legislativamente entre nosotros por el artículo 868 del nuevo Código de Comercio.

". . . Respecto de la interpretación del contrato, el Tribunal anota que el apoderado de Konstruktor hace en su alegato de conclusión una serie de apreciaciones, con cita de las disposiciones del Código Civil, todas ellas pertinentes al caso. Sin embargo, el mencionado apoderado agrega que las dudas, si las hubiera, según él, se deben resolver en favor del obligado, o sea el contratista; aplicando los principios de que en materia contractual ríe hay obligaciones tácitas y la regla general de que el contratista se obliga a lo menos y no, por extensión, a lo más, comenta la noción del contrato de adhesión y agrega que la circunstancia de que los documentos de la licitación prevenían las bases del contrato que debían llenarse, y no podían cambiarse ' llevó a los oferentes a concluir que no se requería el planteamiento de excepciones y reservas por ocurrencia de derrumbes, de daños por presiones de la montaña y por mayores cantidades de obra. No comparte el Tribunal algunas de las ¡deis expuestas por el apoderado de Konstruktor. En efecto, ninguno de los textos invocados por él consagra la tesis de que no hay obligaciones tácitas en materia contractual, ni la de que el deudor se obligue a lo menos.

"Por el contrario, el criterio fundamental en esta materia, como lo recuerda el mismo apoderado es la norma del artículo 1618 del Código Civil según el cual: 'Conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras'.

"Igualmente prevé el Código Civil la existencia de obligaciones contractuales implícitas, necesarias para el cumplimiento de los debe básicos deudor, a fin de cumplir los fines del contrato y conforme a la naturaleza de éste. Así lo disponen expresamente los artículos 1603 y 1621 del Código Civil, también citados por el apoderado de Konstruktor, y que dice:

"Artículo 1603. 'Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella'.

" 'Artículo 1621. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

Las cláusulas de uso común, se presumen aunque no se expresen' “.

"En igual sentido se expresa el artículo 871 del Código de Comercio.

"En este caso no se trata de un contrato por adhesión propiamente dicho, como lo es v. gr. la compra de un tiquete de avión o de ferrocarril, pues los proponentes tenían amplio término i) para estudiar el contrato, analizar sus disposiciones, pedir las aclaraciones que consideren necesarias y, si lo estimaran del caso formular las excepciones correspondientes.

"No se prohibieron las excepciones pero como es obvio, ellas debían evaluarse en el estudio de las propuestas para la adjudicación del contrato.

"Fuera de la causal establecida en la cláusula séptima sobre reajuste anotada, la remuneración del contratista es reajutable según lo estipulado por las partes y los principios que rigen el contrato administrativo, sino cuando se presentan en la ejecución del contrato circunstancias excepcionales, no previsibles al momento de contratar que alteran gravemente la economía del contrato en detrimento del contratista.

"Como se anotó anteriormente la doctrina jurídica clasifica esta causa no prevista en circunstancias económicas (teoría de la imprevisión), actos de la autoridad pública (hecho del príncipe) y circunstancias naturales (Teoría de las sujeciones imprevistas).

". . . En los contratos de obra pública las empresas participantes deben, para establecer los precios de su oferta, analizar los diferentes factores que los determinan y las circunstancias que pueden afectar los costos. En primer lugar, considerar el volumen de la obra que debe realizarse, la dificultad de su ejecución, los riesgos que ella implica, según su naturaleza y las incertidumbres que se afronten en razón de la conformación física del terreno y de la confiabilidad de las informaciones de que se disponga. Estas incertidumbres sobre las circunstancias materiales, son riesgos normales en toda obra de esta clase. El contratista debe apreciarlos con gran cuidado y cubrirse prudentemente al presentar su oferta, la que, debe ser fruto de la diligencia y cuidado que su experiencia y conocimiento le aconsejen y las circunstancias determinen y exijan.

"Las previsiones que en relación con las circunstancias materiales de los sitios en que había de ejecutarse la obra pudieron hacer los autores del proyecto, con base en las informaciones disponibles sobre hidrología, geología y registros de las perforaciones, son las mismas exigibles a los participantes en la licitación, sin que a éstos pueda demandárselas, en un breve tiempo, hacer un estudio exhaustivo del proyecto, ni un acopio de información más complejo del que se consideró suficiente para elaborarlo. Tampoco pueden exigirse a la administración garantías que no dan los informes o documentos técnicos ni seguridades distintas de aquellas que haya querido asumir expresamente como base para el contrato. Las informaciones que la empresa puso a disposición de los participantes en el concurso y las investigaciones adicionales que, dentro de sus posibilidades debió hacer el contratista, dan la medida de las previsiones posibles al momento de contratar.

"Estas circunstancias previsibles en cuanto a las dificultades de ejecución de la obra, son las que sirvieron de base a la propuesta y de fundamento a los precios convenidos.

"En materias geológicas y más cuando se trata de excavaciones subterráneas, no es posible dar informaciones exactas y absolutas sobre la naturaleza de los terrenos que han de encontrarse. Es lo prudente y razonable que en las previsiones de todo contratista está la de encontrar condiciones materiales que sean diferentes, en mayor o menor medida, de las que pudieran esperarse al interpretar las informaciones disponibles y que estas variaciones puedan, en algunos casos, aumentar la dificultad de la ejecución de la obra como en otros facilitarla, riesgo que se acentúa en la medida en que las investigaciones hayan sido menos completas.

"Estas eventualidades en contra o en favor del contratista, son riesgos normales del contrato de obra mientras ellas no vayan más allá de lo razonable hasta alterar gravemente los supuestos en que se basó el equilibrio financiero del contrato y la intención común de las partes.

"En estas materias el contratista al asumir los riesgos normales del contrato, puede ver aumentadas sus utilidades si las condiciones materiales le fueren más favorables, o, por el contrario, verlas disminuidas y aun eliminadas si aquéllas le fueren adversas. Pero así como la administración no puede reclamar disminución de precios en el primer caso tampoco el contratista puede exigir aumentos o pagos complementarios, en el segundo.

"Konstruktor, es una entidad organizada para ejercer una función económica: la construcción, o sea que jurídica y económicamente es una empresa que, como tal, está expuesta a los riesgos profesionales de su actividad, que bien puede registrar utilidades o pérdidas.

"Dice Messineo: 'Otro elemento de naturaleza *económica*, sobre entendido en la empresa es el *riesgo profesional*, o sea el hecho de que el empresario está expuesto a la eventualidad de pérdidas, como resultado de su actividad, del mismo modo que tiene la perspectiva de utilidades. Donde no hay riesgo, no hay empresa, sino actividad de mera administración. . .!.

La ley no hace referencia al *propósito de lucro* (utilidad, ganancia, provecho), como a elemento de la actividad del empresario. Pero el mismo debe considerarse esencial al concepto de empresario, puesto que constituye la compensación del riesgo profesional, que él encuentra". (Derecho Civil R. II, pág. 200).

"Aun en el contrato administrativo en el que se considera al contratista como un colaborador en la prestación de los servicios públicos y se le reconocen reparaciones en caso de ruptura del equilibrio contractual no significa que la administración asuma todos los riesgos del contrato para convertirse en aseguradora de las ganancias del contratista en todas las circunstancias. Ello

sólo ocurre en el contrato por administración delegada, en la cual la administración asume los riesgos del costo de la obra.

“2º. *Las dificultades materiales imprevistas*

"Al contratista se pagan los trabajos que ejecute, previstos para la realización de la obra, según los precios establecidos en la lista de cantidades y precios. Igualmente dispone que se paguen las obras adicionales y las obras extras, en la forma y condiciones que indica la cláusula 14.

Los precios estipulados fueron establecidos, naturalmente, según la común previsión de las partes en cuanto a las circunstancias que condicionarían los trabajos de construcción.

"Pero puede suceder que estas circunstancias cambien fundamentalmente durante la ejecución de la obra, más allá de lo que son las áreas normales de todo convenio, hasta el punto de alterar completamente la economía del contrato.

"Estos hechos o actos sobrevinientes durante la ejecución del contrato, pueden ser de carácter material (teoría de las dificultades materiales imprevistas), originarse en acto de los poderes públicos (*fait du prince*), o ser de carácter económico (teoría de la imprevisión). En todos estos casos la teoría jurídica ha elaborado los principios y procedimientos que dan lugar a compensaciones o indemnizaciones del contratista para restablecer el equilibrio desaparecido. Reglamentadas en algunas legislaciones, estipuladas frecuentemente en los contratos o aplicadas por la jurisprudencia, estas teorías responden a principios que rigen en el derecho contemporáneo el contrato administrativo y, entre éstos, el de obra pública.

"De origen pretoriano en el derecho francés, se conoce en el derecho administrativo desde mediados del siglo XIX la llamada '*theorie des sujétions improvues*', o 'teoría de las dificultades materiales imprevistas', como la denominan los tratadistas latinoamericanos, encaminada a indemnizar al contratista cuando se presentan dificultades materiales de 'carácter absolutamente anormal' o 'dificultades imprevisibles' en la ejecución de la obra. Regla de equidad creada por la jurisprudencia, reposa en una noción Predominante en el derecho administrativo, la exigencia o necesidad de colaboración entre la administración y sus contratistas. Como lo señala la doctrina jurídica, constituye la manifestación más visible de esta colaboración.

"El argentino Manuel M. Díez, que sigue muy de cerca en esta materia, como la mayoría de los autores, a André de Laubadere en su brillante exposición de estas teorías y el ya clásico estudio de M. Wallins (*Evolution Recente des Rapports de L'etat avec ses co - contractants*, '*Revue du Droit Publique*', 1951, págs. 27 y ss.), expresa el siguiente concepto:

“a) Dificultades materiales imprevistas. Es una causal, que se presenta particularmente en los contratos de obras públicas, provenientes de

dificultades materiales que tienen un carácter absolutamente anormal, que no pudieron razonablemente entrar en la previsión de las partes en el momento de la conclusión del contrato y que hicieron más onerosa su ejecución(78).

" 'Estas dificultades excepcionales dan al contratante el derecho de ser íntegramente indemnizado, bajo la forma de un aumento del precio fijado en el contrato (7) o por el establecimiento de nuevos precios, si la ejecución del contrato se hubiera transformado enteramente por la carga. Esta teoría de las dificultades imprevistas tiene un carácter pretoriano basado en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés (80). Los trabajos extracontractuales que el cocontratante ha tenido que efectuar para salvar la situación que se le presentara le da derecho a obtener un precio especial, ya que el fijado en el contrato no se aplica sino a los trabajos normales o previsibles' “.

"Se diferencia la teoría de las dificultades materiales de la imprevisión en que la primera se origina en la ocurrencia de fenómenos naturales y la segunda en alteraciones de carácter económico. Se distingue aquélla del '*fait du prince*' en que la primera es un hecho ajeno a la voluntad de las partes y la segunda un acto de autoridad de la administración contratante. También se diferencian estas tres teorías de la fuerza mayor, en que ésta hace imposible el cumplimiento de la obligación; mientras que las otras solamente hacen la ejecución más difícil y costosa.

"En la doctrina jurídica y en la jurisprudencia, la aplicación de la teoría de las dificultades materiales imprevistas está sometida a ciertas condiciones que, siguiendo a Laubadere, ob. cit. T. III, pág. 15, pueden enumerarse así:

"1º. Proviene frecuentemente de fenómenos naturales, por ejemplo el encuentro de terrenos de naturaleza imprevista.

"2º. Resultan de circunstancias ajenas a las partes.

"El juez, dice Laubadere, no acogerá la demanda de indemnización si un acto del contratista es en parte causa del hecho o de su agravación; si el contratista tuvo los medios de impedir que se realizara, o no procedió conforme a las disposiciones del contrato, o a las órdenes de servicio de la administración (ob. cit. t. II, pág. 16).

"3º. Son dificultades que no pudieron ser consideradas por las partes; deben ser imprevistas o más precisamente imprevisibles. Es la misma noción de imprevisibilidad de la fuerza mayor y de la teoría de la imprevisión.

"Se anota que la imprevisibilidad no es absoluta y debe apreciarse dentro de circunstancias anormales.

" 'El juez investigará, dice Laubadere, si al momento del contrato el cocontratante ha hecho el esfuerzo necesario para prever las dificultades de ejecución; frecuentemente tiene en cuenta también, la actividad de la

administración, la diligencia y la lealtad con las cuales ésta ha suministrado a su cocontratante, antes de que el contrato fuese convenido, todos los elementos de información de que ella misma disponía. Ver página ex (sic) Consejo de Estado 22 de junio 1936. Sociedad Delaunay Belleville (rechazo): la sociedad ha aceptado, sin haberse asegurado de las dificultades a las cuales podía exponerla, el empleo de un acero que ella sostiene haber sido insuficientemente conocida al momento del contrato, 19 de mayo de 1943, *Caisse des Depote*, página 127 (rechazo); el empresario había tenido antes de la conclusión del contrato la facultad de proceder a los estudios que le habían evitado las dificultades que él ha encontrado. En sentido contrario: 29 de junio de 1951 *Ser. D'Etat la defense*. C. Debernardy, página 385: (Otorgamiento de la indemnización); 'el cuerpo de ingenieros no ha hecho el esfuerzo de previsión y de redacción que se imponía para dar lealmente al empresario el medio de analizar anticipadamente las repercusiones que tendrían sobre su precio las dificultades que podía encontrar'.

"4°. Son de carácter absolutamente anormal. Agrega Laubadere (ob. cit. t. II, pág. 17): 22. La sujeción es más que una simple dificultad. Es una dificultad de carácter absolutamente anormal. Esta clasificación da lugar a una apreciación subjetiva de parte del juez; el juez debe preguntarse, en función del contrato, cuáles son las dificultades, aun inesperadas, que pueden ser consideradas como áleas normales del contrato; no indemnizará sino las dificultades que están fuera de estas áleas o las excedan; como se ha dicho antes, el juez será, naturalmente, más exigente cuando el contrato contiene una cláusula que fije el precio 'cualesquiera que sean las dificultades encontradas', 'cualesquiera que sean la naturaleza de los terrenos encontrados', etc. 'V. página Consejo de Estado 14 diciembre 1971, Dedyne, página 823; 11 mayo 1942, Sainrapt, página 199; 19 mayo 1943, Dumez, página 126; 29 abril 1953, *Commune de Moissac*'.

"Jeze hace las siguientes precisiones, al analizar las dificultades materiales imprevistas que puedan surgir durante la ejecución de las obras:

" 'VI. La teoría de las sujeciones imprevistas es excepcional; no debe aplicarse extensivamente. Para que el empresario pueda reclamar un suplemento de precio en razón de sujeciones imprevistas, es preciso que suministre la prueba indiscutible de que se está en presencia de una sujeción imprevista, de dificultades que las partes no podían prever en el momento de celebrar el contrato.

" 'VII. Cuando el contrato contiene una cláusula relativa a las dificultades que pueda hallar el empresario en la ejecución de la obra, deberá aplicarse esta cláusula.

" 'VIII. En principio, el empresario que encuentra dificultades imprevistas, debe señalarlas inmediatamente al ingeniero o al jefe de servicio. La administración, hará llegar entonces al empresario una orden de servicio que fije las condiciones de ejecución de la obra a realizarse, para salvar esta dificultad imprevista.

"El empresario puede, por lo demás, efectuar por su cuenta los trabajos necesarios sin esperar la orden de servicio, siempre que dichos trabajos sean de absoluta necesidad. El empresario, al actuar sin orden de servicio, corre el riesgo de que se discuta, más tarde, el carácter de absoluta necesidad de la obra y de no poder suministrar la prueba del caso (Jeze, Derecho administrativo, t. V, pág. 246).

"Entre los casos en que el Consejo de Estado de Francia ha dado aplicación a la teoría de las dificultades materiales imprevistas, cita Jeze las siguientes:

" 'El empresario, en la ejecución de sus trabajos, se ha hallado, tanto en las zanjas como en los subterráneos, con dificultades considerables en razón de haber encontrado mapas de agua de importancia excepcional. La imprevisión de este hallazgo se demuestra por el hecho de que la administración al modificar las condiciones de ejecución de las obras definidas en el presupuesto ha debido ordenar la colocación de más de 12 kilómetros de drenajes por debajo del nivel inferior de la mampostería, a fin de permitir la construcción del acueducto. El señor M., por consiguiente, está autorizado para reclamar una indemnización por la agravación de las sujeciones que ha sufrido, debido a la presencia de Las aguas, sujeciones tales que no podían entrar en la común previsión de las partes, al celebrarse el contrato' ".

" 'Consejo de Estado, 5 julio 1929, Yhaer, 'rec.', página 676: Si bien el artículo 28 del pliego de condiciones especiales estipula que este precio medio único (inscrito en el resumen) tiene en cuenta la naturaleza y las dificultades de los diversos terrenos, con excepción del denominado '*pouldingue*', en la común intención de las partes, dicho precio sólo debe aplicarse a la naturaleza de los terrenos en vista de los cuales se había establecido. Resulta de la instrucción. . . que el empresario ha encontrado peñascos con masa compacta, cuya existencia no había podido sospecharse en oportunidad de la adjudicación y cuya extracción ha extrañado gastos que exceden muy notablemente los precios previstos en el contrato. Por consiguiente, el señor Y. tiene derecho a sostener que se ha hallado en presencia, de una situación totalmente diferente de la que había tenido en consideración al efectuarse la adjudicación, y es con toda razón que el Consejo de prefectura le ha pagado, por este concepto, una indemnización' ".

" 'Consejo de Estado, 29 diciembre 1916, Bové, 'Rec', página 370:

" 'Según los términos del artículo 98 del pliego de condiciones de la empresa, el resumen de precios comprende un precio medio y único, a *forfait*, establecido teniendo en cuenta la naturaleza y las dificultades de toda clase de los diferentes terrenos a despojar de escombros. El mismo artículo agrega: Se ha estipulado, formalmente que este precio único y medio se aplicará a todos los terrenos en que se pudiesen hallar tierra, cascote, roca a pico, o con vetas de mineral o adoquinado de piedra, sin que el empresario pueda, bajo ningún pretexto, reclamar sin aumento de precio, cualesquiera sean, por lo demás las cantidades halladas de roca a pico o de mina o de adoquinado de

piedra. De ahí se deduce que los recurrentes no están autorizados para reclamar un suplemento de precio por las dificultades excepcionales de extracción de escombros, en razón de la presencia de algunos bloques aislados. Su reclamo es tanto menos justificado si se considera que ellos han podido, antes de la adjudicación, informarse acerca de la exacta naturaleza de los terrenos según los resultados de los sondeos efectuados por la administración o solicitar autorización para completar estos sondeos si los estimaban insuficientes. Por otra parte, resulta de la instrucción que, sobre un cubaje total de escombros de 64.637 metros, el volumen de los bloques aislados mezclados con una cantidad bastante grande de cascotes, no excedía de 5.420 metros cúbicos' “.

"El Código Civil italiano de 1942 incorporó a su articulado, tomadas del derecho administrativo, la teoría de la imprevisión y la teoría de las circunstancias materiales imprevistas. Dicen así estas disposiciones:

" 'Sección III. De la excesiva onerosidad.

" 'Artículo 1467. Contrato de prestaciones recíprocas. En los contratos de ejecución continuada o de ejecución diferida, si las prestaciones de una de las partes hubiera llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá reclamar la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el artículo 1458.

"La resolución no podrá ser demandada si la onerosidad sobrevenida entrara en el área normal del contrato.

La parte contra quien se hubiere demandado la resolución podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.

" 'Artículo 1664. Onerosidad o dificultad de ejecución.

" 'Cuando por efecto de circunstancias imprevisibles se hayan verificado aumentos o disminuciones en el costo de los materiales o de la mano de obra, tales que determinen un aumento o una disminución superiores a la décima parte del precio total convenido, el contratista o el comitente pueden pedir una revisión de dicho precio. La revisión puede ser acordada sólo en cuanto a aquella diferencia que exceda de la décima parte.

" 'Si en el curso de la obra se manifiestan dificultades de ejecución derivadas de causas geológicas, hídricas y similares, no previstas por las partes, que hagan notablemente más onerosa la prestación del contratista, éste tiene derecho a una compensación equitativa' “.

"Anota Messineo, al comentar la regulación del contrato de obras y servicios, entre los elementos jurídicos que lo caracterizan, entre otros, los siguientes:

" 'Que el respeto de los pactos contractuales no es en este contrato 'tan riguroso como de costumbre', en cuanto los pactos relativos a la compensación

debida al comitente, se mantiene solamente mientras circunstancias imprevistas o imprevisibles no sobrevengan para modificar el equilibrio económico consagrado en aquellos pactos, o, en general, la situación en vista de la cual el contrato ha sido estipulado".

"Que, aun debiéndose excluir el carácter aleatorio, en el contrato de obra 'es más marcado que en otros contratos el elemento riesgo normal', del cual habla aunque en términos generales, el artículo 1467, según apartado: (Derecho Civil y Comercial, t. V, Pág. 199)"

"En el derecho colombiano también ha hecho tránsito de la doctrina y la jurisprudencia a la ley la teoría de la imprevisión. El Código de Comercio que entró en vigencia en 1972, incorporó a sus disposiciones el siguiente precepto que la consagra:

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

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

"Con anterioridad al Código de Comercio, la Ley 4ª. de 1964, sobre industria de la construcción, concursos y contratos de las entidades oficiales, incorporó al régimen legal de estos convenios el principio de la revisión periódica de los precios en función de toda variación de cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos, y dispuso que estos reajustes se hicieran, en lo posible, mediante el empleo de fórmulas matemáticas, como desde entonces ha sido práctica generalizada en los contratos administrativos de obra pública. El Decreto 150 de 1976, sobre régimen legal de los contratos de la administración pública nacional, da a las partes la potestad de pactar la revisión periódica de los precios.

"En cuanto a las dificultades materiales imprevisibles, no existe en la legislación colombiana un texto expreso que consagre la teoría para los contratos de obra pública. Se encuentra sí la simiente de este principio en el Código Civil, en su artículo 2060, relativo a los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario, que se encargue de toda la obra por un precio único prefijado. Entre las reglas aplicables a este contrato, establece el Código Civil, lo siguiente:

" 'Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionan costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehusa, podrá recurrir al juez o prefecto para que

decida si ha debido o no preverse el recargo de la obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda' ".

"En el derecho colombiano, no existiendo textos legales expresos, las dificultades materiales imprevistas e imprevisibles al momento de contratar que se presenten durante la ejecución de la obra, y que alteren fundamentalmente la economía del contrato, a falta de estipulaciones contractuales que las regulen, deben considerarse y resolverse con aplicación de los principios generales de derecho que encuentren su fuente en otras normas positivas o en las teorías jurídicas que los consagren. (Art. 8º. de la Ley 153 / 887)". (Laudo arbitral, diciembre 3 de 1977, *Konstruktor Split Yugoslavia* y Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E. Arbitros: Doctores Carlos Holguín Holguín, Alvaro Leal Morales y Alberto Hernández Mora".

1º. De toda la doctrina y la jurisprudencia transcritas, resulta claro que la teoría de la imprevisión es admisible cuando la ecuación financiera del contrato de tracto sucesivo o ejecución diferida sufre "enorme alteración" por hechos sobrevinientes durante la ejecución y que no eran previsibles en el momento de la celebración.

2º. Según copia al carbón, en papel común, sin constancia de pago del impuesto de timbre o de su exoneración, el contrato afirmado en la demanda, tenía la duración de un año "prorrogable a voluntad de las partes. . ." (cláusula 2ª.) y tal plazo comenzó a correr a partir del 1º. de noviembre de 1966, según la cláusula: "Aclaración - Décima primera", (ver fl. 2).

3º. Es decir, que bastaba la manifestación expresa y escrita de una de las partes, comunicada a la otra, para que el contrato no se prorrogara por una sola vez o por una vez más, según la época en que tal manifestación se hiciera.

4º. Aunque la demanda dice que la arrendadora hizo múltiples manifestaciones sobre su voluntad de no prorrogar el contrato citado, lo cierto es que en el proceso sólo aparece copia de la carta de 16 de diciembre de 1977 en la que se lee: ". . .como consecuencia de que no prorrogo por más tiempo la vigencia de ese contrato. . ." por lo que, atendido que la nueva prórroga del convenio se había iniciado el 1º. de noviembre de 1977, ante la tácita voluntad de los contratantes y la cláusula analizada, no hay duda de que el aludido arrendamiento terminó el 1º. de noviembre de 1978, por virtud de la expresa manifestación de la arrendadora en diciembre 16 de 1977.

5º. Pero si la prórroga operaba en noviembre de 1977, lo fue por voluntad tácita de la arrendadora, obvio que durante tal año no podía pedir ni el reajuste, ni la suspensión del contrato.

6º. Y es que no puede entenderse el artículo 16 del Código Fiscal de Cundinamarca en el sentido de que la suspensión proceda, cuando la *terminación* dependa exclusivamente de la voluntad de la misma parte que esgrime judicialmente la pretensión de suspensión.

Por el contrario, las pretensiones fundamentales sobre la te orla de la imprevisión, resultan protegibles precisamente en cuanto sin ellas, la parte se vea obligada a cumplir un contrato que la arruina o lesiona por las graves alteraciones en los términos de la justicia económica contractual, pero nunca, cuando dicha parte perjudicada, puede ponerle término a tal contrato, con su sola decisión, como es el caso de autos.

7º. Nótese, para mayor abundamiento, que bastaba a la arrendadora manifestar su decisión de no prorrogar, comunicada a la otra parte, antes del 1º. de noviembre de 1967, para que el contrato controvertido no hubiera tenido vigencia sino durante un año.

8º. Lo anterior es suficiente para denegar la suspensión del contrato y el reajuste del canon mensual, ordenados en la sentencia, sin necesidad de entrar a estudiar los distintos ordenamientos legales sobre congelación de arrendamientos y su campo de aplicación, ni la calidad de "imprevisible" que tenga la inflación en Colombia, crónica durante los últimos 40 años, frente a cánones contractuales de corta duración.

9º. Por lo que respecta a la "resolución" impetrada en la demanda, y que tratándose de un contrato de "tracto sucesivo", sería la resciliación" y no resolución, precisa decirse:

a) Que manifestada legalmente la voluntad de no prorrogarlo, según carta de diciembre 16 de 1977, el contrato terminó, *de jure*, el 1º de noviembre de 1978, por lo que la "resciliación" o "terminación", no procede ante un contrato cuyo plazo de duración terminó legalmente.

b) Pero, además, la alegación de la mora en los pagos de los cánones mensuales, sólo tuvo como prueba la de inspección judicial (fl. 25) que sólo recogió la correspondiente a los meses de julio, agosto y septiembre de 1978, cuya mora no sirve a los fines del libelo demandatorio de 27 de febrero de 1978, pues tales pagos se refieren a hechos posteriores a la demanda.

c) En cambio, probado el pago de tales mensualidades, se presume el pago legal de todas las anteriores, según el artículo 1628 del Código Civil.

Estas razones son suficientes para que no prospere tampoco esta petición.

9º. En lo que respecta a los perjuicios basta decir:

a) Que según la inspección judicial (fl. 33) y el dictamen pericial (fl. 42), las averías del inmueble arrendado, son filtraciones de la placa de cubierta del segundo piso; las claraboyas de la bodega principal, el W. C. y el aguamanil del baño del segundo piso, todas ellas de naturaleza necesaria, cuya reparación corresponde al arrendador, según el artículo 1895 del Código Civil y no al arrendatario, por lo que carece de razón esta súplica del libelo.

b) Por lo demás, lo dicen los mismos expertos, al rendir su dictamen y especificar los costos para la arrendadora.

c) Obsérvese que conforme al artículo 2028 del Código Civil, "las reparaciones llamadas locativas a que es obligado el *inquilino o arrendatario de casa*, se reducen a mantener el edificio en el estado que lo recibió; pero no es responsable de los deterioros que provengan del tiempo y uso legítimos, o de fuerza mayor, o de caso fortuito, o de la mala calidad del edificio, por su vestustez, por la naturaleza del suelo. o por defectos de construcción". Y en el asunto *sub lite*, apreciado un arrendamiento de más de 11 años , bien puede, a falta de prueba en contrario, tomarse los daños observados, como causados por "el tiempo y uso legítimos" pues no en balde la legislación tributaria toma como lapso para depreciación de inmuebles el de 10 años, considerando como tal, la vida útil de los mismos.

Por lo demás, las "filtraciones en la placa de cubierta", imponen una reparación *necesaria*, es decir, de aquellas *indispensables* según el artículo 1993 que corren a cargo del arrendador y "que se hacen a la casa para impedir su pérdida o deterioro, como las reparaciones realizadas en un edificio que amenaza ruina. . ." (Casación, nov. 17 de 1947, *Gaceta Judicial*, LXIII, pág. 617).

El contrato terminó el 1º. de noviembre de 1978 y el departamento deberá entregarlo o ser compelido a hacerlo mediante las acciones pertinentes.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *Revoca*, en todas sus partes, el fallo consultado y, en su lugar,

Resuelve:

1º. *Deniéganse* todas las súplicas del libelo.

2º. Devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase. Revalídese el papel común utilizado.

Jorge Valencia Arango, Jorge Dangond Flórez, Carlos Betancur Jaramillo, Osvaldo Abello Noguera.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.