



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

OJ- _____ - 09

Bogotá, D.C.,

Doctor
HARVEY ZAMBRANO TORRES
Vicerrector Administrativo y Financiero
Universidad Distrital Francisco José de Caldas
Ciudad

REFERENCIA: Concepto Jurídico sobre desequilibrio económico FERLAG.

Respetado Doctor Zambrano.

En atención a su solicitud de concepto de fecha 16 de marzo de 2009, sobre la reclamación económica realizadas dentro del marco del contrato 069 de 2008 suscrito con FERLAG, me permito emitir el respectivo concepto, en los siguientes términos:

1. Del régimen contractual de la Universidad Distrital.

La Ley 30 de 1992 (Por medio de la cual se organiza el servicio público de educación superior) establece en su artículo 93 que **en los contratos que, para el cumplimiento de sus funciones, celebren las universidades estatales u oficiales, se aplicarán las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los mismos.** Además, el artículo 94 de la misma norma, dispone que para su validez, dichos contratos, además del cumplimiento de los requisitos propios de la contratación entre particulares, estarán sujetos a los requisitos de aprobación y registro presupuestal, a la sujeción de los pagos según la suficiencia de las respectivas apropiaciones, publicación en el Diario Oficial y pago del impuesto de timbre nacional cuando a éste haya lugar.

En este mismo sentido se expresa el artículo 10 del Acuerdo 08 de 2003 (Estatuto de Contratación de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas). Por lo anterior, los contratos que se celebren para llevar a cabo la ejecución de los Contratos Interadministrativos suscritos por esta Universidad, se rigen por las normas del derecho privado y el Estatuto de Contratación de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas.

2. De las condiciones exigidas legalmente para la revisión y reajustes de los contratos

Para determinar si es procedente o no la reclamación realizada por el contratista, es necesario determinar con claridad los presupuestos jurídicos que deben cumplirse para dar viabilidad a este tipo de requerimientos.

Teniendo en cuenta el régimen legal que inspira los contratos que celebra la Universidad, el primer referente que se encuentra es el dispuesto en el Acuerdo 08 de 2003 (Estatuto de



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

Contratación de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas), que en el numeral 2 del artículo 4, expresa:

*“Derecho Privado: Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones derivadas de los contratos que celebre la Universidad, **sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán los aplicados en las obligaciones y negocios jurídicos del derecho civil y mercantil.**” (Negrilla fuera de texto)*

En este sentido, el artículo 7 del Estatuto, dispone:

*“Imprevisión de los contratos. 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.*

La Universidad procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes a favor o en contra que la equidad indique; en caso contrario se acudirá a los mecanismos de solución directa a controversias.” (Negrilla fuera de texto).

En consecuencia, las condiciones que se deben presentar para analizar la reclamación, son los siguientes:

- a. Circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles.
- b. Ocurrencia posterior a la celebración del contrato.
- c. Contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida.
- d. Consecuencias de excesiva onerosidad.

Estos aspectos hacen referencia a lo que el ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia y la doctrina han denominado, la teoría de la imprevisión.

Los contratos de derecho privado se rigen por el axioma conocido como *el contrato es ley para las partes*, derivado del Código Civil, circunscribiendo de esta forma, sus efectos solamente a lo pactado en el acuerdo; sin embargo, una de las excepciones a esta regla es la Teoría de la Imprevisión, que aunque no está consagrada en el Código Civil Colombiano, si lo está en el de Comercio (artículo 868)¹. Este instituto jurídico permite, en comienzo al juez, pero también a las partes, *modificar las condiciones inicialmente pactadas, ante la grave alteración de la relación jurídica debido a circunstancias extraordinarias surgidas luego*

¹ <REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS>. Cuando circunstancias, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

de la celebración del contrato y que lo hacen excesivamente gravoso para la parte que reclama.²

La teoría de la imprevisión ha sido desarrollada, desde hace ya un buen tiempo, por la Corte Suprema de Justicia, en donde se ha indicado lo siguiente:

“Esta teoría radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir, que se trata de hechos extraordinarios posteriores al contrato que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad.

No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc.

Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y exorbitante ante las nuevas circunstancias. Todo esto, como es obvio, requiere la concurrencia de un conjunto de hechos complejos y variados, que deben alegarse y probarse y es materia de decisiones especiales de los jueces de instancia.”³ (Negrilla fuera de texto).

Es así como en todos los contratos se entiende que, de manera tácita, las partes acuerdan que la voluntad de obligarse se encuentra sujeta a las condiciones y circunstancias existentes al momento de celebrar el contrato. No obstante, la misma ley en su espíritu consagra esta cláusula como propia de la naturaleza de los contratos dado que mantener el equilibrio económico en las relaciones de los particulares, hacen parte de la preservación del orden público económico y el mantenimiento de un orden justo.

Sobre el tema, el Consejo de Estado⁴ ha expresado, lo siguiente:

(La teoría de la imprevisión consiste) “en las situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución”: situaciones que básicamente consisten en eventos económicos tales como “... crisis económica grave; devaluación extraordinaria; aumento fundamental y sorpresivo de los costos de la materia prima esencial para la ejecución del contrato; conmoción social, etc”, siendo entonces indispensable para que se configure, la concurrencia de tres elementos: 1) que el hecho perturbatorio sea exógeno; 2) que no haya podido ser razonablemente previsto por las partes al momento de contratar y 3) que produzca

² De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano, Antonio Bohórquez Orduz. Volumen 2. Pagina 197.

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Mayo 23 de 1938. M.P. Arturo Tapias Tilonieta.

⁴ Consejo de Estado, sentencia de 18 de septiembre de 2003, actor: Sociedad Castro Tcherassi y Compañía Ltda



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

una afectación de la ecuación económica del contrato extraordinaria y excepcional,” (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, teniendo en cuenta el estudio anterior, se desarrollará cada uno de los requisitos exigidos por la teoría de la imprevisión, así:

a. Circunstancias extraordinarias.

Consiste en que tales eventos hayan surgido por *razones fuera de lo común, de aquellas que no correspondían al ordinario acontecer para la época en la cual debería ocurrir la ejecución del contrato.*⁵

b. Circunstancias imprevistas o imprevisibles.

Hace referencia a aquellas circunstancias que *razonablemente las partes no pudieron prever que ocurrirían en el futuro, desde el momento de la celebración del contrato.*⁶

c. Ocurrencia posterior a la celebración del contrato.

*Los hechos, extraordinarios e imprevistos, deben ser además, posteriores a la celebración del contrato. Es claro que si tales circunstancias son anteriores o concomitantes con la celebración del contrato, y de fácil acceso al conocimiento de los contratantes, ya no puede hablarse de imprevisión sino, probablemente de descuido.*⁷

d. Contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida.

La Ley y el Estatuto de Contratación han estipulado que la imprevisión sólo es factible en contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida, dado que su prolongación en el tiempo es lo que permite que las circunstancias no previstas puedan ocurrir.

También se suma a lo anterior, que el contrato no puede ser aleatorio, pues en ellos va implícito un riesgo que parte del desconocimiento de los contratantes de los sucesos futuros que puedan afectar el contrato y generar ganancias o pérdidas.

En los contratos aleatorios hay un elemento muy importante llamado alea, que determina las prestaciones a cargo de una de las partes y que permite, de acuerdo con este albur que se corre, que unas veces esa parte no tenga que cubrir prestación alguna y otras, que la

⁵ De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano, Antonio Bohórquez Orduz. Volumen 2. Pagina 203.

⁶ De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano, Antonio Bohórquez Orduz. Volumen 2. Pagina 204.

⁷ De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano, Antonio Bohórquez Orduz. Volumen 2. Pagina 204.



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

prestación pueda ser exageradamente desproporcionada en relación con la que le correspondía a la parte contraria.⁸

e. Consecuencias de excesiva onerosidad.

Consiste en que las circunstancias imprevistas generan tal magnitud que la parte obligada a cumplir, resulte afectada de forma grave, tanto como si lo coloca en ruina o como sin llegar a ello, la conmutatividad de las obligaciones no se compece con el contrato.

Sobre el particular, ha expresado el Consejo de Estado⁹ lo siguiente:

“Es fundamental e indispensable que la economía del contrato se altere en forma grave y directa, de tal modo que represente una pérdida significativa o verdadera para el contratista, mas no cualquier sacrificio, pues en esta materia no se trata de asegurar a favor del contratista todo tipo de alea o contingencia a la que esta sometida una relación negocial, especialmente cuando su ejecución o cumplimiento deba satisfacerse en forma sucesiva o periódica, pues por principio las partes del negocio jurídico deben correr con la suerte de aquellos costos normales o inversiones adicionales a las previstas al momento de celebrar el contrato

(...)

Por lo demás, se tendrán en cuenta las pérdidas o perjuicios sufridos, y no las ganancias posibles que el cocontratante hubiera podido obtener de no ocurrir el trastorno del contrato. La imprevisión no cubre ni asegura ganancias; sólo es una ayuda en las pérdidas. Por ello, y ésta es otra condición importante, por vía de la teoría de la imprevisión no deben cubrirse todas las pérdidas sufridas por el cocontratante, sino las que sea menester cubrir para que el álea del contrato pase de un limite extraordinario o anormal a un limite normal o común.” (Negrilla fuera de texto).

Esta excesiva onerosidad debe ser demostrada mediante la comprobación de los gastos mayores en que incurriría o incurrió una de las partes y que no guardan relación con las prestaciones económicas del contrato.

En concordancia con lo anterior, la doctrina¹⁰ ha indicado:

*“Lo primero que debe hacer el contratante es, pues, probar que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera. Al emplear la terminología corriente, 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 álea extraordinario; es siempre un álea normal que debe permanecer a cargo del contratante” (Negrilla fuera de texto).*

⁸ De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano, Antonio Bohórquez Orduz. Volumen 2. Pagina 206.

⁹ Radicación: 15003 – 96 – 07740. Sección Tercera. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar

¹⁰ GASTÓN JEZE, Principios Generales del Derecho Administrativo. Buenos Aires Editorial de Palma, 1950; tomo V. pp. 51,53 Y 54.



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

Otro elemento que se debe tener en cuenta para la determinación de la teoría de la imprevisión, parte del reconocimiento de que su aplicación conlleva que el contratista pueda seguir cumpliendo con sus obligaciones una vez se restituye el equilibrio económico por parte del contratante, por lo que es necesario que el contrato se encuentre en ejecución, de lo contrario no tendría sentido la aplicación de esta figura.

En efecto, el Consejo de Estado¹¹ ha indicado:

“El trastorno o perturbación del contrato no debe ser definitivo, sino, al contrario, temporal o transitorio, ya que si así no fuera no habría motivo para que el cocontratante reclamara la ayuda de su contraparte, que es admisible sólo para continuar la ejecución del contrato. Correlativamente, debe estarse en presencia de un contrato (...) ya en curso de ejecución, puesto que debe ser posterior a su celebración, y cuyas prestaciones no estén enteramente concluidas, que en este último caso no habría interés en “ayudar” a la ejecución de un contrato ya cumplido.” (Negrilla fuera de texto).

Tan cierta es esta afirmación que el Código de Comercio contempla que cuando no es posible realizar el reajuste, el juez puede ordenar su **TERMINACIÓN**, pues el artículo 868 indica que *El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.*

3. De la procedencia de la revisión y reajuste del contrato para el caso concreto.

Sobre el particular se debe advertir que es competencia del respectivo supervisor del contrato, analizar si en el caso concreto procede o no la reclamación económica para lo cual se recomienda tener en cuenta los argumentos jurídicos esbozados en este concepto y solicitar la asesoría necesaria a esta Oficina para tomar la decisión que corresponda.

En consecuencia, lo primero que se debe analizar es si los supuestos de hecho presentados durante la ejecución del contrato se encuadran dentro de los requisitos exigidos para configurar la reclamación, vale decir, los esbozados en el numeral anterior de este concepto.

Si los supuestos jurídicos se cumplen, posteriormente se debe analizar el acervo probatorio aportado por el contratista en el que conste la materialización de cada uno de los requisitos exigidos para equilibrar el contrato.

Es importante resaltar que para proceder favorablemente con una reclamación económica, el rubro contractual denominado *imprevistos* debió haberse agotado en su totalidad de tal forma que se hizo necesario, por parte del contratista, acudir a su propio peculio para cumplir con las obligaciones contractuales; de la misma forma, los mayores costos no deben tener

¹¹ Consejo de Estado, sentencia de 18 de septiembre de 2003, actor: Sociedad Castro Tcherassi y Compañía Ltda



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

relación con las ganancias esperadas y las realmente obtenidas, pues eso es imputable directamente al contratista.

En otras palabras, el desequilibrio económico no puede versar sobre la reducción de las ganancias esperadas por cuanto eso es de la esfera y el álea propia del contratista y no del contratante.

Ahora bien, de acuerdo con los argumentos esgrimidos por el contratista, se recomienda que el supervisor analice si el incremento desproporcionado en el consumo era previsible o no al momento de celebrar el contrato y si el contratista, de acuerdo con el texto del contrato asumió esta obligación de manera indefinida, vale decir, si el pacto consistió en suministrar todos los elementos necesarios sin límite alguno, caso en el cual asumió ese riesgo y no puede ser imputable a la Universidad. De la misma forma se debe analizar si esos mayores consumos, desbordaron el rubro de imprevistos.

De otra parte, en cuanto a la variación inesperada de las condiciones económicas iniciales, se debe analizar si las mismas eran efectivamente imprevisibles y ostensibles que resultaron afectando la economía del contrato y desbordando el rubro de imprevistos.

En caso de reconocimiento, de cada argumento debe existir prueba suficiente para proceder con el mismo.

Este concepto se expide en los términos del Artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

MANUEL ALEJANDRO MOLINA RUGE
Jefe Oficina Asesora Jurídica

C.C. JOSÉ DAVID RIVERA ESCOBAR – Asesor Rectoría

Elaboró: Omar Barón. Abogado Oficina Asesora Jurídica