

CONCEPTO 10053 DE 2018

(febrero 27)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Doctor

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: REAJUSTE DE TARIFAS DE PEAJES

Respetado Doctor XXXXX.

Es pertinente recordar lo dispuesto en la Circular No. [00006](#) de 2013, para que a futuro sea tenida en cuenta por el personal de esa dependencia, y cuyo acápite pertinente señala:

[...] me permito informar que a partir de la fecha la asesoría y solicitudes de conceptos a la Dirección Jurídica, deberán ser radicados en el aplicativo Onbase y canalizados a través de la Secretaría General, Directores de Área, Jefes de Oficina, Directores Regionales, Subdirectores de Centro y Coordinadores de Grupo.

En consecuencia, de lo anterior consideramos que la solicitud se hace a título personal, sin entrar a definir la conducta asumida por quien la eleva, debido a que por medio de conceptos jurídicos no es viable analizar situaciones particulares ni evaluar actuaciones de los servidores públicos o contratistas del SENA, sin tener en cuenta lo señalado en la citada circular.

De manera comedida procedemos a resolver la consulta allegada mediante comunicación electrónica de fecha 16 de febrero de 2018, sin Radicar, nos pronunciamos en el siguiente sentido:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

CONCEPTO JURÍDICO

a) ANTECEDENTES

Mediante correo electrónico del 16 de febrero de 2018, fue puesto en nuestro conocimiento la siguiente consulta:

De manera comedida solicito a Usted absuelva la siguiente inquietud:

1. El años pasado se compraron por contratación directa peajes para uso de los vehículos oficiales en las carreteras del departamento a través de la Unión Temporal Valle del Cauca y Cauca

2. En el mes de Enero de 2018 el gobierno a través del Ministerio del Transporte decretó aumento de tarifas a peajes, situación que ha causado que a partir del primero de febrero de 2018 NO están recibiendo los peajes en el territorio del valle por parte de dicha empresa

3. El representante de la Unión Temporal Valle del Cauca y Cauca remitió un comunicado informando que debemos pagar el reajuste por cada tiquete de peaje equivalente \$ 300.00

La consulta si es podemos tramitar el pago por el reajuste de dichos peajes

-Se deja constancia que la consulta se resuelve sin recibir anexo adicional al mencionado y con la información suministrada.

b) ANÁLISIS JURÍDICO

EQUILIBRIO ECONÓMICO DE CONTRATO

i. Definición

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, conformado por la Ley [80](#) de 1993 y sus normas modificatorias y regulatorias, positivizó el principio rebus sic stantibus, de acuerdo con el cual:

“los contratantes se obliga teniendo en cuenta las condiciones existentes al momento del contrato, de manera tal que si ellas cambian en detrimento de algunas de las partes por una mayor onerosidad, el incumplimiento que se genere por esa causa, se entiende exculpado o genera un revisión del negocio⁽¹⁾”

En este orden de ideas, se estableció en el artículo [27](#) de la mencionada normativa, la obligación para las partes de mantener la igualdad o equivalencia de derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar. Esta fórmula es comúnmente llamada equilibrio de la ecuación contractual, y puntualmente el artículo dispone:

ARTÍCULO [27](#). DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo [25](#). En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”

Ahora bien, la finalidad del equilibrio económico de los contratos, es la de mantener a lo largo del tiempo las condiciones económicas y financieras que se acordaron al momento de la celebración del contrato que surgieron en virtud de la autonomía de la voluntad, con las mutuas prestaciones u obligaciones en relación con aquellas circunstancias que no fueron previstas o previsibles al momento de la celebración del contrato. En este orden de ideas, en principio la ruptura del equilibrio económico debe ser saneada.

No obstante lo anterior, debe agregarse algunas puntualizaciones frente al tema. Lo primero que es necesario señalar es que la afectación a la fórmula financiera del contrato tiene que ser, de acuerdo con el Consejo de Estado, una “afectación extraordinaria y [que] afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida y contemplada por las partes al momento de la celebración del contrato [...]”⁽²⁾, es decir, por un hecho sobreviniente a su ejecución. De manera que si la afectación no cumple éstas características, lo primero que es oportuno advertir es que no procede el reconocimiento por desequilibrio económico.

ii. Causas de desequilibrio económico de los contratos.

Dentro de los diferentes factores que pueden dar origen al rompimiento del equilibrio de la ecuación financiera de los contratos pueden ser variados. Por un lado lo primero que es necesario determinar es si se trata o no de una causa previsible o imprevisible, advirtiendo de antemano que si se trata de una causa previsible es necesario revisar la distribución de riesgo que debió haberse realizado en el contrato y de acuerdo con la misma tomar las medidas pertinentes.

Ahora bien, si no se trata de un hecho previsible, sino por el contrario, de una causa extraordinaria, refiriéndonos a circunstancias anormales y excepcionales, la doctrina y la jurisprudencia ha identificado tres modalidades principales en las cuales se puede generar ruptura del equilibrio económico del contrato, por disposición expresa del Consejo de Estado se han reconocido:

a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo -ius variandi-, sean éstas abusivas o no.

b) Actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato.

c) Factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él.⁽³⁾

Sucintamente, procederemos a desarrollar cada una de ellas con el fin de dar claridad al consultante sobre cómo proceder.

a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante –ius variandi-:

El Ius Variandi es la facultad legal con la que cuentan las entidades estatales para modificar el objeto o plazo del contrato por consideraciones de interés público, las cuales pueden afectar el equilibrio económico del contrato. El Consejo de Estado, por su parte, ha señalado que se configura esta hipótesis “cuando la administración en ejercicio de las potestades exorbitantes de interpretación, modificación y terminación unilaterales del contrato altera las condiciones existentes al momento de contratar”.⁽⁴⁾

La potestad Variandi no siempre genera desequilibrio económico, pues la ley le ha otorgado esta facultad a las entidades estatales a fin de que puedan modificar o terminar de manera unilateral el contrato, estableciendo unos límites para los mismos, pero cuando el daño proviene del ejercicio anormal de dicha facultad “La entidad es responsable y debe indemnizar plenamente todos los

perjuicios derivados de la modificación o interpretación ilegal del contrato, ya porque estas decisiones no se hayan ajustado en los eventos que prevé la Ley, porque no estuviesen precedidas de los trámites impuestos en la norma o porque no se hubiesen sujetado a las limitantes de la Ley.⁽⁵⁾

b) Teoría del Hecho del Príncipe

“Por otra parte, encontramos la Teoría del Hecho del Príncipe⁽⁶⁾ o también denominado Factum principis o acto de autoridad pública, esta figura, permite solicitar al contratista reconocimiento a una indemnización cuando se presente ruptura a la ecuación financiera o ruptura en equivalencia de derechos y obligaciones que surgieron al momento de suscribir el contrato, imputable a una medida general y abstracta que adoptó el Estado y que no fue prevista al momento de la celebración”⁽⁷⁾.

En este sentido, el Consejo de Estado señaló preceptos para ser tenida en cuenta, así:

“la medida de carácter general debe incidir en la economía del contrato y alterar la ecuación económico financiera del mismo, considerada al momento de su celebración, por un álea anormal o extraordinaria, esto es, cuando ellas causen una verdadera alteración o trastorno en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en ese sentido fue decisiva para el cocontratante”.⁽⁸⁾

La expedición de un acto general y abstracto. - La incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal. -La alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto. La imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato.⁽⁹⁾ (Subrayado fuera de texto).

c) Teoría de la Imprevisión

Finamente, en cuanto a la teoría de la imprevisión, se señala que los contratos estatales están sujetos a una previsión de factores establecidos al momento de la celebración del contrato, los cuales en principio, se esperan mantener a lo largo del contrato, que le ocasiones se altera por hechos completamente imprevisibles y no imputable a ninguna de las partes, v.gr desastres naturales.

La teoría de la imprevisión, conocida también por la doctrina como “la doctrina del riesgo imprevisible” o de “la lesión sobreviniente”, es definida por el Dr. Escobar Gil como:

El derecho que tiene el contratista a obtener de la Administración Pública el restablecimiento de la equivalencia económica del contrato, cuando el cumplimiento de la prestaciones se torna excesivamente oneroso, por hechos y circunstancias extraordinarias, imprevistos y ajenos a las partes, ocurridos con posterioridad a la celebración del contrato.⁽¹⁰⁾

Para que se configure la teoría de la imprevisión, según Dr. Escobar Gil,⁽¹¹⁾ es necesario que concurren los siguientes elementos:

- “Un hecho extraordinario o imprevisto: La teoría de la imprevisión debe ser de una naturaleza tal, que no haya podido ser razonablemente previsto por los contratantes al momento de la formación del negocio jurídico. No es necesario que el hecho o la causa sea imprevista, es suficiente que las consecuencias económicas que de este se derivan hayan sido imprevistas.

- Hecho externo a las partes: el riesgo imprevisible debe ser un hecho externo a las partes, es decir, completamente ajeno a la voluntad de los contratantes.
- Ruptura de la equivalencia económica del contrato: para que pueda alegarse debe alterar la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar. Basta que se afecte las condiciones económicas del contrato en una proporción que torne excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación.
- Posibilidad de cumplimiento de la prestación: el fenómeno excepcional no revista una magnitud que impida al deudor cumplir la prestación que constituye el objeto de la obligación.
- Contrato en fase de ejecución.
- Causalidad adecuada: debe de existir una relación de causalidad adecuada entre el fenómeno extraordinario y la ruptura de la equivalencia económica del contrato”⁽¹²⁾

C) CONSULTA

Respecto a sus consultas y con fundamento en lo señalado con anterioridad tenemos:

En un primer momento es necesario revisar si dentro del clausulado contractual se encuentra cláusulas de reajustes de precio que deban ser aplicadas al caso, o si, se reguló el riesgo de variación de las tarifas en la matriz de riesgos que debe reposar en los estudios previos del proceso de contratación.

Ahora bien, si dicho riesgo no se encontraba regulado, se advierte que el equilibrio económico del contrato también puede romperse, en razón a causas externas imprevisibles, las cuales han sido reconocidas por el Consejo de Estado principalmente en las siguientes:

- a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo -ius variandi-, sean éstas abusivas o no.
- b) Actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato.
- c) Factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él. ⁽¹³⁾

En caso de encontrarse la situación fáctica en alguna de estas causales, deberá procederse al restablecimiento del equilibrio económico, mediante el mecanismo de a) adición de contrato, b) reconocimiento en la liquidación o c) acuerdo transaccional o conciliación.

Finalmente, se advierte que el desequilibrio del contrato causado por la expedición de un Decreto de orden nacional, de no haber sido contemplado como riesgo previsible -por ejemplo la normativa que anualmente se expiden como el aumento del salario mínimo suelen ser contemplados como riesgo previsible-, puede configurar la hipótesis del hecho del príncipe, en razón a que el Gobierno en su orden nacional y en ejercicio de sus facultades reglamentarias cambia las condiciones iniciales del contrato, y por consiguiente puede procederse a su reconocimiento y pago.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordialmente,

CARLOS EMILIO BURBANO BARRERA

Coordinador

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Dávila, L. Régimen jurídico de la Contratación Estatal. Ed. Legis. Tercera edición.
2. Consejo de Estado, Sección Tercera Radicado 24996 M.P. Mauricio Fajardo Gómez 13 de febrero del 2013.
3. Consejo de Estado, Sección Tercera Radicado 21990 M.P. Ruth Stella Correa. 28 de junio de 2012.
4. Consejo de Estado, Sección Tercera Radicado 18080 M.P. Ruth Stella Correa. 31 de agosto de 2011
5. Revista de Derecho Privado No. 14 del 2008. Universidad Externado. La responsabilidad contractual del Estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?. Pág. 183.
6. Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicado 2092563 M.P. Martha Nubia Velázquez Rico. 23 de noviembre de 2016
7. Beltrán, Jorge. Antología de Conceptos jurídicos en Contratación Estatal.
8. Consejo de Estado, Sentencia Radicado 14577. M.P. Ricardo Hoyos Duque. 29 de mayo de 2003
9. Consejo de estado. Sección Tercera. Radicado 15665. M.P. Enrique Gil Botero. 4 de febrero de 2010
10. ESCOBAR Gil, Rodrigo (1999). Teoría General de los contratos de la Administración Pública. Pág. 551. 565.
11. Ídem. Pág. 565-570.
12. Citado en el texto: Beltrán, Jorge Antología de conceptos jurídicos en materia contractual.
13. Consejo de Estado, Sección Tercera Radicado 21990 M.P. Ruth Stella Correa. 28 de junio de 2012.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

