

LA TEORÍA DEL HECHO DEL PRÍNCIPE EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El contenido de la teoría del hecho del príncipe en el derecho administrativo*. III. *Antecedentes y origen de la teoría del hecho del príncipe*. IV. *Justificación de la aplicación de la teoría del hecho del príncipe en los contratos administrativos*. V. *Condiciones para la procedencia de la aplicación de la teoría del hecho del príncipe en los contratos administrativos*. VI. *Los efectos jurídicos de la aplicación de la teoría del hecho del príncipe en los contratos administrativos*. VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La teoría del hecho del príncipe dentro del contexto del principio del equilibrio económico y financiero en los contratos administrativos, resulta de especial interés y de permanente actualidad para el estudio del régimen jurídico de los citados contratos, en tanto que, como lo ha expresado la doctrina más autorizada, “la teoría del hecho del príncipe es una de las más confusas del derecho de los contratos administrativos”.¹

Para acometer el estudio de esta teoría partimos de la idea según la cual los contratos administrativos deben ser pactados en forma tal, que exista una interdependencia entre las prestaciones, es decir, que como contratos sinalagmáticos que son, debe existir una reciprocidad entre las obligaciones de cada una de las partes, de tal manera que exista una correspondencia de unas con otras, pudiendo considerarse como equivalentes las prestaciones pactadas. El equilibrio contractual se refiere, entonces, a la necesidad de que dicha correspondencia entre prestaciones, esto es, entre derechos y obligaciones, se mantenga hasta la finalización del contrato.

¹ Laubadère, André de, Moderne, Franck y Delvolvé, Pierre, *Traité des contrats administratifs*, 2a. ed., París, LGDJ, 1984, vol. II, núm. 1291.

No obstante esa idea general que rige los contratos administrativos, durante su ejecución es posible que se presenten hechos que supongan modificaciones materiales en las condiciones pactadas. Estas modificaciones en las condiciones de ejecución pactadas, incluso por razones ajenas a los cocontratantes, pueden generar una alteración o una ruptura en el equilibrio económico del contrato y hacer nacer el deber de restablecimiento de las condiciones previstas al momento de proponer, en caso de licitación o concurso público, o de contratar, en caso de contratación directa.

El actual estatuto colombiano de contratación de la administración pública, contenido en la Ley 80 de 1993, reconoció ampliamente el derecho de los cocontratantes, no sólo del particular contratista, a que se mantenga la equivalencia en las prestaciones pactadas. En efecto, la citada ley establece de manera amplia, en su artículo 27, como un verdadero principio de la contratación administrativa el de la “ecuación contractual”, en los siguientes términos:

En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o 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.

Como se encuentra comúnmente aceptado, la ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato administrativo puede darse durante su ejecución por diversas razones. No obstante, ni la doctrina ni la jurisprudencia se han puesto de acuerdo sobre cuáles son específicamente esas causales que dan lugar a la citada ruptura. Sin embargo, a pesar de la incertidumbre en la enumeración y tipificación de las causales, en todas las clasificaciones planteadas por la doctrina una de las causales de ruptura del equilibrio económico se encuentra referida a la acción unilateral de la administración, vertida específicamente en actos o actuaciones administrativas ajenas al contrato, que hacen más onerosa la ejecución del negocio jurídico.²

² Véase, entre otros, a Prat, Julio A., *Derecho administrativo*, vol. 2: *Actos y contratos administrativos*, Montevideo, Acali Editorial, 1978, t. 3, pp. 306 y ss; a Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A: *Contratos administrativos. Teoría general*, 4a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, núm. 762, y a Dávila Vinueza,

En este trabajo nos proponemos estudiar los pormenores de esa causal, conocida como la teoría del hecho del príncipe, la cual, no obstante su escasa frecuencia en la práctica de la actividad contractual de la administración, reviste un gran interés para la definición del régimen específico al cual se encuentran sujetos los contratos administrativos.

En tal orden de ideas, para efectos metodológicos, presentaremos la exposición en cinco partes, a saber: en primer lugar, precisaremos el contenido de la teoría del hecho del príncipe; I. Posteriormente analizaremos los antecedentes históricos y el origen de la misma; II. Más adelante estudiaremos la manera como se ha justificado la aplicación de la teoría en los contratos administrativos; III. A continuación, explicaremos las condiciones para la procedencia de la aplicación de la teoría; IV. Finalmente, veremos los efectos que genera su aplicación, y V. Una vez hecha la presentación anterior, formularemos algunas conclusiones.

II. EL CONTENIDO DE LA TEORÍA DEL HECHO DEL PRÍNCIPE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Como lo señalamos en la introducción, el estudio de la teoría del hecho del príncipe es quizás uno de los capítulos más complejos en el derecho de los contratos administrativos. La complejidad del estudio de esta teoría proviene principalmente de la incertidumbre en el contenido de la expresión.³ En su formulación más antigua, la expresión “fait du prince” o “hecho del príncipe” se circunscribía a una medida arbitraria y violenta, ex-

Luis Guillermo, *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 2a. ed., Bogotá, Legis Editores, 2003, pp. 496 y ss. Desde el punto de vista de la jurisprudencia administrativa colombiana, véanse, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 26 de febrero de 2004, Expediente 1991-07391 (14.043), y del 2 de septiembre de 2004, Expediente 1996-04029 (14.578).

³ Véase a Saroit Badaoui, quien concluyó que “el término «hecho del príncipe» no corresponde en derecho administrativo a una categoría jurídica netamente individualizada” (Saroit Badaoui, *Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien*, París, LGDJ, 1954, p. 219). El mismo Hauriou manifestó que “la categoría del hecho del príncipe es tal vez una de esas categorías provisionales, en las que se tienen que clasificar inicialmente los casos que sorprenden porque constituyen excepciones a las reglas fijadas, y luego, más tarde, uno se da cuenta que son casos heterogéneos, y que sería mejor estudiarlos cada uno en sus particularidades” (Maurice Hauriou, note au S. 1902, 3, 13, citado por Laubadère, Anfré de, Moderne, Franck y Delvolvé, Pierre, *Traité des contrats administratifs*, cit., nota 1, p. 517).

pedida con base en la fuerza coercitiva que ostenta el titular de la autoridad pública.⁴

A su vez, resulta indispensable precisar que la expresión “hecho del príncipe” no es completamente ajena a los autores de derecho privado. En efecto, la doctrina de este derecho considera al “hecho del príncipe” como una de las especies de la causa extraña que exime de responsabilidad al deudor que incumple su obligación por romperse el nexo de causalidad entre su comportamiento antijurídico y el daño. Se trata, en la perspectiva de algunos, de una variante de la fuerza mayor y, en otros casos, de una especie de hecho de un tercero, siempre con la consecuencia de eximir, al deudor afectado, del cumplimiento fiel de la obligación contraída.⁵

En la actualidad, dentro del contexto del derecho de los contratos administrativos, la expresión “hecho del príncipe” es utilizada comúnmente con diversas acepciones: una en sentido lato y otra en sentido estricto.⁶ En sentido lato, la expresión “hecho del príncipe” se refiere a toda intervención de los poderes públicos, es decir, de cualquier órgano del Estado que afecte de cualquier forma, ya sea de manera directa o indirecta, la ejecución del contrato. La doctrina que sostiene esta posición ha definido la figura en los siguientes términos:

La teoría del hecho del príncipe... nació para corregir las consecuencias de aquellas intervenciones de los poderes públicos que tuvieran por efecto afectar, con medidas generales, las condiciones jurídicas o de hecho con-

4 Véase a Benavides, José Luis, *El contrato estatal*, 2a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 536, con cita de la doctrina que sostiene esta posición.

5 Véase a Terré, Françoise, Simler, Philippe y Lequette, Yves, *Droit civil: les obligations*, 5a. ed., París, Dalloz, 1993, p. 458; a Ripert, Georges y Boulanger, Jean, *Traité de droit civil*, París, LGDJ, 1957, t. II, p. 301; y a Barrera Tapias, Carlos Darío y Ballesteros, Jorge Santos, *El daño justificado*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1994, p. 28, quienes hacen notar que, en el derecho colombiano, según lo establecido en el artículo 1o. de la Ley 95 de 1890, que define la noción de “fuerza mayor”, los “actos de autoridad” constituyen una de las formas en que puede manifestarse la fuerza mayor.

6 Al respecto, véase a Laubadère, André de, Moderne, Franck y Delvolvé, Pierre, *Traité des contrats administratifs*, cit., nota 1, pp. 1292 y 1293; y a Benavides, José Luis, *El contrato estatal*, cit., nota 4, pp. 537 y 538. La jurisprudencia arbitral colombiana también ha resaltado estas dos formas de entender el significado de la teoría del hecho del príncipe: véase “Tribunal de Arbitramento de Cables de Energía y de Telecomunicaciones «Centelsa S.A.» contra Empresa de Energía de Bogotá, Laudo del 30 de septiembre de 1996”, en *Laudos arbitrales-versión cd*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, septiembre de 2005.

forme a las cuales el contratista ejecuta su contrato... el hecho del príncipe concierne a las medidas que no tienen por objeto realizar directamente la prerrogativa modificatoria, pero que inciden o repercuten sobre el contrato, haciendo que su cumplimiento sea más oneroso.⁷

En cambio, en sentido estricto, la expresión, que también se conoce como “hecho de la administración”, designa los actos provenientes de la autoridad pública contratante que, sin tener por objeto el contrato, generan efectos sobre el mismo en cuanto a las condiciones de su ejecución. La doctrina partidaria de concebir la expresión en este sentido más restringido, encabezada por de Laubadère, ha manifestado:

El hecho del príncipe es una medida tomada por la autoridad contratante que afecta las condiciones de ejecución del contrato. Pero, como medida tomada por la administración contratante, el hecho del príncipe parece duplicarse. La administración contratante puede, en primer lugar, tomar una medida que tiene por objeto directo y, en consecuencia, al mismo tiempo por efecto, modificar las condiciones de ejecución del contrato... en segundo lugar, la administración puede tomar una medida que si bien no tiene por objeto propio la ejecución del contrato, tiene un efecto sobre esta ejecución... podríamos reservar para la segunda hipótesis la expresión «hecho del príncipe».⁸

En sentido similar, la jurisprudencia administrativa colombiana ha apoyado esta posición manifestando:

...se presenta un hecho del príncipe cuando el Estado expide una medida de carácter general y abstracto que era imprevisible al momento de la celebración del contrato y que incide en forma directa o indirecta en el mismo, alterando en forma extraordinaria o anormal la ecuación financiera surgida al momento de proponer el contratista su oferta o celebrar el contrato, precisando sin embargo, que sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe.

⁷ Cassagne, Juan Carlos, “El equilibrio económico-financiero del contrato administrativo”, *Estudios de derecho público*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1995, p. 140.

⁸ Laubadère, André.de, Moderne, Franck y Delvolvé, Pierre, *Traité des contrats administratifs*, cit., nota 1, p. 1293. En similar sentido, Benoît, Francis-Paul, *El derecho administrativo francés*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977, p. 775: “por hecho del príncipe conviene entender los actos jurídicos y las operaciones materiales que tienen repercusiones sobre el contrato, y que han sido efectuadas por la colectividad que ha concluido el contrato, pero actuando en calidad distinta de la de contratante”.

cipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante.⁹

Lo propio ha hecho la jurisprudencia arbitral al señalar que:

...por “hecho del príncipe” en sentido estricto y preciso, ha de entenderse —y tal es la postura que adopta este tribunal— toda decisión o conducta proveniente de la misma autoridad que celebró el contrato, cumplida o realizada por ella en ejercicio de atribuciones suyas, propias del poder público, distintas de aquellas de que disfruta o es titular en cuanto contratante, que sobreviniendo durante la ejecución de un contrato administrativo, sea susceptible de causar un perjuicio real, cierto, directo y especial al contratista, porque produzca una alteración anormal de la ecuación económico-financiera del contrato y que este no haya podido prever al momento de celebrarlo.¹⁰

Los partidarios de esta comprensión del “hecho de príncipe” en sentido estricto consideran que las intervenciones de otras autoridades administrativas diferentes a la entidad pública contratante o de otros poderes públicos afectan el álea económico y no el álea administrativo, de tal manera que permiten dar lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, siempre que se cumplan todas las condiciones para la procedencia de esta causal de ruptura del equilibrio económico del contrato. A su vez, las medidas de la misma entidad contratante, actuando no como autoridad pública sino como parte del contrato, que afecten las condiciones de ejecución del mismo, es decir, que afecten el álea administrativo, pueden dar lugar a la aplicación de la teoría de la *potestas variandi* o de la responsabilidad de la administración por incumplimiento.

Con un sentido más general, sin comprometerse en la definición de “administración” y sin especificar qué clase de actos pueden afectar el contrato, la moderna doctrina francesa ha definido el hecho del príncipe, así: “El hecho del príncipe consiste en una decisión o incluso un comportamiento de la administración que no puede ser previsto en la suscripción del contrato y que tiene sus consecuencia sobre la ejecución de éste”.¹¹

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003, Expediente 1996-05631.

¹⁰ “Tribunal de Arbitramento...”, *cit.*, nota 6.

¹¹ Richer, Laurent, *Droit des contrats administratifs*, 4a. ed., París, LGDJ, 2004, p. 392.

Podemos concluir, entonces, que no existe en la doctrina una noción única de “hecho del príncipe”. Sin embargo, por las razones que exponemos más adelante, consideramos que el hecho del príncipe es una de las causales de ruptura del equilibrio económico de los contratos administrativos, que se presenta por la expedición de actos jurídicos o por actuaciones materiales, generales o particulares, de la entidad administrativa contratante, en ejercicio de atribuciones como autoridad pública y no como parte del contrato, que lo afectan haciendo considerablemente más oneroso para el contratista su fiel cumplimiento.

III. ANTECEDENTES Y ORIGEN DE LA TEORÍA DEL HECHO DEL PRÍNCIPE

Uno de los aspectos al cual la doctrina ha prestado menor atención en la exposición de la teoría del hecho del príncipe es el relacionado con su formación histórica. En efecto, son muy aisladas y escasas las referencias al origen y antecedentes de esta teoría.

Como lo expresamos atrás, la doctrina especializada ha hecho notar que, en su formulación más antigua, la expresión “fait du prince” o “hecho del príncipe” se circunscribía a una medida arbitraria y violenta, expedida con base en la fuerza coercitiva que ostenta el titular de la autoridad pública.¹²

Igualmente, la doctrina de los contratos administrativos ha presentado algunos antecedentes históricos referidos a hechos específicos en los cuales se aplicaban soluciones similares a las del moderno hecho del príncipe. Así, por ejemplo, en la doctrina se hace referencia a las disposiciones del antiguo derecho español referidas a los contratos de riesgo celebrado por la corona, que eran los contratos suscritos por la administración española con el objeto de realizar la oportuna recaudación de los impuestos y demás fondos fiscales. En estos contratos se reconocía a la corona una especie de prerrogativa de modificación unilateral de sus contratos de riesgo, a través de una medida general de buen gobierno que resultaba afectando las condiciones generales de su ejecución.¹³

¹² Véase a Benavides, José Luis, *El contrato estatal*, cit., nota 4, p. 536, con cita de la doctrina que sostiene esta posición.

¹³ En este sentido puede verse a Ariño Ortíz, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1968, pp. 255 y ss., quien cita los documentos históricos que respaldan esta posición.

No obstante, esta ausencia de atención a este aspecto de la teoría y de la referencia a técnicas remotas de derecho interno que pueden indicarse como antecedentes, la doctrina es unívoca en reconocer que es a la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, junto con la doctrina gala del derecho administrativo, a quienes se les debe el desarrollo moderno y la sistematización de esta teoría dentro de la figura del contrato administrativo.¹⁴ En este sentido, la propia doctrina francesa ha aceptado que quien enuncia por primera vez esta teoría del hecho del príncipe dentro del contexto de su formulación moderna, como una de las expresiones de la responsabilidad administrativa sin falta, es Maurice Hauriou, pero reconoce que ha sido trascendental la labor de la jurisprudencia del Consejo de Estado, a la par con la doctrina que la comenta, para delimitar la noción moderna y sus condiciones de ejecución.¹⁵

IV. JUSTIFICACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL HECHO DEL PRÍNCIPE EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Los contratos administrativos, como cualquier otro contrato conmutativo o bilateral oneroso, son celebrados por los cocontratantes con base en unas determinadas previsiones económicas que se realizan teniendo en cuenta una situación coyuntural específica, tanto desde el punto de vista económico, como del político y jurídico. No obstante, es posible que tales circunstancias dentro de las cuales se enmarcaron las previsiones económicas de las partes, resulten alteradas por decisiones o por comportamientos de la administración pública.

Ante tales circunstancias y no obstante haber variado las condiciones económicas, políticas y jurídicas de ejecución del contrato, en aplicación del principio del *pacta sunt servanda* —propio de la institución contractual privada—, el cocontratante de la administración se encontraría en la obligación de continuar ejecutando el contrato con las mismas condiciones económicas

¹⁴ Véase a Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1977, vol. I, p. 104, y a Granillo Ocampo, Raúl Enrique, *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Buenos Aires, Astrea, 1990, pp. 108 y 109.

¹⁵ Laubadère, André de, Moderne Franck y Delvolvé, Pierre, *Traité des contrats administratifs*, cit., nota 1, pp. 1291 y ss., con abundantes referencias a la jurisprudencia administrativa francesa.

pactadas al momento de suscribirlo, en detrimento de su propio patrimonio y de sus expectativas de utilidades.

No obstante, ante esta clase de situaciones, la construcción jurídica de los contratos administrativos ha desarrollado un mecanismo específico que pretende proteger el patrimonio del cocontratante de la administración: se trata de la teoría del hecho del príncipe que, en contraposición a la aplicación estricta del principio del *pacta sunt servanda* en el contrato de derecho privado, con fundamento en los principios que rigen la contratación administrativa y especialmente en aquellos de la responsabilidad administrativa sin falta, plantea una solución jurídica basada además en la necesidad de justicia en las relaciones contractuales, la buena fe y la reciprocidad de las prestaciones, que permite reducir la rigidez del citado principio del *pacta sunt servanda*, el cual, sin duda, también tiene vigencia en los contratos administrativos.

De otra parte, la base de la aplicación de la teoría del “hecho del príncipe” se encuentra en la verificación de que la administración, en los contratos administrativos, goza de ciertas prerrogativas y de una posición de prevalencia sobre su cocontratante, lo cual debe tener como contrapartida el derecho del contratista a una indemnización por el ejercicio, aun legal, de tales prerrogativas, de tal manera que no se altere la equivalencia material en las prestaciones pactadas.¹⁶ Se trata de una expresión concreta del principio que inspira al derecho administrativo mismo: el equilibrio o balance entre las prerrogativas de la administración y las garantías ciudadanas.¹⁷

El fundamento jurídico del derecho al mantenimiento del equilibrio económico, desde esta perspectiva y sin perjuicio del derecho positivo, se encuentra en los fines de interés público que tienen los contratos administrativos y en el carácter de colaborador del cocontratante de la administración, que obligan a concluir que el patrimonio del cocontratante no puede ser sacrificado por actos de la propia administración y debe haber una equivalencia honesta entre las prestaciones.¹⁸

¹⁶ Véase a Laubadère André de y Gaudemet, Yves, *Traité de droit administratif*, 16a. ed., París, LGDJ, 2001, t. 1, p. 1466, y a Richer, Laurent, *Droit des contrats administratifs*, cit., nota 11, p. 333.

¹⁷ Sobre este principio, véase a Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, 13a. ed., Madrid, Tecnos, 2002, vol. I, p. 18.

¹⁸ Véase a Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, cit., nota 14, p. 104. En igual sentido, puede consultarse Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

Además, la teoría del hecho del príncipe, como toda la construcción de la teoría del equilibrio económico de los contratos administrativos, nace al amparo de la doctrina del servicio público. En efecto, en la formulación de la teoría del hecho del príncipe, la doctrina y la jurisprudencia francesas plantearon que la necesidad de que el servicio público a cargo de la administración sea prestado con eficiencia, regularidad y continuidad, se traduce en que ésta debe ser responsable por los mayores costos que sus decisiones unilaterales generen sobre el cocontratante de la administración. De tal manera, que la necesidad de la prestación continua y eficiente de los servicios públicos, igualmente justifica la existencia y aplicación de la teoría del hecho del príncipe en los contratos administrativos.¹⁹

En la fundamentación de la teoría del hecho del príncipe también resultan trascendentales los principios que gobiernan la responsabilidad extracontractual sin falta, específicamente aquél que se relaciona con la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, conforme al cual, si un administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás, nada puede reclamar al Estado, pero si en un momento dado debe soportar individualmente una carga anormal y excepcional, esa carga constituye un daño especial que la administración debe indemnizar.²⁰ En consecuencia, la teoría del hecho del príncipe resulta aplicable a los contratos administrativos por las disposiciones constitucionales relacionadas con la obligación de mantener una igualdad en las cargas públicas, la garantía del patrimonio de los particulares y el consecuente deber de indemnizar los daños antijurídicos generados por el Estado.²¹

En este sentido, debe hacerse notar que los actos que permiten dar aplicación a la teoría del hecho del príncipe forman parte del llamado “álea administrativo”, en tanto que siempre tienen origen en un hecho de la ad-

¹⁹ Sobre el servicio público y su relación con la teoría del equilibrio económico del contrato administrativo, véase a Jèze, Gastón, *Principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1950, t. V, pp. 16 y ss. En este sentido también puede verse Ariño Ortíz, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., nota 13, p. 243, y a Cassagne, Juan Carlos, “El equilibrio económico-financiero del contrato administrativo”, cit., nota 7, p. 136.

²⁰ Sobre el principio de igualdad ante las cargas públicas, véase a Chapus, René, *Droit administratif général*, 15a. ed., París, Montchrestien, 2001, t. 1, pp. 1506 y ss.

²¹ Véase, en este sentido a Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., nota 2, p. 766. En similar sentido, puede verse a Escobar Gil, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis, 1999, p. 479.

ministración.²² Sin embargo, esos hechos de la administración no necesariamente son ilícitos sino que pueden ser ajustados a derecho y, además, su ejercicio no corresponde a actuaciones de la administración como cocontratante sino al ejercicio de las potestades propias de la administración pública, razón por la cual la doctrina ha señalado que la teoría del hecho del príncipe es una de las aplicaciones concretas de la responsabilidad de la administración sin falta.²³ En conclusión, también los principios que gobiernan la responsabilidad objetiva de la administración permiten dar un fundamento teórico a la aplicación de la teoría del hecho del príncipe en los contratos administrativos.²⁴

Además, de una parte, la conmutatividad propia de los contratos administrativos, que por definición son sinalagmáticos, así como, de otra, el deber de aplicar una cierta justicia contractual, constituyen de igual manera argumentos que fundamentan el derecho al mantenimiento del equilibrio económico del contrato administrativo por situaciones constitutivas del hecho del príncipe. En efecto, el carácter sinalagmático de los contratos administrativos se traduce en el deber de las partes, ante la presencia de decisiones administrativas que alteren las condiciones de ejecución, de mantener la equivalencia material entre las prestaciones pactadas hasta la finalización de la ejecución de los contratos.²⁵ De forma complementaria al carácter conmutativo del contrato administrativo y como consecuencia del mismo, la justicia contractual, entendida como justicia en las prestaciones, conduce

²² Véase a Prat, Julio A., *Derecho administrativo*, cit., nota 2, p. 308.

²³ En este sentido, véase a Hauriou, Maurice, *Précis élémentaire de droit administratif*, 4a. ed., París, Sirey, 1938, p. 300; y a Moreau, Jacques, *Droit administratif*, París, PUF, 1989, p. 310. En este sentido también, Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, cit., nota 14, p. 104; y a Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., nota 2, p. 774.

²⁴ Véase a García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo I*, 12a. ed., Madrid, Civitas, 2004, p. 751; y a Delpiazzo, Carlos E., *Contratación administrativa*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 1999, p. 224.

²⁵ La relación intrínseca entre el principio del mantenimiento de la ecuación financiera en los contratos estatales y el carácter conmutativo de los mismos fue expresado por la jurisprudencia francesa desde principio del siglo XX al afirmar: “Es de la esencia de toda concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que le son procuradas al concesionario y las cargas que le son impuestas. Las ventajas y las cargas deben balancearse de manera de contrapesar los beneficios probables y las pérdidas previstas” (Consejo de Estado francés, fallo del 21 de marzo de 1910, *Compagnie Générale Française des Tramways*, en Long, Marceau et. al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15a. ed., París, Dalloz, 2005, pp. 131 y ss.).

al nacimiento del deber de la administración de indemnizar a su cocontratante por los mayores costos que implique la expedición de decisiones que alteren las condiciones de ejecución de los contratos.²⁶

En consecuencia, la justicia conmutativa, propia de los contratos bilaterales sinalagmáticos y conmutativos, como lo son los contratos administrativos, igualmente impone a la administración la responsabilidad objetiva por sus hechos y actuaciones que hagan más oneroso para su cocontratante la ejecución de las prestaciones contractuales, de tal manera que si una actuación legal suya genera un daño al contratista, la administración tiene el deber de reparar, de manera integral, el daño causado.²⁷ En este sentido, vale la pena hacer notar que la jurisprudencia constitucional colombiana ha expresado que:

...la reciprocidad en las prestaciones contractuales comporta un principio connatural o esencial al contrato administrativo que corresponde a la categoría de los sinalagmáticos (en virtud del principio del gasto público, los negocios jurídicos unilaterales y gratuitos no se integran al régimen común u ordinario de contratación estatal). Su aplicación en el campo del derecho público surge inicialmente de la jurisprudencia y de la doctrina, ante la apremiante necesidad de garantizar la estructura económica del contrato frente a las distintas variables que podrían afectar su cumplimiento y ejecución material, buscando con ello equipar (*sic*) y armonizar las exigencias del interés público social con la garantía de los derechos del contratista.²⁸

²⁶ Sobre la justicia contractual como fundamento del equilibrio económico del contrato administrativo, puede verse a Cárdenas Mejía, Juan Pablo, "La justicia contractual", *Ensayos jurídicos. Liber amicorum en homenaje al profesor Carlos Holguín Holguín*, Bogotá, Rosaristas, 1996, pp. 301 y ss. Igualmente, puede verse a Emili, Eduardo O., "El equilibrio contractual", en Farrando, Ismael (h.) (coord.), *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, p. 621.

²⁷ Sobre la justicia conmutativa como fundamento del derecho al mantenimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, véase a Dromi, Roberto, *Derecho administrativo*, 10a. ed., Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2004, p. 558.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001. En igual sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 24 de octubre de 1994, Expediente 11.632, y del 2 de febrero de 1996, Expediente 8.385.

V. CONDICIONES PARA LA PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN
DE LA TEORÍA DEL HECHO DEL PRÍNCIPE EN LOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS

A pesar de lo que podría pensarse a partir de los conceptos y justificaciones expresados anteriormente, no toda decisión o actuación de los poderes públicos que altere las condiciones de ejecución de un contrato administrativo permite dar aplicación a la teoría del hecho del príncipe. La decisión o actuación debe estar revestida de determinadas características y generar unas consecuencias específicas para que nazca la obligación para la administración de indemnizar los daños generados por ella. Esas características y consecuencias determinadas que permiten dar aplicación a la teoría del hecho del príncipe son las que a continuación pasamos a analizar detenidamente.

Según la tradicional formulación de la institución por parte de De Laubadère, las condiciones de aplicación de la teoría del hecho del príncipe pueden resumirse en las siguientes: a) la existencia de un daño o perjuicio sufrido por el contratista; b) la imprevisibilidad del hecho dañino o lesivo; c) la imputabilidad del hecho dañino a la autoridad pública, específicamente a la persona pública contratante, y d) la existencia de una intervención administrativa jurídica o material, que puede ser general o particular, siempre que altere las condiciones contractuales.²⁹

En el contexto latinoamericano, la doctrina de los contratos administrativos ha precisado las condiciones de aplicación de la teoría del hecho del príncipe, siendo enfática en afirmar que las condiciones que debe reunir el hecho perturbador que permite dar aplicación a esta teoría son las siguientes: a) que provenga de la autoridad pública que celebró el contrato; b) que haya ocasionado en el contratista un perjuicio especial, cierto y directo, sea una pérdida o una disminución de las utilidades esperadas; c) que constituya una circunstancia que el cocontratante no pudo haber previsto en el momento en que celebró el contrato con la administración, y d) que haya ocasionado una alteración extraordinaria de la ecuación económica del contrato, haciéndolo más oneroso, pues los perjuicios comunes forman parte del álea normal que debe soportar el contratista.³⁰

²⁹ Véase a Laubadère, André de, Moderne, Franck y Delvolvé, Pierre, *Traité des contrats administratifs*, cit., nota 1, pp. 1296 y ss.

³⁰ Véase a Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, cit., nota 14, p. 104.

En el derecho colombiano, un sector de la doctrina ha manifestado que los requisitos necesarios para poder dar aplicación a la teoría del hecho del príncipe, son los siguientes: a) una medida general y abstracta imputable al Estado; b) una alteración extraordinaria de la equivalencia económica del contrato; c) la existencia de un daño antijurídico sufrido por el contratista; d) un vínculo de causalidad entre la medida del Estado y el daño antijurídico sufrido por el contratista, y e) la ausencia de mora del contratista en el cumplimiento de sus prestaciones contractuales.³¹

Por su parte, el Consejo de Estado colombiano, con fundamento en la doctrina francesa, considera que son cuatro los presupuestos fundamentales que estructuran la aplicación en un caso concreto de la teoría del hecho del príncipe, como causal de ruptura del equilibrio económico del contrato. Al respecto, indicó recientemente:

El hecho del príncipe como fenómeno determinante del rompimiento de la ecuación financiera del contrato, se presenta cuando concurren los siguientes supuestos:

- a. La expedición de un acto general y abstracto.
- b. La incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal.
- c. La alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto.
- d. La imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato.³²

Debemos recordar en este punto que en otro lugar señalamos, de manera general, para que una alteración en las condiciones iniciales del contrato comporte una ruptura en su equilibrio económico, deben cumplirse las siguientes condiciones: a) debe producirse por hechos o acontecimientos que producen una alteración en las condiciones contractuales que no puedan ser imputables a la parte que reclama el restablecimiento, sea porque son hechos extraños a las dos partes del negocio o porque se trate de un hecho del cocontratante; b) debe ser consecuencia de hechos o acontecimientos que alteren las condiciones contractuales posteriores a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato; c) la alteración en las condi-

³¹ En este sentido, puede consultarse a Escobar Gil, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la administración pública*, cit., nota 21, pp. 492 y ss.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, Expediente 14.577.

ciones contractuales debe superar el álea normal, y d) la alteración en las condiciones contractuales debe afectar de forma grave y anormal la economía del cocontratante y éste debe probar tal situación.³³

Teniendo en cuenta las diferentes perspectivas anteriores, las cuales contienen algunos elementos en común y otros contradictorios, consideramos que para poder afirmar que se presenta la ruptura del equilibrio económico de un contrato administrativo, específicamente en aplicación de la teoría del hecho del príncipe, deben concurrir las siguientes condiciones: a) que el hecho o acontecimiento que produce la alteración de las condiciones contractuales consista en un acto o actuación de la entidad pública contratante; b) que el acto o actuación que altere las condiciones contractuales sea posterior a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato; c) que el acto o actuación que altere las condiciones contractuales constituya un álea extraordinario, es decir, que por su carácter excepcional no pudiese haber sido razonablemente previsto por el contratista, y d) que el acto o actuación altere en forma extraordinaria y anormal la economía del contrato haciéndolo considerablemente más gravoso, lo cual deberá ser probado por el contratista afectado. Veamos, entonces, detalladamente cada una de las condiciones indicadas para la aplicación de la teoría del hecho del príncipe:

1. *El hecho o acontecimiento que produce la alteración de las condiciones contractuales debe consistir en un acto o actuación de la entidad pública contratante*

La primera condición que debe verificarse para poder dar aplicación a la teoría del hecho del príncipe en un caso concreto, se refiere a que el hecho o acontecimiento que modifica las condiciones de ejecución del contrato debe ser imputable a la entidad pública contratante. Sin embargo, en relación con esta condición deben precisarse cuatro aspectos, a saber: la autoridad pública a la cual debe ser imputable la actuación; el carácter con el cual actúa la entidad pública; la clase de actuación, en el sentido de si debe tratarse de una actuación jurídica o si puede ser también una actuación mate-

³³ Véase a Rodríguez Rodríguez, Libardo, “El equilibrio económico en los contratos administrativos”, *Revista Res Pública. Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, México, núm. 4, enero-abril de 2006.

rial, y el carácter de la actuación, en el sentido de si debe tratarse de una medida de carácter general o si también puede ser una medida de carácter particular.

A. La autoridad pública a la cual debe ser imputable la actuación

En cuanto a la imputabilidad de la intervención administrativa, existen tres posiciones divergentes. En primer lugar, un sector de la doctrina considera que la intervención perturbadora puede provenir de cualquier órgano del Estado, incluso de poderes públicos diferentes de la administración, como puede ser el Poder Legislativo mediante la expedición de una ley.³⁴ La jurisprudencia colombiana ha sostenido esta posición al manifestar:

Es bien sabido que el equilibrio financiero de un contrato administrativo puede sufrir alteración por un hecho imputable al Estado, como sería, entre otros, el conocido doctrinariamente como hecho del príncipe y determinante del álea administrativa. Hecho, siempre de carácter general, que puede emanar o de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado.³⁵

³⁴ Véase, en este sentido, a Escobar Gil, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la administración pública*, cit., nota 21, pp. 492 y 493; a Emili, Eduardo O., “El equilibrio contractual”, en Farrando Ismael (h.) (coord.), *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, p. 628; y a Holguín Holguín, Carlos, “El equilibrio contractual”, *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, 2a. ed., Bogotá, Rosaristas-Biblioteca Jurídica Díké, 1995, p. 122.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 1992, Expediente 6.353. En este sentido también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1999, Expediente 11.194: “Dicho equilibrio económico puede verse alterado durante la ejecución del contrato... por actos de la administración como Estado y es aquí donde recobra aplicación la teoría conocida como “el hecho del príncipe”, según la cual cuando la causa de la agravación deviene de un acto de la propia administración contratante, o de un acto, hecho u operación atribuibles al poder público en cualquiera de sus ramas que perturben la ecuación contractual en perjuicio del contratista, debe ésta restablecerse”, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 7 de marzo de 2002, Expediente 21.588: “La causa que hace referencia a los actos de la administración como Estado, se refiere fundamentalmente al denominado «Hecho del Príncipe», entendido como expresión de la potestad normativa, constitucional y legal, que se traduce en la expedición de leyes o actos administrativos de carácter general, los cuales pueden provenir de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado”.

En oposición a la doctrina expuesta, un segundo sector considera que el requisito de imputabilidad de la medida estatal perturbadora debe ser más estricto, en tanto que no puede provenir de cualquier órgano del poder público sino que necesariamente debe tener origen en una entidad que pertenezca a la misma esfera u orden jurídico de la entidad pública contratante. Así, por ejemplo, un acto de una entidad del orden nacional no puede dar lugar a la aplicación de la teoría del hecho del príncipe respecto de un contrato celebrado por un municipio o un departamento. El fundamento para la imputación a las entidades del mismo orden administrativo está dado por la consideración de que, dentro del contexto jurídico en el cual se expone la teoría, el contrato siempre es celebrado por el Estado y no por un órgano administrativo en particular, ya que los órganos administrativos carecen de personalidad jurídica.³⁶ Alguna jurisprudencia arbitral colombiana ha apoyado esta posición, creemos que de manera equivocada, en cuanto que en el derecho colombiano se distinguen claramente diversas entidades públicas, con su propia personalidad jurídica, tanto al interior del orden o esfera nacional como de los órdenes o esferas departamental o municipal. Al respecto ha manifestado:

Las citas anteriores sirven para precisar cómo las decisiones o hechos de la administración pueden influir en la ejecución de un contrato administrativo de tres maneras diferentes: si provienen de la misma entidad contratante y tienen el carácter particular, que solo afecta al contratista, quedan comprendidas dentro de la responsabilidad contractual; si emanan de la misma entidad contratante o de autoridades de su misma esfera configuran el hecho del príncipe; y si corresponden a autoridades de una esfera diferente quedan encuadradas dentro de la teoría de la imprevisión.³⁷

No podemos compartir lo expresado por la posición doctrinal y jurisprudencial expuesta en el sentido de que la intervención administrativa debe provenir de una entidad del mismo orden administrativo porque, según lo sustenta esa posición, siempre es una misma persona jurídica pública

³⁶ Véase a Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, cit., nota 2, pp. 769 y 770.

³⁷ “Tribunal de Arbitramento de Ingenieros Civiles Asociados S.A. ICA de México contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, EAAB, Laudo del 27 de julio de 1981”, en *Laudos arbitrales-versión cd*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, septiembre de 2005.

quien contrata. En efecto, tal posición no se compadece con la realidad del ordenamiento jurídico de la mayoría de los países, entre ellos, el colombiano pues, como lo explicamos con suficiencia en nuestro manual de derecho administrativo,³⁸ son muchas las personas jurídicas que conforman la administración pública, de tal manera que, en concordancia con el principio constitucional de imputación del daño a la persona jurídica pública que debe responder, cada una de ellas debe ser responsable por los perjuicios anti-jurídicos que sus actuaciones, aun legales, puedan causar a los particulares, en este caso, a los cocontratantes de la administración.

Finalmente, en contradicción con las posiciones doctrinales que se acaban de exponer, la jurisprudencia y doctrina francesas sostienen que la medida administrativa perturbadora debe provenir única y exclusivamente de la entidad pública contratante. Si la intervención proviene de una autoridad diferente, nos encontraremos frente a un supuesto que permite dar aplicación a la teoría de la imprevisión, siempre y cuando se reúnan los demás requisitos que permiten darle aplicación. La principal razón de ser de esta imputación restringida se refiere a la necesidad de separar la teoría de la imprevisión y la teoría del hecho del príncipe como causales de ruptura del equilibrio económico del contrato administrativo, autónomas y con consecuencias diversas.³⁹

En cuanto a la jurisprudencia colombiana, que en un principio acogió la posición amplia, esto es, la imputación del acto perturbador a cualquier órgano del poder público, en la actualidad acoge la posición francesa de imputabilidad restringida. Fue la jurisprudencia arbitral quien primero se apartó de la posición jurisprudencial de imputación amplia, al decir:

1.1. En cuanto a lo primero, es decir, en lo tocante a qué debe entenderse por “poder” o “autoridad pública”, valga destacar desde ahora que ello es

³⁸ Véase a Rodríguez Rodríguez, Libardo, *Derecho administrativo-general y colombiano*, 14a. ed., Bogotá, Temis, 2005, pp. 53 y ss.

³⁹ Véase, especialmente, a Laubadère, André de, *Moderne, Franck y Devolvé, Pierre, Traité des contrats administratifs, cit.*, nota 1, pp. 1300 y ss. En igual sentido, entre otros, Benoît, Francis-Paul, *El derecho administrativo francés, cit.*, nota 8, 1977, p. 775; Richer, Laurent, *Droit des contrats administratifs, cit.*, nota 11, p. 334, y Rivero, Jean y Waline, Jean, *Droit administratif*, 17a. ed., París, Dalloz, 1998, p. 124. Un importante sector de la doctrina latinoamericana ha seguido la posición francesa: véase, entre otros, a Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos, cit.*, nota 14, p. 104; y a Prat, Julio A., *Derecho administrativo, cit.*, nota 2, pp. 308 y 309.

de suma importancia puesto que se relaciona fundamentalmente con el concepto de imputabilidad del hecho que se reputa constitutivo del *factum principis*.

En este sentido, el tribunal destaca cómo tan crucial tema no fue objeto de análisis alguno por parte de la Sentencia proferida el 27 de marzo de 1992 por la Sección Tercera del Consejo de Estado (“Anales”, T. 126, segunda parte, pp. 606 y ss.) que Centelsa invoca como respaldo de sus pretensiones. Por el contrario, en el fallo aludido el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sin profundizar en el tema, expresa que el ‘hecho del príncipe’ puede emanar de la misma autoridad ‘o de cualquier órgano del Estado’, afirmación que el tribunal no comparte porque la generalidad de su formulación desconoce el principio de la imputabilidad, conforme al cual, para que las consecuencias nocivas o perjudiciales de un hecho cualquiera puedan ser puestas a cargo de una persona, pública o privada, deben, ante todo, poder serles jurídicamente achacadas, máxime cuando, como en el caso presente, se está en presencia de una eventual responsabilidad derivada, en una u otra forma, de un contrato administrativo, y ello por virtud del artículo 90 de la Constitución Política que instituyó la imputabilidad como factor determinante de la responsabilidad de los poderes públicos, sea ella contractual o extracontractual.

En consecuencia, una primera precisión indispensable al concepto de hecho del príncipe es la de que la circunstancia en que se hace consistir, para que pueda ser tenida como tal, ha de estar referida en todo caso a una decisión o conducta que pueda ser jurídicamente atribuible, vale decir, imputable a la misma autoridad pública que celebró el contrato.⁴⁰

Posteriormente, la jurisprudencia administrativa acogió el mismo criterio, así:

En relación con la condición de la autoridad que profiere la norma general, para la doctrina y la jurisprudencia francesa el hecho del príncipe (*le fait du prince*) se configura cuando la resolución o disposición lesiva del derecho del contratante emana de la misma autoridad pública que celebró el contrato, lo cual permite afirmar que constituye un caso de responsabilidad contractual de la administración sin culpa. La justificación de es-

⁴⁰ “Tribunal de Arbitramento...”, *cit.*, nota 6.

ta posición radica en la ausencia de imputación del hecho generador del perjuicio cuando éste proviene de la ley, por cuanto el autor del acto (Nación, Congreso de la República) puede ser distinto de la administración contratante. No obstante no se priva al contratista de la indemnización, ya que podrá obtenerla a través de la aplicación de la teoría de la imprevisión.⁴¹

Consideramos que la posición jurisprudencial actual, esto es, la imputación de la intervención administrativa perturbadora exclusivamente a la entidad pública contratante debe ser mantenida. Respaldamos esa posición, en primer lugar, porque, como acertadamente lo sostuvo la sentencia arbitral citada, el criterio constitucional para la aplicación de la responsabilidad del Estado es el de la imputabilidad del daño a la persona pública que tiene el deber de responder. No obstante, si bien este principio de imputabilidad es útil no es suficiente por sí solo para sostener la posición restringida.

A nuestro juicio, esta posición resulta acertada en el derecho colombiano ya que también permite diferenciar el álea administrativo —propio de la teoría del hecho del príncipe— y el álea económico —propio de la teoría de la imprevisión—,⁴² en la medida en que mientras el segundo se refiere a todos los hechos externos que afecten las condiciones, también externas, de ejecución del respectivo contrato, el primero se circunscribe a actuaciones de la entidad pública contratante que afecten también las condiciones de ejecución de las prestaciones contractuales, ya en su condición de cocontratante

41 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, Expediente 14.577. Esta posición ha sido ratificada por la misma Sala: véase, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 28 de agosto de 2003, Expediente 17.554; 4 de septiembre de 2003, Expediente 16.102; 18 de septiembre de 2003, Expediente 15.119; 11 de noviembre de 2003, Expediente 19.478; 11 de diciembre de 2003, Expediente 19.217, y 11 de diciembre de 2003, Expediente 16.433.

42 La jurisprudencia arbitral ha apoyado esta posición al señalar que “carece de toda trascendencia que la medida perturbadora del Contrato provenga o no de una autoridad de la misma órbita jurídica de la entidad contratante, pues lo que caracteriza a una u otra de las teorías es la naturaleza del álea”, correspondiendo el álea administrativo al hecho del príncipe y el álea económico a la teoría de la imprevisión: véase “Tribunal de Arbitramento de Consorcio Impreglio S.P.A-Estruco S.A. contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, EAAB, Laudo del 2 de septiembre de 1992”, en López, Hernán Fabio (coord.), *La jurisprudencia arbitral en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, t. II, p. 229.

mediante decisiones que modifiquen el objeto del contrato o las prestaciones a cargo del cocontratante particular —caso de la potestas variando— o en su condición de administración pública mediante la adopción de medidas que también afecten las condiciones externas del contrato —caso del hecho del príncipe—. En consecuencia, no puede haber duda de que la imputación de la intervención administrativa perturbadora debe estar referida a la entidad pública contratante.

B. *El carácter con el cual actúa la entidad pública*

La necesidad de establecer una distinción entre la teoría del hecho del príncipe y la de la *potestas variandi*, como causales diferentes de ruptura del equilibrio económico de los contratos administrativos, obliga a concluir que si bien la intervención administrativa perturbadora debe provenir en ambos casos de la entidad pública contratante, para el caso del hecho del príncipe esta intervención no puede imputarse a la administración en su calidad de cocontratante sino que le debe ser imputada como administración pública, esto es, como autoridad pública.

En efecto, la *potestas variandi* se refiere a modificaciones directas en el objeto y contenido de las prestaciones a cargo del cocontratante de la administración, dispuestas unilateralmente por la entidad pública contratante, en su calidad de parte en el contrato administrativo. En cambio, la teoría del hecho del príncipe se refiere a intervenciones administrativas que no tengan como objeto exclusivo la afectación del contrato en particular, pero que afecten de una u otra manera las condiciones externas de ejecución, de tal manera que no se altera el contenido mismo de las prestaciones pactadas sino las condiciones exteriores en que deben ser ejecutadas las obligaciones a cargo del contratista.⁴³

⁴³ Sobre esta distinción, véase a Villar Palasí, José Luis, *Lecciones sobre contratación administrativa*, Madrid, Universidad de Madrid, 1969, p. 221, y a Escobar Gil, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la administración pública*, cit., nota 21, pp. 492 y 493. En similar sentido, la doctrina ha afirmado: “Si el ejercicio por la administración contratante del llamado *ius variandi* implica una actuación específicamente dirigida a modificar directamente el objeto contractual alterando así, también directamente, la economía del contrato, el *factum principis* o ‘hecho del príncipe’ alude a medidas administrativas que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan tampoco, inciden o repercuten sobre él haciéndole más oneroso para el contratista sin

C. *La clase de actuación*

En cuanto al carácter exclusivamente jurídico —actos administrativos— o también material —hechos, omisiones y operaciones administrativas— de la intervención administrativa que afecta las condiciones de ejecución del contrato, la doctrina parece haber llegado a la conclusión de que no sólo las decisiones jurídicas sino también las medidas materiales permiten dar aplicación a la teoría del hecho del príncipe, siempre y cuando afecten las condiciones externas de ejecución del contrato administrativo.⁴⁴ No obstante, como también lo ha hecho notar la doctrina, es difícil encontrar ejemplos que permitan demostrar cómo las intervenciones materiales pueden dar lugar a la aplicación de la teoría del hecho del príncipe, lo cual no excluye la posibilidad de que actuaciones materiales den lugar al restablecimiento del equilibrio económico del contrato con fundamento en la citada teoría.⁴⁵

D. *El carácter de la actuación*

Como lo apuntamos atrás, uno de los principales sustentos teóricos de la aplicación de la teoría del hecho del príncipe en los contratos administrativos se encuentra en el principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. La aplicación de este principio del derecho público implica la existencia de actos que tengan por destinatario a la colectividad en general pero que afecten de manera grave y especial a un administrado en particular, los cuales, por supuesto y necesariamente, deben ser actos de contenido general y abstracto. En consecuencia, podemos afirmar que las medidas administrativas que son objeto de la teoría del hecho del príncipe son, en principio, aquellas de contenido general que afectan las condiciones externas de ejecución del contrato administrativo.

En este sentido, la jurisprudencia colombiana, bajo el argumento de la necesidad de hacer una distinción entre la teoría del hecho del príncipe y

culpa de éste” (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo I*, cit., nota 24, p. 751).

⁴⁴ Véase a Benoît, Francis-Paul, *El derecho administrativo francés*, cit., nota 8, 1977, p. 775, y a Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., nota 2, pp. 777 y 779.

⁴⁵ Al respecto, Laubadère, André de, Moderne, Franck y Delvolvé, Pierre, *Traité des contrats administratifs*, cit., nota 1, p. 1322.

la de la *potestas variandi* como causales autónomas de ruptura del equilibrio económico del contrato, concluye que la intervención administrativa perturbadora debe ser de carácter general, con un sentido positivo como la creación de una exigencia ambiental, o negativo como la eliminación de un beneficio tributario. Esta conclusión la sustenta en que, en caso de ser una medida particular dispuesta unilateralmente por la entidad pública contratante, que implique modificaciones directas en el objeto y contenido de las prestaciones a cargo del cocontratante de la administración, se tratará de la aplicación de la teoría de la *potestas variandi* y no de la teoría del hecho del príncipe.⁴⁶

Al respecto, si bien compartimos la preocupación de la jurisprudencia por hacer una distinción práctica entre la teoría del hecho del príncipe y la *potestas variandi*, consideramos que no es en este aspecto en que debe fundarse dicha distinción, sino en cuanto al carácter con el cual actúa la entidad pública contratante, como ya lo expresamos. En efecto, si actúa como parte del contrato estaremos frente a la *potestas variandi*, mientras que, si actúa como autoridad pública, nos encontraremos ante el hecho del príncipe.

En consecuencia, consideramos que las medidas administrativas que permiten dar aplicación a la teoría del hecho del príncipe no necesariamente deben ser actos generales. Si bien es cierto que es más sencillo comprender la manera en que una medida general de la administración contratante puede afectar las condiciones de ejecución de un contrato, también lo es que existen actos particulares que pueden dar lugar a la aplicación de la citada teoría. Por ejemplo, también permiten dar aplicación a la teoría del hecho del príncipe las medidas de policía particulares que sin tener por objeto

46 Esta posición ha sido sostenida por la jurisprudencia colombiana: véase, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 7 de marzo de 2002, Expediente 21.588, y sentencias del 27 de marzo de 1992, Expediente 6.353, del 29 de mayo de 2003, Expediente 14.577, y del 18 de septiembre de 2003, Expediente 1996-05631 (15.119). Igualmente, puede verse “Tribunal de Arbitramento de Ingenieros Civiles Asociados S.A. ICA de México contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, EAAB, Laudo del 27 de julio de 1981”, y “Tribunal de Arbitramento de Santafé de Bogotá, D.C. SOP-IDU contra Sociedad Ingenieros Civiles Asociados S.A de C.V., ICA, Laudo del 30 de noviembre de 2000”, ambos en *Laudos arbitrales-versión cd*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, septiembre de 2005, los cuales negaron parcialmente las pretensiones del demandante con fundamento en que no se configuraban los elementos para dar aplicación a la teoría del hecho del príncipe por tratarse de actos de carácter particular.

directo el respectivo contrato, sino la protección del orden público, pueden resultar afectando su ejecución, haciéndola más gravosa.⁴⁷

En conclusión, en nuestro concepto, la primera condición para dar aplicación a la teoría del hecho del príncipe se refiere a que la alteración de las condiciones contractuales debe producirse por una intervención administrativa, jurídica o material, general o particular, que sea imputable a la misma entidad pública contratante, no como parte del contrato sino como autoridad pública.

2. El acto o actuación que altere las condiciones contractuales debe ser posterior a la presentación de la propuesta o a la celebración del contrato

Esta segunda condición o presupuesto para la aplicación de la teoría del hecho del príncipe en los contratos administrativos se refiere a que, al momento de tener ocurrencia la intervención administrativa que genera la alteración en las condiciones contractuales, debe encontrarse presentada la propuesta, en los casos de licitación o concurso público, o celebrado el contrato, en caso de contratación directa. En otras palabras, la relación contractual específica frente a la cual se pretende aplicar la teoría del hecho del príncipe debe encontrarse trabada al momento de acaecer la intervención administrativa lesiva del patrimonio del cocontratante particular. Lo anterior significa que el hecho perturbador debe tener ocurrencia durante la fase de ejecución contractual, es decir, después de haberse trabado la relación y antes de que termine la ejecución del contrato.⁴⁸

⁴⁷ En este sentido, con múltiples ejemplos jurisprudenciales, Laubadère, André de, Moderne, Franck y Delvolvé, Pierre, *Traité des contrats administratifs*, cit., nota 1, pp. 1315 y ss. Igualmente, al respecto puede consultarse a Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, cit., nota 14, p. 104.

⁴⁸ En este sentido, Villar Palasí, José Luis, *Lecciones sobre contratación administrativa*, cit., nota 43, p. 222, y Palacio Hincapié, Juan Ángel, *La contratación de las entidades estatales*, 5a. ed., Medellín, Librería Jurídica Sánchez R., 2005, p. 382. Igualmente, puede verse a Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, 8a. ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, t. I, p. 564.

3. *El acto o actuación que altere las condiciones contractuales debe constituir un álea extraordinario*

La medida administrativa perturbadora no debe ser normalmente previsible, de tal manera que debe constituir un álea extraordinario. Cuando se habla de álea extraordinario se quiere hacer referencia a la imposición de cargas sobre alguna de las partes contratantes que no tiene por qué soportar dentro del tráfico jurídico normal, porque se trata de hechos que exceden cualquier cálculo o previsión que el cocontratante perjudicado haya podido hacer al momento de estructurar su negocio.⁴⁹

Esta tercera condición para la procedencia de la aplicación del hecho del príncipe se refiere a que las intervenciones administrativas que afectan las condiciones de ejecución del contrato respectivo no pudieron haber sido tenidas en cuenta al momento de celebrar el mismo o de formular la propuesta porque, aun contando con el comportamiento diligente del contratista en la fase de formación del contrato en cuanto a la identificación precisa de los eventuales riesgos que podrían acaecer en la fase de ejecución, específicamente aquellos provenientes del álea administrativo, no podían ser previstos por él.⁵⁰

En la teoría del hecho del príncipe, como en todos los demás eventos que generan la ruptura del equilibrio económico del contrato administrativo (*potestas variandi*, teoría de la imprevisión, sujeciones materiales imprevistas),⁵¹ la determinación de la imprevisibilidad de la intervención administrativa que altera las condiciones de ejecución del contrato no puede

⁴⁹ Como muy bien apunta Marienhoff, el álea extraordinario o anormal “es el acontecimiento que frustra o excede todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato” (Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, nota 2, pp. 761 y 789).

⁵⁰ En relación con este requisito, véase a Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, cit., nota 14, p. 104; y a González-Varas Ibáñez, Santiago, *El contrato administrativo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 279. Sobre la imprevisibilidad de la medida administrativa, véase también a Emili, Eduardo O., “El equilibrio contractual”, cit., nota 26, p. 628. La jurisprudencia arbitral colombiana ha resaltado esta condición: véase “Tribunal de Arbitramento...”, cit., nota 46.

⁵¹ Sobre el carácter común de la imprevisión en todos los eventos de la ruptura del equilibrio económico del contrato administrativo, véase a Laubadère, André de, Moderne, Franck y Delvolvé, Pierre, *Traité des contrats administratifs*, cit., nota 1, p. 1298, y a Benavides, José Luis, *El contrato estatal*, cit., nota 4, p. 540.

hacerse en abstracto sino que deben ser siempre tenidas en cuenta las circunstancias específicas de cada caso concreto.⁵²

4. *El acto o actuación debe alterar en forma extraordinaria y anormal la economía del contrato, haciéndolo considerablemente más gravoso, lo cual deberá ser probado por el cocontratante afectado*

Como bien lo ha hecho notar la doctrina, no resulta indemnizable cualquier perjuicio sufrido por el cocontratante, pues es indispensable que, como en relación con todos los daños que generan el deber de reparación, el perjuicio reúna las calidades de personal, cierto y directo.⁵³ El carácter cierto del perjuicio se refiere a que el daño debe haber sucedido o se debe tener certeza de que sucederá, lo cual se opone el carácter hipotético o eventual del daño, que no otorga derecho a indemnización.⁵⁴ Es decir, para el caso de la decisión administrativa que afecta las condiciones de ejecución, para poder dar aplicación a la teoría del hecho del príncipe es necesario que para el cocontratante resulte efectivamente más onerosa la ejecución del contrato. Por su parte, el carácter personal del daño se refiere a que quien reclama el resarcimiento haya sido quien lo sufrió, lo cual supone que en el caso de la teoría del hecho del príncipe será el contratista quien puede reclamar el resarcimiento a la administración en caso de que la medida administrativa permita configurar las condiciones de la citada teoría del hecho del príncipe. Finalmente, respecto del carácter directo del daño, la doctrina ha señalado que más que una condición de existencia del perjuicio, éste se refiere a la relación de causalidad entre el hecho dañino y el

⁵² En relación con este requisito, puede consultarse a Ariño Ortiz, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., nota 13, p. 266 y a Dávila Vinuesa, Luis Guillermo, *Régimen jurídico de la contratación estatal*, cit., nota 2, pp. 492 y 493.

⁵³ Véase a Benavides, José Luis, *El contrato estatal*, cit., nota 4, p. 539; a Ariño Ortiz, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., nota 13, pp. 266 y 267, y a Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 81.

⁵⁴ Sobre las necesidad de que el daño sea cierto y personal para ser indemnizable, véase a Henao, Juan Carlos, *El daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 129 y ss.

perjuicio mismo.⁵⁵ Sin embargo, es preciso hacer notar que este carácter directo del perjuicio debe tener aplicación en la configuración de los requisitos para dar aplicación a la teoría del hecho del príncipe, en el sentido de que la mayor onerosidad en la ejecución del contrato debe provenir exclusivamente de la medida administrativa perturbadora, pues, de no ser así, no será el llamado hecho del príncipe la causal de ruptura del equilibrio económico del contrato a aplicar.

Adicionalmente, consideramos que teniendo en cuenta que el principio de derecho público de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas es uno de los pilares fundamentales que sustentan teóricamente la aplicación de la teoría del hecho del príncipe, resulta indispensable que el perjuicio sufrido por el cocontratante de la administración también reúna la condición de ser anormal y especial.⁵⁶ Estas características del perjuicio son la consecuencia obligatoria del hecho de que sólo hay ruptura en la igualdad de las cargas públicas cuando quien reclama la indemnización ha sufrido un perjuicio que la generalidad de los miembros de la sociedad no ha sufrido y que la magnitud del perjuicio supera la carga que normalmente le incumbe al afectado. En concordancia con esta posición, la doctrina especializada ha definido el carácter especial del perjuicio, así:

...la especialidad es una condición inherente a la responsabilidad por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas: esta no puede en efecto considerarse como realizada sino cuando un ciudadano administrado puede prevalecerse de un tratamiento especialmente desfavorable que le haya impuesto sacrificios particulares.⁵⁷

La aplicación de esta característica del perjuicio al caso de la teoría del hecho del príncipe se traduce en que la medida administrativa, si bien puede tener como destinataria a la comunidad en general, debe hacer más one-

⁵⁵ *Ibidem*, p. 85.

⁵⁶ En este sentido, aunque sin hacer mención a la igualdad en las cargas públicas, véase a Ariño Ortiz, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., nota 13, p. 267; a García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo I*, cit., nota 24, p. 751, y a Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, cit., nota 53, p. 81.

⁵⁷ Paillet, Michel, *La responsabilidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 221. En igual sentido, puede verse a Saavedra Becerra, Ramiro, *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 434.

rosa la ejecución del contrato cuyo equilibrio económico se alega quebrado, pues si, en general, hace más costoso para toda la sociedad la ejecución de actividades similares a la que es objeto del contrato, no podría ser aplicada esta teoría por no reunirse el carácter especial del perjuicio sufrido por el cocontratante de la administración.

En cuanto al carácter anormal del perjuicio, éste ha sido definido por la doctrina del siguiente modo:

Por anormalidad hay que entender la gravedad que excede las molestias e incomodidades que impone la convivencia social. Esta condición es la traducción obligada de la idea de que no hay carga pública sino cuando quien reclama una compensación ha sufrido una suerte más desfavorable que la que implican los inconvenientes normales de la vida en sociedad.⁵⁸

La aplicación de esta característica del perjuicio al caso de la teoría del hecho del príncipe se traduce en que la alteración en las condiciones económicas de la ejecución del contrato debe ser de tal magnitud, que el valor que debe cubrir el contratista para la correcta ejecución resulte ser muy superior al pactado y al valor de los imprevistos que comúnmente pueden ocurrir en la ejecución de un contrato administrativo. En otras palabras, el perjuicio sufrido por el contratista debe superar la carga económica, incluidos los imprevistos, que normalmente debe asumir el cocontratante de la administración en el respectivo contrato administrativo.

En consecuencia, el cocontratante de la administración que pretende el restablecimiento del equilibrio económico del contrato como consecuencia de decisiones de la entidad estatal contratante, que de manera imprevista y sin tener por objeto el contrato específico, afectan sus condiciones de ejecución, para que su pretensión tenga éxito, deberá probar, además de que el daño reúne las características propias de todo daño indemnizable, que dicho daño es grave y anormal en el sentido de que las condiciones económicas de ejecución del contrato se modificaron de tal manera que el valor de la ejecución resultó ser considerablemente más gravoso que el inicialmente estipulado. En otras palabras, para poder dar aplicación a la teoría del hecho del príncipe, no basta con que la actuación de la entidad pública contratante afecte de manera imprevista el contrato, sino que también resulta indispen-

⁵⁸ Saavedra Becerra, Ramiro, *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*, cit., nota 57, p. 433.

sable que el cocontratante afectado pruebe que el perjuicio que tal decisión administrativa le generó le hace notablemente más onerosa la ejecución contractual.⁵⁹

VI. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL HECHO DEL PRÍNCIPE EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

La aplicación de la teoría del hecho del príncipe en los contratos administrativos genera unas consecuencias jurídicas muy específicas, que pasamos a estudiar a continuación:

1. *En cuanto al carácter de orden público*

La teoría del hecho del príncipe es una expresión de la responsabilidad contractual de la administración y, como tal, tiene un carácter de norma de orden público, por lo cual, en principio, no resulta válida una cláusula contractual que exima de responsabilidad a la administración en los eventos en que concurran las cuatro condiciones explicadas en el capítulo anterior.⁶⁰ La jurisprudencia colombiana ha expresado respecto a este tópico:

⁵⁹ Véase a Dromi, Roberto, *Derecho administrativo, cit.*, nota 27, p. 561; a Prat, Julio A., *Derecho administrativo, cit.*, nota 2, p. 308, y a Herrera, Benjamín, *Contratos públicos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, p. 319. Desde el punto de vista de la jurisprudencia administrativa colombiana, véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 18 de septiembre de 2003, Expediente 1996-5631, y del 30 de octubre de 2003, Expediente 2000-2909: “De tal suerte que tanto... el hecho del príncipe como... la teoría de la imprevisión gozan de elementos o presupuestos comunes que deben acreditarse en forma concurrente a fin de permitir al contratista afectado exigir de su cocontratante el restablecimiento financiero del contrato... de una parte, la imprevisibilidad y de otra, la alteración extraordinaria y anormal de la ecuación”.

⁶⁰ Un sector de la doctrina sostiene que el hecho del príncipe es, en todos los casos, irrenunciable: véase a Dromi, Roberto, *Derecho administrativo, cit.*, nota 27, p. 561, y a Escobar Gil, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la administración pública, cit.*, nota 21, p. 499: “...el derecho del contratista a la indemnización por la ocurrencia del *factum principis*, en la medida que constituye una técnica establecida por el legislador para asegurar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos, tiene un carácter de orden público y no es susceptible de renuncia por el contratista al momento de la celebración del contrato. Por esta consideración, las normas de la Ley 80 de 1993 que consagran el principio de la equivalencia económica del contrato, no se pueden de-

También cabe pensar, para rechazar la posición del ente demandado y confirmar la intención de la contratista y su buena fe, que la voluntad se ajustó en torno a la legislación preexistente a su manifestación. Esta es una presunción de juez que no fue desvirtuada y que antes, por el contrario, resulta corroborada. Y esa presunción se entiende, con mayor razón, cuando se licita un objeto que soporta gravámenes y costos que inciden en el valor final de la propuesta. Pero lo que si no tiene presentación es que un contratista al hacer su propuesta se haga cargo de costos y gravámenes eventuales que puedan concretarse por voluntad futura del legislador. Esto equivaldría a renunciar, en forma general, a la indemnización de perjuicios originada en el hecho del príncipe. Renuncia que sería nula...⁶¹

En palabras de la doctrina,

...sería nula la cláusula en cuyo mérito el cocontratante renuncie, o aparezca renunciando, de manera general, a reclamar indemnización por los perjuicios que le origine el hecho del príncipe. Trataríase de una cláusula de las llamadas ilegales. En cambio, sería válida la cláusula por la que el cocontratante renuncie a reclamar indemnización respecto de una medida determinada que adoptase la administración.⁶²

De la doctrina y jurisprudencia citadas queda claro, entonces, que por contravenir las normas de orden público, es nula la estipulación contractual que implique la renuncia anticipada del cocontratante de la administración a reclamar los perjuicios que le pueda generar un hecho cualquiera que permita dar lugar a la aplicación de la teoría del hecho del príncipe.

No obstante, debe también quedar claro que las cláusulas de exclusión de la responsabilidad contractual administrativa por el hecho del príncipe no siempre son ilegales. En efecto, las partes, dentro de la autonomía de la voluntad que les asiste, pueden asignar contractualmente determinados riesgos,⁶³ lo cual permite que se estipule válidamente que el cocontratante de la

rogar por convenio o estipulación de las partes, so pena que se configure una causal de nulidad del respectivo acuerdo por objeto ilícito por contravenir el derecho público de la nación”.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de junio de 1990, Expediente 6.353.

⁶² Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., nota 2, p. 772-2.

⁶³ “Tribunal de Arbitramento de Promotora de Construcciones e Inversiones S.A. Prosantana S.A. vs Distrito Capital de Santafé de Bogotá contra Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza S.A., Laudo del 18 de diciembre de 2000”, en *Laudos arbitra-*

administración asuma los mayores costos que pueda generar dentro de la ejecución de un contrato un determinado hecho que, en ausencia de la estipulación, daría lugar a la responsabilidad de la administración en aplicación de la teoría del hecho del príncipe. Para aceptar la validez de una cláusula así, en ella deberá estar perfectamente identificada la medida o el tipo de medidas administrativas cuyos efectos son asumidos, de tal manera que la cláusula de exclusión de responsabilidad deberá interpretarse en sentido estricto.

En consecuencia, resultan válidas las estipulaciones contractuales conforme a las cuales la administración excluye su responsabilidad contractual por hechos específicos que permitirían dar lugar a aplicar la teoría del hecho del príncipe. En cambio, son ilegales, por contrariar normas de orden público, las cláusulas en las que el cocontratante de la administración renuncia a cualquier aplicación de esta teoría. En resumen, serán ilegales las estipulaciones que contengan renunciaciones generales, pero válidas las que consagren renunciaciones sobre los efectos de medidas administrativas específicas.⁶⁴

2. *En cuanto a la continuidad del contrato*

Como lo señalamos con claridad, anteriormente, la teoría del hecho del príncipe, como todas las que buscan garantizar la equivalencia económica del contrato administrativo, se encuentra inspirada en la necesidad de que los servicios públicos sean prestados de manera regular, continua y eficiente, así como con la mínima afectación de los particulares, como bien lo consagra el artículo 3o. de la Ley 80 de 1993, al incluir dicha prestación como uno de los fines mismos de la contratación administrativa y consagrar que el cocontratante de la administración es un colaborador en la eficaz prestación del servicio público involucrado en el contrato específico. En este sentido, resulta pertinente recordar que las diversas técnicas de garantía del equilibrio económico del contrato administrativo tienen como punto común, entre otros, que pretenden brindar las condiciones necesarias para que el co-

les-versión cd, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, septiembre de 2005: “En razón de la autonomía de la voluntad las partes pueden negociar la asunción de los riesgos en cualquier clase de contrato y mucho más si se trata del contrato de concesión. Los riesgos pueden asignarse a quien, en principio, no estaba en el deber de soportarlos”.

⁶⁴ Al respecto, véase de Laubadère, André de, Moderne, Franck y Delvolvé, Pierre, *Traité des contrats administratifs*, cit., nota 1, p. 1330.

laborador de la administración continúe ejecutando el contrato y de esta manera impedir una falta de continuidad o de regularidad en la prestación del servicio público relacionado con el respectivo contrato.

La consecuencia de este fundamento se traduce en que el cocontratante de la administración tiene el deber de cumplir fielmente todas y cada una de las prestaciones a las cuales se encuentra obligado en virtud del contrato. En otras palabras, sin importar cuan onerosa resulte la ejecución del contrato como consecuencia de la intervención administrativa perturbadora, para que el cocontratante de la administración tenga derecho a la indemnización es indispensable que continúe prestando su colaboración con la administración en la prestación del servicio público, lo cual se logra mediante la continuación en la ejecución perfecta de las obligaciones nacidas del contrato administrativo respectivo.⁶⁵ Lo anterior, obviamente, no puede significar que el cocontratante de la administración tenga el deber de cumplir con sus prestaciones si la alteración es de tal magnitud que suponga la configuración de una fuerza mayor u otro hecho eximente de la responsabilidad contractual.

Como consecuencia de lo anterior, ante la ocurrencia de hechos que permitan dar aplicación a la teoría del hecho del príncipe, el cocontratante de la administración tiene el deber de cumplir con todas y cada una de las prestaciones contractuales a su cargo, teniendo igualmente la carga de solicitar, ante el juez o directamente ante la administración, el restablecimiento del equilibrio roto. Adicionalmente, resulta necesario aclarar que la negativa de la administración a tal restablecimiento tampoco autoriza a su cocontratante a incumplir sus obligaciones en aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, ya que, aunque tal excepción tiene plena aplicación en la contratación administrativa, no se configuran sus elementos en tanto que el cocontratante perjudicado no se exime del cumplimiento de sus obligaciones por la ocurrencia de hechos que configuren la teoría del hecho del príncipe, sino que resulta indispensable que se configure una verdadera fuerza mayor para eximirse del cumplimiento, la cual, obvia-

⁶⁵ Véase a Rivero, Jean y Waline, Jean, *Droit administratif*, cit., nota 39, p. 124, y a Escobar Gil, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la administración pública*, cit., nota 21, p. 498. Parcialmente en contra, Berçaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 390, quien considera que si la alteración pone al co-contratante de la administración en una razonable imposibilidad de incumplimiento, éste se encuentra autorizado para no cumplir con las prestaciones que se encuentran a su cargo en aplicación de la excepción de contrato no cumplido.

mente, requiere para su configuración de elementos diferentes a los necesarios para la citada excepción de contrato no cumplido.⁶⁶

3. En cuanto a la extensión de la indemnización

Teniendo en cuenta que la ocurrencia de hechos que dan lugar a la aplicación de la teoría del hecho del príncipe supone que se está frente a un evento de responsabilidad contractual de la administración pública, resulta lógico aplicar los principios indemnizatorios propios de esta institución. En este orden de ideas, cuando se cumplen los cuatro requisitos enunciados en el capítulo anterior, la doctrina es uniforme en señalar que la administración pública contratante se encuentra en el deber jurídico de indemnizar integralmente a su cocontratante,⁶⁷ lo cual supone reparar todos los perjuicios que el cocontratante pruebe que la medida administrativa le ha generado. Es decir, que deberá indemnizarse tanto el daño emergente como el lucro cesante sufrido por el cocontratante afectado. Pero tampoco nada más allá del daño o perjuicio sufrido por el cocontratante en relación con el contrato como consecuencia de la decisión administrativa perturbadora pues, si así fuera, el cocontratante de la administración incurriría en un enriquecimiento sin justa causa.⁶⁸

No obstante, es preciso señalar la manera en que debe entenderse la reparación integral en la teoría del hecho del príncipe: el daño emergente comprenderá todos los gastos en que efectivamente debió incurrir el cocontratante de la administración provocados por la ocurrencia de las actuaciones

⁶⁶ Véase a Jèze, Gastón, *Principios generales del derecho administrativo*, cit., nota 19, pp. 16 y ss.

⁶⁷ Sobre el deber de la administración de indemnizar integralmente cuando se da aplicación de la teoría del hecho del príncipe, véase a Richer, Laurent, *Droit des contrats administratifs*, cit., nota 11, p. 395; a Jèze, Gastón, *Principios generales del derecho administrativo*, cit., nota 19, p. 38; a Dromi, Roberto, *Derecho administrativo*, cit., nota 27, p. 561; y a Benavides, José Luis, *El contrato estatal*, cit., nota 4, p. 543. Desde el punto de vista de la jurisprudencia arbitral colombiana, véase “Tribunal de Arbitramento...”, cit., nota 42, p. 230.

⁶⁸ La doctrina ha hecho notar que en virtud del principio de reparación integral, “la indemnización ha de corresponder al perjuicio que al particular se cause por el expresado sacrificio de sus derechos y bienes, pero sin que pueda convertirse en un motivo de lucro” (González Pérez, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, 4a. ed., Madrid, Civitas, 2006, p. 315).

generadoras del hecho del príncipe; y el lucro cesante corresponderá, como regla general al “beneficio legítimo” que el cocontratante de la administración podía normal y razonablemente prever.⁶⁹ En otras palabras, la indemnización que corresponde al cocontratante de la administración se limita al valor de los mayores costos que la medida administrativa perturbadora le generó, junto con el lucro cesante de esos sobre costos.

Finalmente es preciso puntualizar que si bien la administración tiene el deber constitucional de reparar integralmente los daños antijurídicos sufridos por los contratistas en los términos expuestos, la Corte Constitucional Colombiana, sin expresar una razón sólida de fondo diferente a la libertad de configuración legislativa originada en que la Constitución no establece expresamente los rubros de la indemnización debidos por la responsabilidad del Estado, ha sostenido que el legislador puede limitar tanto los rubros que comprende la indemnización integral, como el método que deberá emplearse para cuantificar el daño resarcible.⁷⁰

VII. CONCLUSIONES

De los análisis y reflexiones anteriores, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. La teoría del hecho del príncipe es una de las causales de ruptura del equilibrio económico de los contratos administrativos, que se presenta por la expedición de actos jurídicos o por actuaciones materiales, generales o particulares, de la entidad administrativa contratante, en ejercicio de atribuciones como autoridad pública y no como parte del contrato, que lo afectan haciendo considerablemente más oneroso para el contratista su fiel cumplimiento.
2. A pesar de la escasa atención que han recibido los aspectos históricos de la teoría del hecho del príncipe, la doctrina ha rescatado algunos antecedentes históricos remotos referidos a hechos específi-

⁶⁹ Sobre el daño emergente y el lucro cesante en la teoría del hecho del príncipe, véase de Laubadère, André de, Moderne, Franck y Delvolvé, Pierre, *Traité des contrats administratifs*, cit., nota 1, p. 1327, y a Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., nota 2, p. 772-1.

⁷⁰ Véase, entre otras, Corte Constitucional, sentencias C-916 de 2002 y C-965 de 2003.

cos en los cuales se aplicaban soluciones similares a las de esta teoría, cuando la administración, en uso de sus prerrogativas, modificaba los contratos en los que era parte. Sin embargo, se trata apenas de antecedentes, pues la construcción y desarrollo de la teoría son obra de la jurisprudencia administrativa y la doctrina especializada francesa de comienzos del siglo XX.

3. La aplicación de la teoría del hecho del príncipe encuentra su justificación en los principios que gobiernan la responsabilidad administrativa sin falta, especialmente por violación del principio de igualdad en las cargas públicas; en la necesidad de garantizar una contrapartida que proteja al contratista de las prerrogativas de poder público de que goza la administración; en las necesidades de prestación continua y eficiente del servicio público; en los principios constitucionales de garantía del patrimonio de las personas y de la consecuente obligación de reparar los daños antijurídicos generados por el Estado; en la justicia contractual, y en la conmutatividad del contrato administrativo.
4. Para que una actuación de la administración que produce una alteración en las condiciones contractuales, permita dar lugar a la aplicación de la teoría del hecho del príncipe, puede ser jurídica o material, general o particular, e imputable a la misma entidad pública contratante, actuando como parte del contrato y no como autoridad pública; debe ser posterior a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato; debe constituir un álea extraordinario, en el sentido de que por su carácter excepcional no pudiese haber sido razonablemente previsto por el contratista, y debe alterar en forma extraordinaria y anormal la economía del contrato haciéndolo considerablemente más gravoso.
5. Por el carácter de orden público de la teoría del hecho del príncipe, son ilegales las estipulaciones que eximen de responsabilidad a la administración por todas las medidas que den lugar a su aplicación, pero válidas las cláusulas donde se pactan exclusiones de responsabilidad en relación con medidas administrativas específicas. Además, como la teoría del hecho del príncipe busca brindar las condiciones necesarias para que, a pesar del hecho perturbador, el contratista continúe con la ejecución del contrato, impidiendo así la interrupción en la prestación del servicio público, para que nazca el derecho

a la indemnización integral a favor del contratista, esto es, al resarcimiento de los mayores costos que la medida administrativa perturbadora le generó, junto con el lucro cesante, el cocontratante de la administración debe cumplir fielmente con sus obligaciones contractuales, salvo que constituya una fuerza mayor.