

CONSIDERACIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN VIRTUD DEL COVID-19 RAFAEL BADELL MADRID*

SUMARIO

1. Introducción.
2. Teoría de la imprevisión.
3. Supuestos de procedencia
4. Características.
5. Principios que gobiernan la indemnización.
6. ¿Quiénes pueden invocar la teoría de la imprevisión?
7. Diferencia con la teoría del hecho del príncipe.
8. Bibliografía.

* Doctor en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor Titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau. Ocupó la Cátedra Andrés Bello en la Universidad de Oxford. Senior Associate Member de la Universidad de Oxford.

1. INTRODUCCIÓN

El interés público, piedra angular del derecho administrativo, ha tenido un impacto enorme en diversas instituciones del derecho. Fundamentado en él al lado de la teoría del acto jurídico se construyó la del acto administrativo. Reglas especiales regulan la responsabilidad extracontractual del Estado con explicaciones distintas a las de la responsabilidad civil, con base, precisamente, en la figura del interés público. Ese mismo interés público permitió que al lado de la teoría general de los contratos, se haya moldeado una categoría especial de contratos regulados por el derecho administrativo.

Estos contratos administrativos son los que celebra directa o indirectamente la administración pública con otro sujeto de derecho para satisfacer una finalidad pública y están regidos fundamentalmente por normas de derecho público, tanto en la etapa previa a su formación -licitación, concurso, subasta, aprobación, autorización-, como en la fase de ejecución -cláusulas exorbitantes-, y también en la fase de revisión, la cual corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa¹.

De modo que no es en nada extraño que en el derecho administrativo se apliquen reglas diferentes a instituciones originalmente reguladas por el derecho privado. En la ejecución del contrato administrativo se ve con claridad que son normas especiales distintas a las del derecho civil las que gobiernan a los contratos administrativos.

De forma que, para asegurar la ejecución del contrato, así como para satisfacer el interés público que lo justifica, se reconoce que la administración tiene derechos y prerrogativas exorbitantes del derecho

¹ Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*. Editorial Torino, Caracas, 2001.

civil, tales como, la de controlar el contrato, modificarlo unilateralmente, interpretar sus cláusulas o extinguirlo anticipadamente.

Eso mismo justifica también que además del derecho del contratista -común en los contratos administrativos y privados- a obtener el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la otra parte existan una serie de principios y garantías aplicables en los contratos administrativos que aseguran el mantenimiento del equilibrio económico del contrato y que matizan el principio de riesgo y ventura.

Durante la vida del contrato puede suceder que acontecimientos independientes de la voluntad del contratante, anormales e imprevisibles, acaezcan sin hacer imposible la ejecución -a diferencia de la fuerza mayor- aumentando al menos en proporciones muy importantes las cargas del contratante y alterando así profundamente la economía del contrato.

La teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad es el medio que el derecho administrativo proporciona para que el contratista, ante estas circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles -posteriores a la celebración del contrato- pero temporales y transitorias, que alteran la ecuación económica financiera del contrato en perjuicio del contratante pueda requerir la ayuda económica del Estado para combatir esa crítica situación y poder así seguir cumpliendo el contrato.

2. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

2.1. Origen

La teoría de la imprevisión -que defiende la vida del contrato, a diferencia de la fuerza mayor o el caso fortuito que producen su extinción- es una creación de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, como forma de excluir el principio de riesgo y ventura en los contratos administrativos. El tema es explicado por Gastón Jèze, quien expresa que *“Si a pesar de las circunstancias excepcionales, imprevisibles o independientes de la voluntad de las partes, que trastornan la economía del contrato, el contratante no interrumpe su colaboración con el servicio público y hace lo posible para proseguir dicha colaboración en las condiciones previstas en el contrato, tiene derecho a*

exigir, de la Administración, cierta participación en las pérdidas de la explotación"².

La teoría de la imprevisión nació como consecuencia del proceso inflacionario que surge al finalizar la Primera Guerra Mundial. El problema -como bien lo señalan García de Enterría y Fernández- se planteó "*con toda su agudeza en plena guerra Europea con relación al servicio público de alumbrado y distribución de gas de Burdeos. La sociedad concesionaria de dicho servicio estaba ligada al municipio Burdeos por un pacto formal que, si bien preveía una correlación entre el precio del gas y el del carbón como materia prima, fijaba, sin embargo, un tope máximo que el precio del gas no podía rebasar en ningún caso. La guerra de 1914 -1918 implicó un alza enorme en el precio del carbón por encima de todo cálculo, hasta el punto de que la compañía concesionaria se vio obligada a declarar que no podría seguir asegurando el servicio en tales condiciones, si el municipio no venía en su ayuda. Llevando el asunto al Consejo de Estado Francés, éste no sólo no condenó a la compañía concesionaria a continuar el suministro de gas al precio máximo establecido en la concesión, sino que tampoco admitió que el municipio pudiera rescindir el contrato. En lugar de ello, el Consejo de Estado declaró en la célebre decisión antes citada, del 30 de marzo de 1916, que el municipio de Burdeos estaba en el deber de seguir soportando a la compañía concesionaria y, más aún, el de abonarle una indemnización capaz de compensarle en el aumento de precio del carbón, a menos que ambas partes no prefieren celebrar un convenio acordando la elevación del precio de suministro de gas a pagar por los usuarios*"³.

Luego de la construcción jurisprudencial francesa, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que la administración debe compartir con el contratista las pérdidas o el déficit producto de situaciones anormales e imprevisibles acaecidas durante la ejecución del contrato, y si en algún momento la teoría de la imprevisión apareció como una doctrina novedosa, hoy constituye un lugar común en su aplicación tanto en el

² Gastón Jéze, *Principios generales de Derecho administrativo*, Tomo IV, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949. p. 236

³ Eduardo García de Enterría; Tomás R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, 1995.

derecho público como en el privado y se presenta -como señalan García de Enterría y Fernández- como un último paso en la línea evolutiva de la ejecución de los contratos y sus técnicas para el mantenimiento del equilibrio financiero⁴.

La teoría de la imprevisión o de la excesiva onerosidad ha sido consagrada en el derecho civil. Los Códigos Civiles de Italia (1942), Holanda (1992), Alemania (2002), Grecia (1946), Portugal (1967), Argentina (1968), Bolivia (1975), Perú (1984), Paraguay (1985), Brasil (2002) y Francia (2016), además del Código de Comercio de Colombia (1971), la incluyen⁵. Esas legislaciones regulan en primer término las condiciones que deben reunirse para que proceda la aplicación de esta teoría en los contratos privados y cuáles son los remedios o soluciones en caso de que proceda. Sin embargo, la teoría de la imprevisión no está consagrada en el derecho civil venezolano, como sí ocurre para el caso de los contratos marítimos y de los contratos administrativos.

Entre las condiciones que deben cumplirse para la aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos privados se precisa que entre la celebración del contrato y su ejecución el cumplimiento se torne excesivamente oneroso, es decir, que se rompa el equilibrio patrimonial contractual; que esa circunstancia de excesiva onerosidad se deba a hechos extraordinarios e imprevisibles ajenos a la culpa del deudor; que se trate de un contrato de larga duración de tracto sucesivo o de ejecución continuada; y que no proceda en caso de mora del deudor.

Las soluciones que han propuesto tanto la legislación como la jurisprudencia para el caso de que sea aplicable la teoría de la imprevisión son básicamente dos: la terminación del contrato, esto es, la resciliación del contrato que implica la liberación del deudor en el cumplimiento de las obligaciones contractuales por la excesiva onerosidad sobrevenida; y la revisión del contrato, con el fin de restablecer su equilibrio patrimonial.

En el derecho privado la teoría de la imprevisión parte de una interpretación doctrinaria del conflicto -que se predica- entre el principio

⁴ Ibidem.

⁵ Rodrigo Momberg Uribe, “Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, diciembre 2010, pp. 29-64, disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722010000200002#n17

de la intangibilidad de los contratos, consagrado en el artículo 1159 del Código Civil⁶, y el principio general del derecho previsto en el artículo 1160 *eiusdem*, según el cual los contratos deben ser ejecutados de buena fe, y se admite que no sólo las obligaciones expresamente establecidas en los contratos vinculan a las partes, sino que existe otro tipo de deberes presentes para el cumplimiento del contrato, como es el deber de los contratantes de encontrar una solución en caso de producirse un sustancial y notable desequilibrio económico en virtud de la imprevisión.

Ante la excesiva onerosidad sobrevenida en la ejecución de los contratos civiles, la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad que tienen las partes de invocar la teoría de la imprevisión. Así lo recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia número 241 del 30 de abril de 2002, caso “Arturo Pacheco Iglesia y Otros contra Inversiones Pancho Villas, C.A.”, por medio de la cual la Sala de Casación Civil, estableció que *“Independientemente de la falta de reconocimiento expreso positivo que tutele la teoría de la imprevisión en nuestro Código Civil, aquél que pretenda la resolución de un contrato como consecuencia de la excesiva onerosidad que comporte su ejecución, deberá invocar tal causal como excepción, cuando le sea demandada la ejecución de tal obligación, o bien demandarla por vía principal o reconvenional, debiendo señalarse que tanto como excepción o como reconvenición, el demandado sólo podrá hacerla valer en el acto de la contestación de la demanda, tal como lo señala el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil...”*.

2.2. Noción

En derecho administrativo la teoría de la imprevisión supone la presencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles que, siendo sobrevinientes al momento del nacimiento de la relación contractual, afectan gravemente la economía del contrato sin que impidan su ejecución, pero que obliga al contratante que las sufre a ejecutarlo con grave pérdida patrimonial para él, obligando a su contraparte a restablecer el equilibrio económico, con la finalidad de conservar la conmutatividad de las prestaciones pactadas.

⁶ Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982.

Su finalidad es retornar al equilibrio prestacional del contrato tras-tocado por circunstancias sobrevinientes a su nacimiento, extraordinarias imprevisibles y ajenas a la voluntad de las partes y -como señala García de Enterría- es un último paso en la línea evolutiva de la ejecución de los contratos y sus técnicas para el mantenimiento del equilibrio financiero.

La teoría de la imprevisión persigue que las cosas vuelvan a su estado inicial cuando las bases económicas del contrato se afecten por hechos posteriores que revistan las características anotadas y sean de tal magnitud que ocasionen una ruptura grave de la simetría o igualdad de los derechos y obligaciones existentes al tiempo de su celebración, y aunque no impiden su cumplimiento, hacen excesivamente onerosa su ejecución para una de las partes y, correlativamente, generan una ventaja indebida o en exceso para la otra⁷.

Durante la ejecución, puede suceder que acontecimientos independientes de la voluntad del cocontratante, anormales e imprevisibles, acaezcan sin hacer imposible la ejecución -diferencia con fuerza mayor- aumentando, al menos en proporciones masivas, las cargas del cocontratante y perturbando así profundamente la economía del contrato.

De manera que podemos señalar que la teoría de la imprevisión o riesgo imprevisible o lesión sobreviviente es el medio que el derecho administrativo proporciona para que, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles -posteriores a la celebración del contrato- pero temporales y transitorias, que alteran la ecuación económica financiera del contrato, deteriorando dicha ecuación en perjuicio del cocontratante, éste pueda requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esa crítica situación y poder así, cumplir o seguir cumpliendo el contrato. Obviamente, tales circunstancias han de ser ajenas a la voluntad del cocontratante.

En principio, nada obligaría a compensar al contratista, en razón de tales hechos que causan un desequilibrio contractual y que son absolutamente ajenos e independientes de la actividad administrativa. Nada se opondría a la aplicación del taxativo riguroso principio de la *lex contractus* y, en consecuencia, a la resolución del contrato, en el caso de que el contratista se vea obligado al incumplimiento de lo pactado.

⁷ Ibidem.

Sucede, sin embargo, que esta solución en nada beneficia al interés público, que contrariamente, quedaría vulnerado si se interrumpiera bruscamente la gestión del servicio público, pero cuando se demuestra la ocurrencia del hecho imprevisible, posterior a la celebración del contrato, determinante del rompimiento anormal y extraordinario de la economía del contrato, surge el deber de compensar al cocontratante afectado el desmedro sufrido.

La lógica del *contractus lex*, que impulsa la resolución por incumplimiento, se enfrenta así a la de servicio público, que aboga en pro de una solución que garantice la continuidad de este. De ese conflicto, precisamente, nace la teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible, conforme a la cual la administración debe, en estos casos, acudir también en ayuda del contratista, compartiendo con él los riesgos que de forma imprevista hayan podido surgir a modo de evitar el colapso total del servicio concedido.

Tenemos presente que la teoría de la fuerza mayor también lleva de la mano los acontecimientos de la naturaleza para explicar su fundamentación, sin embargo, producida la fuerza mayor, la rescisión del contrato libera al cocontratante de toda responsabilidad por incumplimiento del plazo.

Se trata de un evento de tal entidad que impide la ejecución del contrato en tanto que la circunstancia material imprevista sólo hace más oneroso el cumplimiento del contrato sin que esté vedada su ejecución.

Otro asunto que es necesario precisar es el atinente a si continuamos dentro de los límites de la teoría de la imprevisión cuando el quebrantamiento de la ecuación económica financiera que afecta al cocontratante proviene de una actividad del Estado.

Para que sea procedente la teoría de la imprevisión el acontecimiento causante del desequilibrio no debe ser atribuible específicamente a la esfera u orden jurídico correspondiente a la autoridad que intervino en la celebración del contrato. Poder Nacional, Poder Estatal y Poder Municipal, pues si se inserta dentro de la misma esfera jurídica que corresponde a la autoridad que celebró el contrato no existiría el hecho imprevisible como tal, por el contrario, emerge aplicable la teoría del hecho del príncipe.

2.3. Fundamentación

El contrato administrativo persigue un fin de interés público y el contratante particular llega a él en busca de un interés propio, privado, pero se convierte, pese a su particular interés, en un colaborador de la administración pública en el logro de aquel fin.

Ese colaborador ha aceptado la relación contractual teniendo en cuenta una relación económico-financiera- tangible en el momento en que se inicia la relación contractual y si ella llegase a quebrantarse, creándose un desequilibrio, no sería justo que el cocontratante cargara con sus efectos, cuando él está colaborando con el logro de un fin de interés general; de ello se sigue que la administración debe concurrir en su ayuda, para restablecer el alea normal del contrato, tanto más cuanto que el cocontratante ha sido ajeno a aquella situación que lo perjudica.

De modo que el fundamento de la teoría de la imprevisión es el interés público, que tanta importancia ha tenido siempre en el derecho administrativo. Una vez más, la idea de interés público justifica y da basamento a una institución o estructura del derecho administrativo, que no encuentra tan adecuado asidero en el derecho privado, donde es preciso atenerse a principios más complejos.

El Consejo de Estado de Colombia, en el 2004, explicó que la teoría de la imprevisión tiene su fundamento *“en el hecho de que teniendo en cuenta los fines de interés público que dan lugar a la contratación administrativa, y el rol que en ella tiene aquél al constituirse en un colaborador activo para el logro de dichos fines, resulta justo que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable, de modo que el particular no sea indebidamente sacrificado en aras de una finalidad cuya atención corresponde prioritariamente a la administración pública”*⁸.

La fundamentación de esta teoría de la imprevisión puede encontrarse también en la conocida cláusula *“rebus sic stantibus”* o, si se

⁸ Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. [Internet] Sentencia núm. 25000-23-26-000-1991-07391-01(14043) de 26 de febrero de 2004 [Consultado el 31 de mayo de 2020]. Disponible en: http://www.tesouro.com.co/EQUILIBRIO/TEOIMPRES-Va_1.htm

quiere, y más generalmente, en los principios generales de la buena fe y de la equidad aplicados a la contratación administrativa.

Lo cierto, sin embargo, es que su admisión vendrá motivada por el propio interés de la administración ya que, de otra forma, no podría encontrar particulares dispuestos a hacer frente a contratos de larga duración en el tiempo como es el caso del contrato de concesión⁹. Véase en este sentido el artículo 16 del Decreto Ley Sobre Promoción de las Inversión Privada bajo el Régimen de concesiones. Decreto-Ley 318. 17 septiembre 1999¹⁰ (en adelante Ley de Concesiones), el cual prevé que la duración máxima de los contratos es de 50 años contados a partir del perfeccionamiento del contrato y podrá ser objeto de renovación, previa evaluación del desempeño de concesionario, en los siguientes términos:

“La duración máxima de los contratos de concesión será de cincuenta años contados a partir del perfeccionamiento del contrato. Dichos contratos podrán ser objeto de renovación, previa evaluación objetiva del desempeño del concesionario, la cual deberá realizarse por lo menos un (1) año antes de la fecha de terminación del contrato. A los efectos de considerar la renovación, el ente concedente podrá consultar la opinión de las comunidades organizadas o de los usuarios de la obra o servicio.”

Autores como Marienhoff encuentran la fundamentación de la aplicación de la teoría de la imprevisión en el derecho positivo, es decir, en las disposiciones que consagran la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas y en las concernientes al derecho de propiedad. En efecto, Marienhoff señala que no sería concebible que, en beneficio público, el cocontratante vea menoscabado su patrimonio sin el correspondiente acto indemnizatorio. Ciertamente, exigirle al particular cocontratante el cumplimiento de un contrato administrativo en detrimento de su patrimonio, produciría la injusta circunstancia en que solo este se vea afectado por las consecuencias de la variación de la

⁹ Véase sobre el tema Rafael Badell Madrid, *Régimen de las Concesiones en Venezuela*. Editorial Torino, Caracas, 2002.

¹⁰ Gaceta Oficial N° 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999.

coyuntura económica, cuando el resultado de su actividad en realidad beneficia el interés público, no a su propio interés particular¹¹.

Téngase en cuenta los artículos 115 y 133 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 que consagran los derechos de propiedad y la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas respectivamente, de la siguiente forma:

Artículo 115. Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

Artículo 133. Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley.

De otra parte, nótese que los artículos 132, 133 y 134 de la Ley de Contrataciones Públicas del 19 de noviembre de 2014¹² (en adelante Ley de Contrataciones Públicas), desarrollan los elementos de la variación de presupuesto, de precios y los mecanismos de ajustes de contrato y el artículo 42 Ley de Concesiones establece las previsiones que debe tomar el ente concedente para evitar el incremento de costos y evitar el encarecimiento de las obras ejecutadas en virtud de esa Ley.

En primer lugar, el artículo 132 de la Ley de Contrataciones Públicas establece que se debe entender por variación del presupuesto, las fundamentadas por el contratista, por hechos posteriores imprevisibles a la fecha de presentación de la oferta, debidamente aprobadas por el contratante; y, en el caso de contratos de ejecución de obras, se consideran variaciones de presupuesto, los aumentos o disminuciones de las cantidades originalmente contratadas, así como las obras adicionales.

Sobre la variación de precios dispone el artículo 133 de la Ley de Contrataciones Públicas que son aquellas que afectan el valor de los

¹¹ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.

¹² Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014.

bienes y servicios suministrados u obra contratada, debidamente aprobadas por el contratante. El mencionado artículo establece, además, que dichas variaciones de precios se reconocerán y pagarán al contratista de acuerdo a los mecanismos establecidos en los contratos, aplicables según su naturaleza y fines, entre los cuales se señalan el calculado con base en las variaciones de índices incluidos en fórmulas escalatorias o el de comprobación directa.

De otra parte, la Ley de Contrataciones Públicas en su artículo 134 establece la posibilidad de incorporar en las condiciones de la contratación mecanismos de ajustes que permitan reducir o minimizar los elementos de incertidumbre o riesgo, generados por la variabilidad de los factores que condicionan la ejecución del contrato con impacto impredecible en las ofertas de los contratistas, en los casos de contrataciones con ejecución superior a un año.

Por su parte, el artículo 42 de la Ley de Concesiones, establece las previsiones para evitar el incremento de costos y el encarecimiento de las obras ejecutadas en virtud de dicha ley, tales como corregir en el menor tiempo posible los desajustes que pudieran presentarse; gestionar o asignar oportunamente los recursos a cuyo aporte se hubiere comprometido la República; y utilizar los mecanismos o procedimientos más eficaces para precaver o solucionar los conflictos o diferencias que puedan afectar la ejecución de los contratos.

Tampoco sería concebible que, en beneficio público, el contratante de la administración vea menoscabado su patrimonio sin el correspondiente acto indemnizatorio, es decir, en beneficio de la colectividad se lesionaría el patrimonio del cocontratante. Esto está regulado en Venezuela a través del artículo 44 de la Ley de Concesiones, sobre la responsabilidad de la administración y cómo la República podrá concurrir junto al concesionario para el pago de daños y perjuicios.

En efecto, dispone este artículo 44 que la República, por órgano del ministerio o entidad competente, será responsable por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones que le sean imputables y que causen perjuicios al concesionario, y que en tales casos deberá indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el concesionario. Asimismo, establece el artículo 44 que la República

podrá concurrir junto al concesionario al pago de los daños y perjuicios producto de caso fortuito o fuerza mayor, si así lo estableciere el pliego de condiciones o el contrato.

No obstante lo anterior, el concedente tampoco está obligado a cubrir el déficit de la explotación del concesionario derivado de una circunstancia imprevista hasta la finalización del plazo de la concesión. En efecto, el concedente dispone en todo momento de la prerrogativa de poner fin anticipadamente al contrato, si estima que del servicio concedido no se deriva ningún beneficio para la colectividad. Evidentemente, en caso de ser ejercida esta prerrogativa nacerá su obligación de indemnizar íntegramente al concesionario por las pérdidas que este sufra.

3. REQUISITOS DE PROCEDENCIA

Para que la teoría de la imprevisión se aplique a un caso concreto, deben concurrir simultáneamente diversos requisitos, éstos son:

3.1. Debe tratarse de un contrato administrativo. Entendemos que los contratos administrativos son aquellos que celebra, directa o indirectamente, la administración pública, en cualquiera de sus manifestaciones -central o descentralizada, territorial o funcional- con otro sujeto de derecho -público o privado- para satisfacer una finalidad pública y están regidos fundamentalmente por normas de derecho público, tanto en la etapa previa a su formación -licitación, concurso, subasta, aprobación, autorización-; como en la fase de ejecución -cláusulas exorbitantes-; y también en la fase de revisión, la cual corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa. Los contratos de derecho privado de la administración quedan al margen de la teoría de la imprevisión. La razón es simple y ostensible, es en los contratos administrativos "*strictu sensu*", donde aparece el interés general o público que hace evidente la teoría de la imprevisión.

3.2. El cocontratante no debe haber suspendido la ejecución del servicio desde que la teoría de la imprevisión tiende, precisamente, a ayudar económicamente al cocontratante, evitando que éste suspenda la ejecución del contrato y facilitando el cumplimiento de este. Nótese al respecto que el artículo 36 de la Ley de Concesiones establece la obligación del contratista o concesionario de "*d) Prestar el servicio con la*

continuidad convenida”, a modo de garantizar a los usuarios el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas en las leyes reguladoras del servicio público o en el reglamento del servicio de que se trate; y “f) *Prestar el servicio ininterrumpidamente*”, salvo -dispone la ley- situaciones excepcionales debidas a caso fortuito o fuerza mayor, cuyos efectos serán calificados por el ente concedente, acordando las medidas que sean necesarias para lograr la más rápida y eficiente reanudación del servicio.

3.3. El acontecimiento que causa el deterioro económico del contrato, debe ser extraño o ajeno a la voluntad de las partes. Va de suyo que la teoría de la imprevisión no tiene por objeto cubrir los quebrantos que resulten de la mala administración que efectúe el cocontratante o que sean hechos imputables al mismo. Téngase en cuenta el artículo 45 literal a) de la Ley de Concesiones que regula las causas que suspenden el contrato temporalmente y que son ajenas a las partes como guerras, conmoción interior entre otros, cumpliéndose el elemento de ajenidad de las partes. En el artículo 135 de Ley de Contrataciones Públicas expone en su numeral 2 que se suspenderá temporalmente el contrato por situaciones imprevistas debidamente comprobables a tenor de que el hecho debe ser extraño o ajeno a las partes como propugna la teoría.

3.4. El acontecimiento que provoca el trastorno debe ser temporal o transitorio y en modo alguno definitivo. Véase al respecto el artículo 45 literal a) de la Ley de Concesiones y el artículo 135 numeral 2) de la Ley de Contrataciones Públicas, los cuales se refieren a la transitoriedad del acontecimiento que ocasiona la suspensión temporal de los contratos y concesiones y que establece que los mismos se reanudarán luego de que terminen los hechos que obligaron a la suspensión.

3.5. Debe tratarse de un contrato que ya está en curso. El acontecimiento perturbador debe surgir y producir efectos después de la celebración del contrato, hallándose este pendiente de ejecución o cumplimiento. Del mismo modo el contrato no debe estar concluido o terminado antes de que surja el acontecimiento perturbador.

3.6. La ecuación económico-financiera del contrato debe haber sufrido un trastorno o quebranto con motivo del hecho o acto. Entre el acto y el trastorno debe existir una íntima correlación, la prueba de ello debe ser aportada por el cocontratante. Este requisito de procedencia

de la teoría de la imprevisión está desarrollado, en Venezuela, en el artículo 132 de la Ley de Contrataciones Públicas cuando indica que las variaciones del presupuesto son causadas por hechos posteriores e imprevisibles al perfeccionamiento del contrato, lo que quiere decir que las modificaciones económicas del presupuesto original tienen que tener una estrecha relación entre sí y que debe ser el contratista quien debe fundamentar esta correspondencia entre el hecho y las variaciones del presupuesto.

3.7. El quebranto o trastorno ocasionado debe superar las previsiones normales, sólo el anormal da lugar al resarcimiento, es decir, aquél que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron haber hecho en el momento de formalizar al contrato. Las variaciones de precios provenientes de fluctuaciones económicas corrientes constituyen aleas ordinarias; en cambio pueden convertirse en extraordinarias cuando son de tal entidad que nunca pudieron estar previstas: guerras, depreciaciones monetarias, crisis económicas.

En cuanto al régimen de las concesiones en Venezuela, la Ley de Concesiones regula en los artículos 42, 44 y 45 las previsiones que debe tomar el ente concedente para evitar el incremento de costos e impedir el encarecimiento de las obras ejecutadas en virtud de esa Ley; el supuesto de responsabilidad de la administración por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones que le sean imputables y que causen perjuicios al concesionario; y los supuestos de suspensión temporal de la concesión por circunstancias que exceden el estado de normalidad, tales como el caso de guerra, conmoción interior o fuerza mayor.

De la misma forma, los artículos 132, 133 y 134 de la Ley de Contrataciones Públicas señalan los hechos que pueden desequilibrar el objeto económico de la contratación, los cuales constituyen acontecimientos imprevisibles que hacen variar los precios y presupuestos originales de la contratación.

3.8. El hecho que da lugar a la imprevisión debe ser un acontecimiento razonablemente imprevisible, bastando a este objeto que la imprevisibilidad sea aplicable a las consecuencias del acto, y no a éste en sí mismo.

3.9. Por lo general la teoría de la imprevisión es aplicable a los contratos administrativos de cierta duración, que dan lugar a prestacio-

nes sucesivas o múltiples u obligaciones a término, pero ello no impide que también pueda aplicárseles a contratos de cumplimiento inmediato, si las circunstancias hicieren equitativa su vigencia. Este requisito de procedencia nos lleva a tomar en cuenta el artículo 16 de la Ley de Concesiones, destacando que las concesiones tienen una duración de 50 años, con opción a ser prorrogable, es por ello que a la teoría de la imprevisión es tan importante para este tipo de contratos administrativos, ya que, con una duración tan prolongada del mismo, siempre habrá acontecimientos no previstos que dañen el equilibrio económico de la concesión.

4. CARACTERÍSTICAS

La teoría de la imprevisión es de orden público, pues no representa únicamente una ventaja económica para el contratante, sino ante todo, es un medio de asegurar, en beneficio del interés público o general, los contratos administrativos. De allí surgen las siguientes características:

1) Existe como principio general. Su aplicación responde a un principio general del derecho administrativo,

2) Es implícita. No requiere estar pactada por las partes. Se aplica de pleno derecho. es decir, que en el contexto del COVID-19, la aplicación de la imprevisión para que el Estado asuma la indemnización generada por el desequilibrio anormal generado por este hecho imprevisible aplicaría de pleno derecho, sin necesidad de que sea pactado en el pliego de concesión o en el contrato celebrado por la administración, con el objetivo de mantener la continuidad del servicio u obra pública.

Mientras que en los contratos civiles para que haya una cláusula que contemple modificar un contrato sin el mutuo consentimiento de las partes, en razón de una mayor dificultad u onerosidad, tiene que ser expresa; no puede ser tácita, pues no puede haber una voluntad implícita contractual que sea contraria, lo que quiere decir que en la situación de la pandemia, si no se contempló una cláusula de renegociación explícitamente aceptada por ambas partes no es posible realizar una renegociación obligatoria, sólo la buena fe podría imponer la renegociación en base al artículo 1160 del código civil de Venezuela que establece el principio de la buena fe contractual y extiende los efectos del contrato

a las consecuencias razonables no expresadas en el mismo. Si la renegociación es exitosa, se aplica el contrato modificadorio, que aliviará la situación del deudor.

En cambio, si la renegociación no es exitosa, es posible que una sola de las partes haya intentado llegar a un nuevo acuerdo de buena fe, y la otra haya asumido, de mala fe, una actitud intransigente, no abierta a ninguna posible solución contractual. Si una parte no negoció de buena fe, ella es responsable de los daños causados a la otra parte, conforme al artículo 1160 del Código Civil, antes citado, y a la segunda parte del artículo 1264 del mismo código, que expresa: “*El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención*”.

3) No requiere de norma expresa que la consagre. Siendo que al no ser consagrada por ninguna norma puede ser aplicada aunque no esté explícitamente aceptada. En los contratos administrativos se busca la continuidad de la ejecución de una obra o servicio público, es por ello que la administración contribuye con la carga del contratista para que se defienda la “*vida*” del contrato y cumplir con el objetivo del mismo, ante situaciones excepcionales, esta característica de orden público le da al contratista la capacidad de defender su derecho al restablecimiento del equilibrio económico.

4) No puede ser objeto de renuncia por las partes. En virtud de interés general, la administración no puede renunciar a ayudar al contratista que ve en riesgo el cumplimiento de un servicio u obra pública que le fue concedida, por el contrario, para garantizar la continuidad de lo pactado, en razón de mantener el interés general, la República está en la obligación de equilibrar las cargas por consecuencia del hecho imprevisto, como el COVID-19 y así garantizar la continuidad convenida y prestar el servicio ininterrumpidamente, así, el contratista tampoco puede renunciar a el derecho del restablecimiento del equilibrio económico, debido a que soportar las grandes cargas de proporcionar un servicio a la población podrían llevarlo a la quiebra al soportar eventos anormales que desbalancen gravemente el contrato celebrado.

5) No supone una reparación integral, es una mera ayuda del Estado para que se restablezca el equilibrio financiero. Para los contratos administrativos la vía es más simple y expedita, en caso de que situaciones como las acaecidas por el coronavirus dificulten la prestación

de un servicio o lo incrementen sustancialmente su onerosidad, la Administración indemnizará parcialmente al contratista, hasta la medida que se restablezca el equilibrio económico que le permita al contratista soportar las cargas para que se siga con la prestación del servicio, con la teoría de la imprevisión no se busca cubrir las ganancias pérdidas o reintegrar completamente los daños sufridos, sino que tiene por objetivo el restablecimiento de las cargas en el equilibrio económico.

En el caso de los contratos civiles si no se establece explícitamente la liberación de la responsabilidad de deudor, no hay lugar a la exoneración del mismo, sino que se insta a las partes a renegociar el contrato, para tratar de restablecer el equilibrio contractual roto; y, si la renegociación no tiene éxito, la solución dependerá de si ellas (las partes) actuaron o no de buena fe. Si el acreedor se negó a tratar de renegociar el contrato o tuvo una actitud negativa y obstruccionista durante las negociaciones, incurre en culpa y debe reparar los daños causados al deudor en dificultades. En cambio, si el acreedor actuó de buena fe y de todas maneras no se logró acordar una modificación contractual satisfactoria para ambas partes, el deudor debe cumplir el contrato tal cual lo pactó al celebrarlo.

5. PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN LA INDEMNIZACIÓN

La teoría de la imprevisión como ya quedó dicho no se traduce en una compensación completa, integral, sino la que sea necesario otorgarle para asegurar la ejecución del contrato. Con ello queremos decir que la imprevisión no cubre ninguna ganancia, ni siquiera tendría que cubrir todas las pérdidas sufridas por el cocontratante sino tan sólo la que sea menester cubrir para que el alea del contrato pase de un límite extraordinario o anormal a un límite normal.

La teoría de la imprevisión surge como el medio arbitrado por el derecho administrativo para que, cuando circunstancias anormales extraordinarias e imprevisibles, como por ejemplo, aquellos imponderables de carácter interno o internacional (como el COVID-19), las partes puedan invocar a su favor -dependiendo del sentido del desequilibrio económico producido por los eventos extraordinarios acaecidos- la ayuda pecuniaria de la otra parte para solventar esa situación.

Según expresa la doctrina -Marienhoff, García de Enterría y Fernández, Escola, Escobar Gil, Cassagne, Parada, Villar Palasí, Ruocco, entre otros- la indemnización del particular afectado por imprevisión debe ser parcial, y el monto de la misma debe ser fijado por las partes y, a falta de acuerdo entre ellas, corresponderá la fijación de ésta a la autoridad judicial competente¹³.

Para determinar el monto de la indemnización sólo deben tenerse en cuenta las pérdidas sufridas por el cocontratante, por lo que las ganancias dejadas de percibir no se tienen en consideración a estos efectos.

Ello es así, desde que la indemnización en los supuestos de imprevisión sólo tiene carácter de ayuda para que el contratista supere el momento crítico en el que se encuentra y pueda seguir ejecutando el contrato. De ahí que pueda afirmarse que la indemnización no es integral, pues no tiene alcance de reparación. En este sentido, puede decirse que una pérdida muy pequeña no es indemnizable en virtud de la teoría de la imprevisión, así como tampoco lo son las pérdidas derivadas de la mala administración que realice el propio particular, ya que un menoscabo de esa naturaleza es parte integrante del alea normal y, por lo tanto, se entiende que el contratista debe soportarla.

Afirmar que el contratista “*tiene derecho al resarcimiento total de las pérdidas sufridas durante la ejecución del contrato, pues de lo contrario estaríamos en presencia de un enriquecimiento sin causa de la Administración contratante*” contradice el fundamento mismo de la teoría de la imprevisión, pues ésta surge como una ayuda que la administración otorga a su contratante y no como un seguro que cubra todos los riesgos y posibles pérdidas de la empresa trasladándolos íntegros a la administración contratante.

¹³ Marienhoff, Ob. Cit.; García de Enterría y Fernández, ob. Cit.; Héctor Jorge Escola, *Tratado integral de Contratos Administrativos*, Depalma, Volumen II, Buenos Aires, 1979; Rodrigo Escobar Gil, *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, Legis, Bogotá, 1999; Juan Carlos Cassagne, *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994; Ramón Parada, *Derecho administrativo*, Tomo I - Parte General, Octava Edición, Marcial Pons, Madrid, 1996; José Luis Villar Palasí y, José Luis Villar Ezcurra, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, El principio de riesgo y ventura*, Civitas, Madrid, 1996; y G. Ruocco, “Ejecución de los Contratos” en *Contratación Administrativa*, Ediciones de la Fundación de Cultura Universitaria del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, Montevideo, 1989.

La experiencia de vivir en un país con economía inestable, marcada con constante inflación, ha hecho que la administración pública y su contratista, puedan prever tales cambios económicos y, consecuentemente, puedan incorporar en el contrato cláusulas de valor destinadas, precisamente, a establecer mecanismos de ajustes de precios para contrarrestar el desequilibrio económico que podrían originarse en tal eventualidad.

En este sentido, en sentencia del 30 de abril de 1998, la Sala Político-Administrativa señaló que la teoría de la imprevisión no puede utilizarse para reclamar indemnización alguna, sino en casos de extremo desequilibrio contractual en materia de inflación. Sostuvo, en efecto, el Máximo Tribunal que la inflación no es *“un acontecimiento absolutamente imprevisible y [...] solo se podría decir que tiene tal condición un salto brusco del índice inflacionario, pero una alteración de los precios que se mantenga en el promedio de los últimos 10 años no puede ser considerado imprevisible en forma alguna”*.

Asimismo, aclaró la Corte en el fallo citado que la teoría de la imprevisión es inaplicable cuando el contrato celebrado contiene cláusulas de valor, mediante las cuales las partes regulan anticipadamente los mecanismos destinados a restablecer la ecuación económica, en casos de aumentos o variaciones de los costos y gastos del contratista. En este sentido, se sostuvo:

“...la imprevisión no es aplicable en aquellos casos, donde el contrato con la Administración Pública, esté sujeto a la Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras [...].

No se trata de la consagración en un texto legal de la imprevisión, sino por el contrario la consagración de cláusulas de valor. Los ajustes se hacen de acuerdo con términos contenidos en las propias Condiciones Generales de Contratación (artículo 62). [...]

En vista de que las variaciones en los precios están expresamente contenidas dentro de las Condiciones Generales, cuando se celebran contratos con la administración pública, que están sujetos a las normas establecidas en estas condiciones, ya no se puede hablar en el contrato de la teoría de la imprevisión del derecho administrativo, dado que las variaciones producidas por efecto de la inflación están expresamente previstas.”

6. ¿QUIÉNES PUEDEN INVOCAR LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN?

El tema de la legitimación para la invocar la teoría de la imprevisión ha sido abordado por la doctrina desde dos puntos de vista. Así, un sector minoritario de la doctrina coincide en afirmar que la teoría de la imprevisión sólo puede ser invocada por los contratistas de la administración, siempre y cuando concurren los requisitos antes señalados.

Los defensores de la unilateralidad de la teoría de la imprevisión, a favor del contratista, argumentan que dicha teoría constituye un contrapeso a las potestades exorbitantes de la administración en la contratación y que actúa como un factor de equilibrio para compensar la desigualdad entre las partes. De esa forma, las potestades de la administración para imponer modificaciones a las condiciones de ejecución, de interpretar unilateralmente el contrato, de control y dirección del contrato y de extinguir el vínculo contractual a su sola voluntad, se ven compensadas con el derecho inquebrantable del particular al mantenimiento de la ecuación financiera.

Asimismo, se indica que la administración contratante no puede invocar a su favor dicha teoría ni sostener que ha sufrido una lesión por razones de interés público o general, cuando ese interés público y la misma administración se identifican. En ese sentido, señala Marienhoff que *“con el objeto de que todo esto funcione o resulte así y el Estado pueda desenvolver su actividad, el deber privado de los administrados consiste en satisfacer las cargas impositivas que el Estado les imponga. Va de suyo entonces, que la administración pública (“Estado”) no puede invocar a su favor la teoría de la imprevisión, ya que “todo lo atinente a la satisfacción del interés público o general está por principio a cargo de ella”*¹⁴.

Marienhoff advierte además que siendo el Estado la contraparte en los contratos administrativos, si éste pudiese reclamar una indemnización sobre la base de la teoría de la imprevisión y la misma le fuere otorgada, sería un contrasentido, pues el Estado se estaría indemnizando así mismo. En ese orden de ideas señala: *“Los administrados, sean o*

¹⁴ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. Cit.

no contratantes de la administración pública, nada tienen que indemnizarle al Estado para que el mismo se reintegre los quebrantos que haya experimentado al satisfacer las exigencias del interés público, pues los administrados –incluso los cocontratantes– cumplen al respecto su deber jurídico con el pago de sus impuestos”¹⁵.

No obstante, un amplio sector -García de Enterría y Fernández, Cassagne, Escobar Gil- se inclina por considerar que la imprevisión puede ser invocada tanto por la administración como por el particular. En tal sentido, los maestros españoles García de Enterría y Fernández, han señalado que la administración y el contratista son “*colaboradores estrechos en una común tarea de satisfacer las necesidades públicas y partícipes, en común, de sus resultados cuando éstos rebasen el alea ordinario previsto en el contrato (...) la Administración y el contratista asumen parcialmente el riesgo y la ventura de la contratación, es decir, las consecuencias que puedan derivar de los eventos inicialmente excluidos de la concesión en cuanto ajenos a la construcción de la ecuación inherente a la misma.*”¹⁶.

En este sentido, los referidos autores señalan que el juego de la teoría de la imprevisión es doble y puede actuar tanto a favor de la administración como a favor del contratista, según sea el sentido del desequilibrio económico producido por los eventos extraordinarios acaecidos, e indica además que, la doctrina de la imprevisión, no se traduce en una compensación integral de los perjuicios sufridos por el concesionario a lo largo de su gestión, como ocurre en el caso del *ius variandi*, sino en un reparto entre el ente contratante y el contratista de los perjuicios y beneficios imprevisibles y extraordinarios, cuyos términos habrán de determinarse caso por caso por ellos mismos mediante el correspondiente acuerdo, y en defecto de éste, por el Juez en base a circunstancias del momento y al contrato mismo¹⁷.

En el mismo orden de ideas, Cassagne en Argentina, coincide con García de Enterría y Fernández, señala que la teoría de la imprevisión puede ser invocada tanto por la administración como por sus

¹⁵ Ídem. P. 535

¹⁶ Cf. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Ob. cit., Tomo I, p. 716

¹⁷ Ídem, p. 717

contratistas, dependiendo del sentido del desequilibrio económico producido por los eventos extraordinarios acaecidos. En concreto, Cassagne señala que, por ejemplo, por lo que se refiere a los contratos administrativos de concesión de servicios públicos las leyes 12.910 y 15.285 argentinas, establecen la posibilidad de que la administración pueda modificar las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, sin más requisitos que la concurrencia de una razón de interés público, lo cual puede ser suficiente a los efectos de proceder a la restauración de la economía concesional alterada por circunstancias imprevisibles y posteriores al establecimiento del servicio¹⁸.

La misma orientación ha tenido la doctrina colombiana. Escobar Gil señala que *“la teoría de la imprevisión puede ser alegada por ambas partes para obtener el restablecimiento de la equivalencia económica del contrato, tanto por los contratistas cuando se reúnan los elementos constitutivos de esta técnica jurídica, como por la administración pública cuando se presenten fenómenos extraordinarios que perturben en su contra la ecuación económica de la relación jurídica.”*¹⁹.

En ese sentido, la legislación colombiana sobre contratos administrativos (artículo 4.3 de la Ley 80 de 1993), dispone que la administración puede solicitar el restablecimiento de la equivalencia económica del contrato, cuando se presenten aleas económicas que alteren en su contra la igualdad entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de celebrar el contrato²⁰. Escobar señala al respecto que las tesis que niegan la posibilidad de que la administración pueda invocar la teoría de la imprevisión en su favor están equivocadas, pues los principios que constituyen el fundamento y la ratio juris de esta teoría, como lo son la garantía del patrimonio de los administrados, la buena fe y la reciprocidad de prestaciones, justifican que la técnica jurídica

¹⁸ Juan Carlos Cassagne, ob. Cit. pp. 196-197

¹⁹ Cf. R. Escobar Gil, Ob. cit., pp. 570-571.

²⁰ En ese sentido, el referido artículo 4.3 señala que las entidades estatales tendrán derecho a solicitar la actualización o la revisión de precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato; así mismo, el artículo 27 de la referida Ley prevé que si la equivalencia económica surgida al momento de contratar se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

opere no sólo a favor del cocontratante sino también de la administración pública²¹.

En Venezuela no existe una previsión legal que establezca quiénes son los sujetos legitimados para invocar la teoría de la imprevisión. La jurisprudencia no se ha pronunciado en relación con este aspecto, sin embargo, ha reconocido que los particulares pueden alegar dicha teoría para el restablecimiento de desequilibrios económicos surgidos en el curso de la ejecución del contrato, guardando silencio respecto de la posibilidad de que dicho alegato pueda ser esgrimido por la administración.

No obstante lo anterior, estimamos que la ausencia de una previsión legal expresa, no obsta para que la administración invoque a su favor la teoría de la imprevisión, dadas las razones expuestas por la doctrina mayoritaria que coincide en afirmar que la teoría de la imprevisión puede ser invocada tanto por la administración como por su contratista, pues los principios que constituyen el fundamento de esta teoría, justifican que la técnica jurídica opere no sólo a favor del cocontratante sino también de la administración pública. Afirmar lo contrario es a todas luces contradictorio, dado que tanto la administración como su cocontratante asumen parcialmente el riesgo y ventura de la contratación, repartiéndose entre ellos no sólo los perjuicios imprevisibles que pudiesen originarse en el transcurso de la ejecución del contrato, sino también los beneficios extraordinarios que pudiesen surgir.

7. DIFERENCIA CON LA TEORÍA DEL HECHO DEL PRÍNCIPE

Otro asunto que es necesario precisar es el atinente a si continuamos dentro de los límites de la Teoría de la Imprevisión, cuando el quebrantamiento de la ecuación económica financiera que afecta al cocontratante proviene de la actividad del Estado.

Con la expresión "*hecho del príncipe*" se alude a la intervención de los órganos del poder público que hacen más onerosa la prestación a la que se obliga el contratante de la administración, en virtud de los

²¹ R. Escobar Gil, Ob. cit., p. 571.

cuales surge para aquel el derecho a ser reparado íntegramente del daño sufrido.

En efecto, en cuanto a sus consecuencias, la diferencia esencial entre la *“teoría de la imprevisión”* y el *“hecho del príncipe”* radica en la extensión del resarcimiento que recibe el cocontratante. Cuando se aplica la teoría de la imprevisión el cocontratante sólo tendrá derecho a resarcimiento parcial -ayuda estatal- en tanto que cuando lo que procede es el hecho del príncipe el cocontratante se hace acreedor de una indemnización integral; por ello resulta de fundamental importancia distinguir debidamente entre una y otro figura.

El Consejo de Estado de Colombia en el 2004 ha explicado ampliamente la diferencia entre las dos teorías: *“A diferencia de lo que ocurre en la teoría del príncipe, esta indemnización no es nunca igual a la totalidad de las pérdidas sufridas, o carga extracontractual.”*; para Bercaitz el contratista afectado tiene derecho a reclamar *“sólo un aumento de su contraprestación”* y, para Jeze, *“La teoría de la imprevisión tiene por finalidad hacer participar a la Administración, en cierta medida y temporariamente, en las pérdidas experimentadas por el contratante. No tiende a reparar un daño. Nunca conduce a mantener el beneficio del contratante, ni aún a preservarlo de cualquier pérdida”*²².

En el mismo sentido, *“El hecho del príncipe, en cambio, tiene por resultado, cuando influye sobre la situación económica del contratante, otorgar a éste el derecho de exigir la reparación definitiva del perjuicio causado por la Administración, en forma de un suplemento de precio; la equidad exige que el contratante no sufra una pérdida, ni aún una disminución de sus beneficios, a raíz del hecho de la Administración”*²³.

Recapitulación

Detrás del contrato administrativo hay un fin de interés público, sin embargo, el contratante particular llega a él en busca de un interés

²² Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. [Internet] Sentencia núm. 25000-23-26-000-1991-07391-01(14043) de 26 de febrero de 2004 [Consultado el 31 de mayo de 2020]. Disponible en: http://www.tesauro.com.co/EQUILIBRIO/TEOIMPRE-Va_1.htm

²³ Ídem.

propio, privado. Este contratante se convierte, pese a su particular interés, en un colaborador de la administración pública en el logro de aquel fin.

Durante la vida del contrato puede suceder que acontecimientos independientes de la voluntad del contratante, anormales e imprevisibles, acaezcan sin hacer imposible la ejecución -a diferencia de la fuerza mayor- aumentando al menos en proporciones muy importantes las cargas del contratante y alterando así profundamente la economía del contrato.

La teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad es el medio que el derecho administrativo arbitra para que el contratista, ante estas circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles -posteriores a la celebración del contrato- pero temporales y transitorias, que alteran la ecuación económica financiera del contrato en perjuicio del contratante pueda requerir la ayuda económica del Estado para combatir esa crítica situación y poder así seguir cumpliendo el contrato.

La teoría de la imprevisión es de orden público, pues no representa únicamente una ventaja económica para el contratante, sino ante todo, es un medio de asegurar, en beneficio del interés público o general, los contratos administrativos. Existe como principio general del derecho administrativo. Es implícita y no requiere estar pactada por las partes. Se aplica de pleno derecho, no precisa de norma expresa que la consagre. No puede ser objeto de renuncia por las partes. No supone una reparación integral, es una mera ayuda del Estado para que se restablezca el equilibrio financiero.

8. BIBLIOGRAFÍA

- BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*. Editorial Torino, Caracas, 2001.
- , *Régimen de las Concesiones en Venezuela*. Editorial Torino, Caracas, 2002.
- CASSAGNE, Juan, *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, Legis, Bogotá, 1999.

- ESCOLA, Héctor J., *Tratado integral de Contratos Administrativos*, Depalma, Volumen II, Buenos Aires, 1979;
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, 1995.
- JÉZE, Gastón *Principios generales de Derecho administrativo*, Tomo IV, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949.
- MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo, “Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, diciembre 2010, pp. 29-64, disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722010000200002#n17
- PARADA, Ramón, *Derecho administrativo*, Tomo I - Parte General, Octava Edición, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- RUOCCO, G., “Ejecución de los Contratos” en *Contratación Administrativa*, Ediciones de la Fundación de Cultura Universitaria del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, Montevideo, 1989.
- VILLAR PALASÍ, José L. y, VILLAR EZCURRA, José L., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, El principio de riesgo y ventura*, Civitas, Madrid, 1996.