

EL CONTRATO DE OBRA, RAZONES DE LAS ÓRDENES DE CAMBIO O RECLAMACIONES DE LOS CONTRATISTAS

David Arce Rojas

RESUMEN

El contrato de obra, civil o de obra pública, en la vida económica genera grandes y difíciles conflictos sociales, económicos y jurídicos, todos los cuales nacen de una indebida interpretación y aplicación de las normas que regulan estos negocios jurídicos. Este artículo resalta las razones legales que deben tener las partes involucradas en su ejecución para evitar demandas o reclamaciones de los contratistas. Todas ellas basadas en la equidad y justicia, valores que regulan la ejecución de cualquier contrato

Palabras clave: contrato de obra, órdenes de cambio, reclamaciones contractuales.

ABSTRACT

The work contract, civil or public work, in the economic life generates big and difficult social, economic and legal conflicts, all of them due to a misinterpretation and application of the norms that rules these legal acts. This article point out the legal reasons that the parties involved in the contract execution in order to avoid claims and demands from the contractors. All of them base on the equity and justice, values that governs the execution for any contract.

Key Words: *Work Contract, Change Orders, contractual claims.*

SUMARIO

- I. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE OBRA
- II. LOS RIESGOS DEL CONTRATO DE OBRA
 - a. Riesgo administrativo
 - b. Riesgo empresarial o riesgo comercial
 - c. Riesgo económico coyuntural o comercial externo
- III. MODIFICACIÓN DEL PROYECTO O DE LOS CONTRATOS DE OBRA
 - 1. Por decisión de la administración
 - 2. Por circunstancias desconocidas, imprevistas al momento de la contratación
- IV. MODIFICACIÓN DEL PRECIO Y EL RIESGO IMPREVISIBLE
 - 4.1. Solución dada por la doctrina
 - 4.2. Solución dada por la jurisprudencia
- V. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN
 - 5.1. Aplicación de la teoría de la imprevisión
 - 5.2. Requisitos para la aplicación de la teoría de la imprevisión
- VI. TEORÍA DE LAS DIFICULTADES MATERIALES SOBREVIVIENTES, IMPREVISTAS QUE OCASIONAN MAYORES COSTOS EN LA EJECUCIÓN DE OBRA, Y QUE AFECTAN EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS
- VII. EL CONTRATO DE OBRA CIVIL Y EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA
- VIII. CONCLUSIONES

I. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE OBRA

El contrato de obra consiste en un acto jurídico en virtud del cual una persona se obliga para con otra a realizar una obra material determinada, bajo una remuneración y sin mediar subordinación ni representación. (Definición concebida en nuestro ordenamiento civil artículos 2053 a 2060)¹.

El Código Civil en su libro cuarto “De las obligaciones en general y de los contratos” en su capítulo VIII, “De los contratos para la confección de una obra material”, en su artículo 2053 nos dice:

1 *Código Civil y legislación complementaria*, Editorial Legis, actualización marzo 2003.

“Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra.

Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si lo aprueba o no.

Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento.

Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta.

El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las especiales que siguen”.

La definición anterior establece que el contrato de obra se encuentra dentro de los descritos y reglados anteriormente, es decir, un contrato civil de construcción, que es asimilado por la ley y la jurisprudencia como un contrato de arrendamiento de obra.

Igualmente, se concluye que el contrato es consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, principal y de tracto sucesivo. Si es el contratante quien suministra los materiales principales, y el contratista pone lo demás, esto es, la mano de obra y en caso necesario materiales adicionales, el contrato es un arrendamiento de servicios, y por lo tanto se perfecciona por el acuerdo de las partes en la obra que se encarga y el precio, es decir, que no se puede mirar el perfeccionamiento del contrato ante el resultado de la obra, sino desde el acuerdo de las voluntades. (Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación civil del 6 de mayo de 1969, LXXIX 2150, 459)².

Por otra parte el artículo 2060 del mismo ordenamiento civil indica que:

“Los contratos para la construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

1. El empresario no podrá pedir aumento del precio, con el pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo, salvo que se haya ajustado a un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones.
2. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto de suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida se ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda.

2 Ibidem, pág. 912.

3. Si el edificio parece o amenaza ruina, en todo o en parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario: si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, inciso final.
4. El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a la regla del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone.
5. Si los artífices u obreros empleados en construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente y hasta concurrencia de lo que debía al empresario”.

De la lectura de la norma citada se concluye que el contrato de confección de obra material, o contrato de arrendamiento de obra, se puede conformar con diferentes formas de precio, como son el precio único, alzado, inmodificable (suma global fija), estimado, unitario o gasto reembolsable. Que el precio único es inmodificable (numeral 1º) salvo que así lo pacten las partes por las agregaciones, o modificaciones al plan primitivo, o por el que el contrato lo autorice. Asimismo la norma establece la aplicación de la teoría de la imprevisión para los contratos de arrendamiento de obra.

El arrendamiento de obra es un contrato bilateral, oneroso y conmutativo por cuanto el comitente dueño de la obra debe pagar un precio cierto en dinero al empresario o contratista.

El precio debe ser cierto (artículo 2060 del C.C.) lo cual no quiere decir que debe estar completamente determinado en el momento de la celebración del contrato. Basta que el precio sea determinable, lo cual hace posible que exista diversas modalidades del mismo: precio alzado, por unidad de obra, por administración, entre otros.

El carácter bilateral del contrato determina que cada prestación (la obra y el precio) sea correlativa de la otra, porque existe un verdadero sinalagma que justifica la resolución del contrato en caso de incumplimiento o de imposibilidad sobrevenida (artículo 2056 y 2060 C.C.). Ahora bien, el precio sólo es debido al contratista cuando éste ha cumplido con su obligación, esto es, cuando la obra ha quedado realizada. Así pues, el precio se paga “valoración”, como consecuencia de la esencia del arrendamiento de obra, ya que es necesario un determinado tiempo para que la obra sea ejecutada, a cuyo término podrá producirse la entrega recíproca de la obra

y del precio. Económicamente, esto supone que el contratista corre el riesgo de la anticipación de su prestación, lo cual se compensa en la práctica por medio de los pagos a cuenta del precio total.

El arrendamiento de obra es, además, un contrato conmutativo porque la entidad objetiva de la prestación de las dos partes está siempre determinada o es determinable con base en criterios objetivos preestablecidos y no en función de hechos futuros e inciertos (teoría de la imprevisión). Por otra parte, ya sabemos que el *alea* o riesgo del contratista, es decir, la posibilidad de un mayor costo de la obra que el inicialmente previsto, no determina una incertidumbre en el precio, pues éste sólo en casos especiales es posible modificarlo.

La bilateralidad y la conmutatividad contienen unos rasgos muy especiales en el contrato civil de obra, especialmente por su ejecución sucesiva, de tal manera que la primera, quebranta la sinalagma genética, de tal manera que ésta se modifica en la ejecución del contrato y da paso al sinalagma funcional. De la conmutatividad el contrato civil de obra ofrece la peculiaridad de una reglamentación que vela por balance de las prestaciones del contrato, es decir, el mantener el equilibrio económico de las prestaciones, conjurando el *alea* interno o técnico del contrato y el *alea* externo o de mercado, como son las técnicas de la mayor dificultad en la ejecución de la prestación, la revisión de precios, teoría de la imprevisión, entre otras.

II. LOS RIESGOS DEL CONTRATO DE OBRA

Curiosamente el contrato de obra, que no es un contrato aleatorio, está, sin embargo, envuelto en su ejecución por un clima de riesgo que amenaza la actividad del contratista y, por lo tanto, el resultado final. Por lo general están conformados por acuerdos de larga duración y gran volumen económico, cuya ejecución requiere coordinación de muy variados elementos, que podríamos llamarlo una compleja morfología empresarial, lo cual en muchos casos termina en cambios importantes entre el momento de la contratación y el momento de terminación de la obra.

Los riesgos del contratista los podemos clasificar en tres áreas:

a. Riesgo administrativo

La administración cambia de manera unilateral el alcance del contrato, mediante actos no contractuales (*factum principis*), o concretarse en actos contractuales (potestad *variandi*).

b. Riesgo empresarial o riesgo comercial

Propios del negocio que maneja el contratista (errores de cálculo, destrucciones de obras, mayor dificultad de ejecución que la prevista).

c. Riesgo económico coyuntural o comercial externo

Este riesgo hace que sea más oneroso la realización de la obra (aumento de los precios de materiales, de los jornales de los trabajadores).

El interrogante se presenta en si el contratista debe soportar la mayor onerosidad sobreviniente en el cumplimiento de sus obligaciones producida por alguno de estos riesgos. La respuesta más inmediata es que intratándose de un contrato de obra el contratista debe correr con esa sobrecarga. Sin embargo, por tratarse de un contrato sinalagmático en donde nacen obligaciones para las dos partes, la conmutatividad de las obligaciones hace que la equidad que debe regir los contratos, aplique el sagrado principio del equilibrio económico del contrato, *ergo*, se deben analizar uno por uno los casos para precisar que el dueño de la obra no se enriquezca de manera injusta, a costa del contratista.

III. MODIFICACIÓN DEL PROYECTO O DE LOS CONTRATOS DE OBRA

Hasta el momento hemos arribado a la conclusión de que los contratos de obra se pueden modificar, en precio y en el alcance de la obra, por dos razones, a saber:

1. Por decisión de la administración

Al tenor de la jurisprudencia:

“... sea que las agregaciones o modificaciones en el plano primitivo tenga origen en el propietario de la obra o en el empresario de la construcción, éste, para reclamar aumento de precio, debe demostrar que se ajustó uno particular por dichas agregaciones o modificaciones ...”.

Líneas adelante la misma jurisprudencia nos dice:

“... puede suceder que en la ejecución del plano aparezca la necesidad urgente de modificarlo o revisarlo, a fin de hacerle una agregación importante para dar mayores seguridades a la construcción, ya porque así lo requieran los reglamentos municipales, ya por simples motivos de orden estético o de comodidad. La ley, en tratándose de

contratos de construcción en donde se ajustó un precio único por toda la obra, no prohíbe en forma absoluta una modificación del convenio inicialmente. Sino que para su validez, exige una condición especial: una autorización expresa del comitente y acuerdo sobre el valor de la agregación o modificación” (sentencia de la Corte Suprema de justicia de febrero 26 de 1953, LXXIV, 78).

Esta modificación se presenta como consecuencia del juego de la buena fe y de la condena del enriquecimiento injusto dentro del contrato de obra. Existe buena fe del contratista si modifica la obra en virtud de órdenes, aunque sean verbales, de quien tiene competencia para darlas y si actos posteriores del comitente crean también en el contratista la confianza de que las alteraciones introducidas en el proyecto son válidas. Así lo viene entendiendo la jurisprudencia, que también se vale de criterios objetivos para valorar si la modificación de la obra era necesaria técnicamente para la ejecución global del proyecto. En consecuencia, el comitente no puede negar el pago de la mayor cantidad o calidad de obra, pues se enriquecería injustamente a costa del contratista.

2. Por circunstancias desconocidas, imprevistas al momento de la contratación

Como son los hechos enunciados en el numeral 2ª del artículo 2060 del Código Civil colombiano. Esta es la primera mención que hace nuestra ley civil de la teoría de la imprevisión.

IV. MODIFICACIÓN DEL PRECIO Y EL RIESGO IMPREVISIBLE

El contrato de obra es un contrato que pone a cargo del contratista el riesgo económico propio de la ejecución de la obra (principio del riesgo y ventura). Pero junto a este riesgo normal del contrato existe otro más amplio que también puede incidir en la ejecución de la obra haciéndola más onerosa, lo cual constituye una circunstancia sobrevenida que el contratista no pudo prever. Así pues, el contrato de obra como cualquier otro contrato de ejecución duradera, se plantea la cuestión de hasta qué punto debe el contratista soportar el riesgo económico no previsto y si el principio de *pacta sunt servanda* ha de ser mantenido a toda costa sin que sea posible modificar el contrato, pese a que el precio no constituya ya una justa contraprestación de la obra realizada.

4.1. Solución dada por la doctrina

En primer término la doctrina cita a la “cláusula *rebus sic stantibus*”, formulada en la edad media por los posglosadores del derecho romano, quienes entendieron que

en los contratos de tracto sucesivo existía implícitamente una cláusula por virtud de la cual el contrato se consideraba celebrado en consideración a cierto estado de cosas cuya alteración podía llevar consigo la modificación el contrato e incluso su resolución (*contractus qui habent sucessivum vel dependentiam de futuro rebis sic stantibus intelliguntur*).

Hoy en día, esta concepción medieval ha sobrevivido en teoría que también encuentra una justificación predominantemente subjetiva al problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias económicas existentes en el momento de celebrar el contrato. Las llamadas teorías de la presuposición y de la base del negocio, parten del dato fundamental de que ambas partes han debido considerar determinadas circunstancias económicas, jurídicas, sociales o de simple hecho como influyentes para la celebración del contrato. Por eso se habla de que, en cuanto a esas circunstancias, existe una representación común de las partes. Si posteriormente esa base o fundamento negocial desaparece, se considera que las partes pueden pedir la resolución o la modificación del contrato.

4.2. Solución dada por la jurisprudencia

Con la teoría del riesgo imprevisible se designa a la doctrina elaborada por la jurisprudencia francesa para resolver el problema de cambio de circunstancias económicas sobrevenido a la celebración del contrato, a propósito de un contrato de concesión afectado por el alza de costos producido por la guerra de 1914 (“*arrêt Gaz de Bordeaux*”).

La teoría del riesgo imprevisible se distingue perfectamente de otras construcciones jurídicas que también tienden a resarcir al contratista de un mayor costo por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, como son la fuerza mayor, el *factum principis* y las *sujetions impreuves*.

La fuerza mayor puede constituir un riesgo para la obra y los medios empleados en ellas (*preculium rei*), pero también puede determinar la imposibilidad de cumplir el contrato. En cambio, la teoría del riesgo imprevisible contempla una alteración de circunstancias que no impida cumplir el contrato, aunque sí lo hace más oneroso para el contratista.

La doctrina del *factum principis* justifica una indemnización al contratista como consecuencia de decisiones o medidas adoptadas por el comitente que inciden en el contrato haciéndolo más gravoso, por lo que la indemnización es integral. Por el contrario, la teoría del riesgo imprevisible no se limita a estos

casos de intervención del comitente, pues toma en consideración las alteraciones económicas a las que son ambas partes ajenas. Por ello no existe una verdadera indemnización reparadora de un perjuicio, sino una compensación, de modo que el comitente se hace partícipe con el contratista de los mayores costos producidos por el cambio de circunstancias.

Por último, la teoría de la imprevisión tampoco se confunde con la de mayor dificultad de ejecución, pues lo que con ella se trata de justificar es una compensación por el *alea* técnico que todo contrato de obra existe si resulta gravemente dañoso para el contratista y no puede ser previsto.

V. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

En primer, lugar se exige el requisito de la imprevisibilidad que el juez debe investigar para establecer los límites extremos de la previsión propia de un empresario diligente. La imprevisibilidad se juzga tanto respecto sobre del acaecimiento del hecho en cuestión como sobre sus consecuencias.

En segundo lugar, el acaecimiento imprevisible debe ser independiente de la voluntad de las partes. Es decir, debe darse una condición de exterioridad respecto de las partes. El contratista no puede invocar la imprevisión si él ha provocado el cambio de circunstancias o si no ha hecho todo lo necesario para impedirlo, bien se deba ello a error, negligencia o cualquier forma de incumplimiento. Por su parte, el comitente debe ser también extraño al acontecimiento, pues, en otro caso, el contratista podría invocar normalmente la teoría de la intervención del comitente, que le será más favorable, pues no será necesario que la economía del contrato se haya trastocado y además la indemnización será total.

Finalmente, se requiere que el acontecimiento imprevisible no sólo produzca un sobre costo y por consiguiente pérdida para el contratista, sino que es en todo caso necesario que se produzca un desequilibrio o desbalance de las prestaciones contractuales³.

5.1. Aplicación de la teoría de la imprevisión

El Código de Comercio colombiano, consagra para la teoría general del contrato, en su artículo 868, que:

3 SARRIÁ, EUSTORGIO; SARRIÁ BARRAGÁN, MAURICIO, *Derecho administrativo colombiano, general y especial*, Editorial Colección Pequeño Foro, 9ª edición, pág. 225.

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

“El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”⁴.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, desde octubre de 1936 (casación de 29 de octubre de 1936, XLIV, pág. 457) aceptó la aplicación de la teoría, jurisprudencia que fue reiterada por la misma corte en mayo de 1938 (casación de 23 de mayo de 1938, XLVI, pág.544)⁵.

5.2. Requisitos para la aplicación de la teoría de la imprevisión

De conformidad con el artículo 868 del Código de Comercio colombiano, son cuatro los requisitos para que la teoría que nos ocupa se aplique, a saber:

- a. Se le aplica a los contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida (no se aplica a contratos de ejecución instantánea o aleatorios). El contrato de construcción o de obra es un contrato de ejecución sucesiva.
- b. Circunstancias extraordinarias imprevistas o imprevisibles. Se trata de hechos anormales, lejos de toda previsión al momento de contratar. Estos hechos no pudieron haber sido previstos por los contratantes, deben ser completamente ajenos a la voluntad de las partes y deben guardar una estrecha relación de causa efecto con la excesiva onerosidad que significará para el contratista el cumplimiento del contrato.

Como efecto de las circunstancias, debe resultar excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación para una de las partes. No se trata de imposibilidad en el cumplimiento sino de dificultad, carencia de equilibrio, lo cual hará más gravosa la obligación del contratista, aumentando su sacrificio económico, reportando en forma correlativa un beneficio inesperado para el contratante. Hay ruptura del equilibrio prestacional entre los contratantes, que era la base misma del contrato.

4 *Nuevo Código de Comercio*, Editorial Legis, actualización marzo 2003.

5 *Ibidem*, págs. 456-456.

No se trata de fuerza mayor; la fuerza mayor implica una imposibilidad absoluta de cumplir la obligación a consecuencia de un acontecimiento insuperable, de un hecho que hace material y absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación. Se trata en la imprevisión, en cambio, de una imposibilidad relativa, de un hecho que sin hacer imposible el cumplimiento de la obligación, la dificulta de tal manera que representará su cumplimiento para el contratista un perjuicio grave y apreciable.

- c. La excesiva onerosidad. Se presenta la excesiva onerosidad cuando a consecuencia de las circunstancias extraordinarias, el cumplimiento de la obligación ocasiona grave perjuicio al contratista. Debe experimentar el contratista una desproporción contundente y manifiestamente evidente, con la finalidad económica pretendida por el contrato.
- d. El acaecimiento de los hechos debe ser ajeno a la voluntad de las partes. La imprevisión es precisamente la falta de conocimiento de lo futuro, pero es necesario, además, que el acontecimiento no haya sido resultado de las acciones de las partes.

6. TEORÍA DE LAS DIFICULTADES MATERIALES SOBREVINIENTES, IMPREVISTAS QUE OCASIONAN MAYORES COSTOS EN LA EJECUCIÓN DE OBRA, Y QUE AFECTAN EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS

Tal y como es analizado en el laudo arbitral del Tribunal de Arbitramento “Consortio Impregilo S.P.A. - Estruco S.A. vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá” audiencia de fallo acta n° 35 del 2 de septiembre de 1992, en los contratos en los que existan entre las partes prestaciones recíprocas al momento de celebrar el contrato, relación o equilibrio que no puede ser variado durante la ejecución del contrato: trátase entonces, de la intangibilidad de la remuneración del contratista, la cual no puede ser alteradas en la vida del contrato, y de serlo, por causa distinta del acuerdo de voluntades, debe restablecerse⁶.

Es por esta razón, que el líbello en mención analiza las diferentes soluciones legales y jurisprudenciales para restablecer el balance prestacional de los contratos de ejecución sucesiva, o el llamado *principio del equilibrio económico*, para lo cual se cita al autor GRAMILLO OCAMPO cuando éste nos dice que

6 Cámara de Comercio de Bogotá, *Laudos arbitrales*, t. 1, Producción Editorial Departamento de Publicaciones, 1996, pág. 481.

“la equivalencia de prestaciones puede ser considerada desde el punto de vista absoluto, entendiéndose por tal, aquellas prestaciones que económicamente consideradas son equilibradas. O desde un punto de vista relativo, entendiéndose por tal el valor subjetivo que para cada una de las partes tiene la prestación de la otra, valoración expresada en el contrato y que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada, debe ser respetada. Esta equivalencia relativa o subjetiva queda como cristalizada en el momento de celebrarse el contrato, sin que posibles alteraciones sobrevinientes la afecten, ya que, a los efectos jurídicos vale exclusivamente la voluntad manifestada en el contrato, la cual sólo puede ser modificada por un nuevo acuerdo de ambas partes. El equilibrio se logra, no ya por la reciprocidad material de intereses sino por el simple mecanismo sinalagmático de ambas prestaciones, abstracción hecha de cuál sea su real valor objetivo o valor subjetivo para una de las partes, en los momentos subsiguientes de la vida del contrato”.

Para los doctrinantes y la jurisprudencia la teoría del equilibrio económico de los contratos o la conmutatividad de los mismos es aplicable al contrato de obra por tratarse de un contrato oneroso y bilateral debe contener un sinalagma perfecto. Éste ha de ser calificado como un sinalagma genético al momento de la suscripción del acuerdo contractual pero también este sinalagma ha de ser funcional, es decir, que se aplica durante la ejecución contractual hasta el agotamiento de la eficacia del contrato. En otras palabras, que el contrato es conmutativo no solamente en su gestación sino en la resolución del mismo en el caso de incumplimiento y en la imposibilidad sobrevinida.

“Además, no es correcto tratar indiferenciadamente todos los contratos de relaciones de prestaciones correlativas o bilaterales, pues no siempre la correlatividad se traduce en el nacimiento de obligaciones a cargo de una y otra parte, fuera de que el nacimiento y obligaciones para ambas partes no siempre corresponden al carácter de la correlatividad de las obligaciones”⁷.

En los contratos de tracto sucesivo y bilaterales su característica de conmutativos los lleva a hacer gobernados por la equidad y la justicia, es decir, que las obligaciones de las partes han de ser equivalentes o correlativas de acuerdo con la onerosidad de las mismas. Y es de tal manera la importancia de esta característica que cualquier mutación o alteración que engendre un desequilibrio de las prestaciones debe ser de inmediato responsabilidad del contratante y del contratista el equilibrar las prestaciones, a efectos de que no se presente un enriquecimiento sin causas por parte del contratante y a costa del contratista, en caso de que la excesiva onerosidad de la prestación se desbalance en contra del contratista. Cara a cara cuando el desbalance es a cargo del comitente. El desequilibrio económico de las prestaciones contractuales no solamente es aceptado por la ley y la jurisprudencia como que es aplicable a los contratos civiles de obra o contratos de ejecución sucesiva; sino

7 SCOGNAMIGLIO RENATO, *Teoría general del contrato*, traducido por FERNANDO HINESTROSA, 1983.

que, el derecho administrativo ha desarrollado con base en estas teorías lo que se ha denominado el desequilibrio económico en los contratos del Estado.

(Véase laudo arbitral del Tribunal de Arbitramento Alfredo Muñoz & Cía. Ltda. vs. Pontificia Universidad Javeriana)⁸.

Donde los árbitros acatan la aplicación del equilibrio contractual y condenan al contratante a restablecer el equilibrio económico del contrato quebrantado en perjuicio del contratista por mayores costos administrativos de equipo utilizado y de alteración de los precios del contrato.

El laudo nos menciona esta *teoría del equilibrio económico* y la *teoría de la imprevisión* ya vista y nos agrega la *teoría de las sujeciones imprevistas* o de las *dificultades materiales imprevistas*, como una teoría que se desarrolla de la *teoría de la imprevisión*; la cual supone dificultades de orden material que las partes no podían prever y que hacen recaer una carga grave y anormal sobre el empresario o contratista.

Durante la ejecución de una obra es factible y muy frecuente que se presenten situaciones de dificultad material en su ejecución que no fueron previstas por las partes. Es natural, que la intención de las partes al contratar y al señalar precios de obra es que éstos se apliquen en condiciones normales, pero no puede pretenderse que vaya la decisión hasta el cubrimiento de los costos y los trabajos anormalmente difíciles e imprevistos, para cuya ejecución el contratista tendría derecho a recibir precios especiales.

Para el tratadista SAYAGUES LASO la *teoría de sujeciones imprevistas* se presenta cuando en la ejecución de una obra surgen dificultades materiales de carácter absolutamente anormales, que no eran razonablemente previsibles y hacen más onerosa la ejecución de la obra. En este evento, dice el autor que el contratista tiene derecho a la indemnización total o integral. Como ejemplo clásico se cita el encuentro de aguas subterráneas.

Por su parte, JULIO A. PRAT, después de definir el concepto y alcance de la teoría explica que:

“el contratista tiene derecho a hacer indemnizado íntegramente, son los casos de construcción de una carretera proyectada sobre un tipo determinado de terreno (blando) e imprevisiblemente se encuentra que a poca profundidad existe otro (roca dura), que requiere mayores gastos”.

8 Cámara de Comercio de Bogotá, *Laudos arbitrales*, t. 1, Producción Editorial Departamento de Publicaciones, 1996, pág. 6.

Actualmente esta teoría es considerada para algunos, como una aplicación particular y especial de la *teoría de la imprevisión* a los contratos de obra, cuyas características pueden resumirse así:

- a. Debe tratarse de dificultades de índole material.
- b. Deben ocurrir circunstancias extrañas a la voluntad de las partes.
- c. Debe tratarse de hechos o circunstancias razonablemente imprevisibles.
- d. Las circunstancias en que se originan deben revestir el carácter de dificultad absolutamente anormal y no de simple dificultad. Este grado de dificultad puede resultar de la naturaleza misma del hecho en comparación con todos los hechos que pueden presentarse en torno a un contrato concreto, o al momento o cuantía del mismo.
- e. Esas situaciones materiales imprevistas deben producir un atraso o alteración grave en la ecuación económica del contrato.
- f. La indemnización a que da derecho la ocurrencia de los hechos es total, a diferencia de lo que ocurre en la teoría de la imprevisión.

Para el caso en comento, habría de inferirse, que la presencia excesiva de rocas en la plataforma de perforación, da lugar a la aplicación de la teoría de la dificultad material sobreviviente, en prevalencia de la teoría de la imprevisión.

Concluye el Tribunal que cualquiera que sea la teoría que pueda o deba invocarse ante las eventualidades que ofrece el desarrollo de un contrato de obra, es lo cierto que todas exigen, como supuesto condicionante, y fundamental, que los hechos que le sirven de causa acaecidos durante la ejecución del contrato, y que permiten un reconocimiento dinerario a favor del contratista deben ser de aquellos razonablemente imprevisibles; en otras palabras, el derecho a favor del contratista sólo surge en la medida que los acontecimientos que hacen más onerosa la ejecución del objeto del contrato, no pudieron razonablemente ser previstos en el momento de contratar.

VII. EL CONTRATO DE OBRA CIVIL Y EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Para algunos tratadistas el contrato de obra pública y el contrato de obra pareciera que fueran dos entidades jurídicas diferentes y en algunos casos se pretende desconocer la aplicación de los principios generales del contrato al contrato estatal de obra pública. No puede presentarse situación más errada o ajena a la realidad

jurídica de los contratos. El contrato de obra independiente de si el contratante es el Estado o el particular, su naturaleza es la misma, es decir, la confección de una obra material o inmaterial y los elementos esenciales del mismo como son el objeto, precio y el plazo, así como los demás principios generales de interpretación de los contratos le son aplicables a ambos contratos.

La diferencia se presenta en que el contrato estatal de obra la administración pública mantiene las prerrogativas de interpretación, modificación y extinción del mismo, ejercitables mediante decisiones unilaterales y ejecutivas. Manteniéndose en lo demás las características del tipo de contrato civil o mercantil que se utiliza en el régimen privado.

Como bien lo menciona el doctrinante RAFAEL JURISTO SÁNCHEZ, en su obra *La ejecución de contrato de obra pública*⁹, los aspectos sustantivos del contrato civil de obra se mantienen, porque son copiados de éste, en el contrato de obra pública. En primer término, el objeto típico es la realización de una obra completa y acabada para su posterior entrega al comitente o contratante. En el segundo término un elemento esencial del contrato de obra civil que es trasladado al contrato de obra pública es la autonomía que por principio tiene el contratista para organizar sus propios medios para poder así obtener la obra prometida. Autonomía que no desaparece por muy intensa que sea la presencia del comitente en orden a controlar la ejecución de la obra.

Por último el contrato de obra pública adquiere los requisitos propios de contrato civil de arrendamiento de obra en lo que al precio se refiere, de tal forma que aquél es también un contrato bilateral, oneroso y conmutativo razón por la cual se ha desarrollado el principio del desequilibrio económico del contrato civil de obra aplicado el contrato estatal de obra.

En conclusión si dogmáticamente es claro que existe una identidad sustancial entre el contrato de obra civil y contrato de obra pública, no puede afirmar que el contrato estatal de obra pública no lo hace substancialmente distinto al contrato civil de arrendamiento de obra, cuya estructura básica sigue estando presente pese a que en ella se incrustan situaciones de prerrogativa extraña a la institución contractual; es así como han de aplicarse los principios generales del contrato en ambos acuerdos de obra.

9 SÁNCHEZ, RAFAEL JURISTO, *La ejecución del contrato de obra pública*, impreso en Hauser y Menet, S.A., Madrid, España, 1983.

VIII. CONCLUSIONES

1. Los contratos de obra que tiene como forma de precio una suma global fija pueden ser modificados por varias razones, a saber, por un acuerdo entre las partes, por una decisión unilateral del comitente o por la presencia de hechos y circunstancias imprevistas al momento de la celebración del contrato o de la configuración de la suma global fija.
2. En la ejecución de los contratos de obra, se presentan dificultades materiales imprevistas consistentes en mayor cantidad de obra de la prevista en el momento de la suscripción del contrato. Aun cuando existe una aproximación de la cantidad de obra, la ingeniería en la mayoría de los casos queda corta en su apreciación ocasionando al contratista una mayor onerosidad en el cumplimiento de la obligación y por ende se rompe el sinalagma funcional que ha de regir en justicia y equidad la ejecución de un contrato de obra.
3. Los principios generales del contrato que se aplican en el derecho civil o en el contrato de obra pública y en el contrato de arrendamiento de obra civil han de ser los mismos sustancialmente, con excepción de aquellas prerrogativas que se abrogan al estado por su naturaleza. Por lo tanto los principios de desequilibrio económico, teoría de la imprevisión, la teoría de las dificultades materiales imprevistas, onerosidad sobreviniente son de aplicación en ambos contratos tendientes a mantener la ecuación económica en las prestaciones del mismo y así evitar el enriquecimiento indebido por una de las partes.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO, *Contratos mercantiles*, Biblioteca Jurídica Diké, 5ª edición, 1992.
- BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO, *Los principales contratos civiles*, 9ª edición, Ediciones Librería del Profesional, 1991.
- Cámara de Comercio de Bogotá, *Laudos arbitrales*, t. 1, Producción Editorial Departamento de Publicaciones, 1996.
- Código Civil y legislación complementaria*, Editorial Legis, actualización marzo 2003.
- Nuevo Código de Comercio*, Editorial Legis, actualización marzo 2003.
- SÁNCHEZ, RAFAEL JURISTA, *La ejecución del contrato de obra pública*, impreso en Hauser y Menet, S.A., Madrid, España, 1983.
- SARRÍA, EUSTORGIO; SARRÍA BARRAGÁN, MAURICIO, *Derecho administrativo colombiano, general y especial*, Editorial Colección Pequeño Foro, 9ª edición.
- SCOGNAMIGLIO RENATO, *Teoría general del contrato*, traducido por FERNANDO HINESTROSA, 1983.
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER, *El contrato de transporte*, Colombo Editores, 1996.
- VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Editorial Temis, 8ª edición, 1985.