



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A**

**Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022)

**Radicación: 68001-23-31-000-2009-00229-02 (58485)**

**Demandante: FINSEMA**

**Demandado: E.S.E. FRANCISCO DE PAULA SANTANDER EN LIQUIDACIÓN**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Con el respeto que profeso por las decisiones de la Sala, me permito manifestar las razones por las que aclaro el voto en relación con la sentencia dictada el 30 de agosto del año en curso, mediante la cual se confirmó el fallo proferido en primera instancia el 26 de noviembre de 2015, en cuanto negó las súplicas de la demanda, encaminadas, entre otras pretensiones, al restablecimiento del equilibrio económico del contrato de asociación N° 0648 de 2006, el cual resultó fracturado, en sentir de la actora -y apelante-, por haber dispuesto el liquidador de la suprimida entidad contratante la terminación de dicho negocio jurídico.

Debo precisar, en primer lugar, que acompaño la decisión aprobada por la Sala, en cuanto desestimó la pretensión de reconocimiento del desequilibrio contractual sobre la base de concluir que en el caso concreto no tuvo ocurrencia ningún evento que hiciera más gravoso u oneroso el cumplimiento de las obligaciones de las partes

-presupuesto para examinar la alteración de la equivalencia prestacional en los contratos-, sino que el hecho ocurrido -es decir, la terminación del contrato mediante acto expedido por el liquidador del ente contratante- hacía imposible la ejecución del negocio jurídico y era constitutivo de fuerza mayor, lo cual estaba por fuera de todos los supuestos legalmente previstos para reconocer indemnizaciones o compensaciones por la alteración de la aludida equivalencia obligacional, y liberaba a ambas partes de responsabilidad por las obligaciones cuyo cumplimiento se hizo justamente imposible, merced a la indicada medida que puso fin anticipado al contrato.

Sin embargo, en el análisis que precedió a tal conclusión se afirmó que, dado que el contrato de asociación N° 0648 de 2006 -materia de controversia- no estaba sometido a la Ley 80 de 1993, no era procedente reconocer en él la figura del rompimiento del equilibrio económico, por cuanto las normas que prevén su restablecimiento están contenidas en el indicado estatuto, de suerte que sólo operan en contratos estatales regulados por tal normativa. Se agregó a ello que, en materia de equivalencia de prestaciones, los negocios jurídicos excluidos de la Ley 80 de 1993 debían ceñirse a las reglas del derecho privado, en particular, el artículo 868 del Código de Comercio, teniendo presente que dicha norma, a diferencia de la Ley 80 de 1993, no impone a las partes el deber de mantener inalterada la conmutatividad del contrato durante su ejecución, sino que sólo prevé la posibilidad de revisar el negocio jurídico de cara a las obligaciones futuras, es decir, aquellas que se encuentren aún pendientes de cumplimiento o ejecución en el momento de ocurrencia del hecho imprevisto que altere la conmutatividad contractual.

Con fundamento en lo anterior, la sentencia concluye:

*[E]n los contratos regidos por el derecho privado (...), la parte a la que se ha generado una mayor onerosidad en el cumplimiento de sus obligaciones (...) no tiene derecho a reclamar de la otra el restablecimiento de las condiciones inicialmente estipuladas –sí, la revisión judicial del contrato, pero solo de cara al cumplimiento de obligaciones futuras–, a su vez, su contraparte tiene derecho de exigir el cumplimiento de lo pactado, pese a la mayor onerosidad, a cambio del pago convenido por ello (...).*

*[M]ientras en el derecho público la reclamación del restablecimiento del equilibrio económico del contrato puede pedirse incluso después de finalizada su ejecución, dado que su objeto es garantizar la continuidad del contrato y, específicamente, la satisfacción de las necesidades públicas que se pretenden conjurar a través suyo –por lo que un presupuesto de su reclamación es el cumplimiento de las obligaciones, a pesar de su mayor onerosidad–, en el derecho privado el presupuesto para pedir la revisión del contrato con base en la teoría de la imprevisión es que la solicitud se presente antes del momento de la exigibilidad o cumplimiento de las respectivas obligaciones, en tanto, de una parte, se entiende encaminada a impedir su incumplimiento y, de otra, supone que si la obligación se cumplió la parte afectada pudo superar la mayor onerosidad, lo que dejaría sin objeto un reajuste de las condiciones pactadas o la terminación del contrato.*

Debo manifestar mi discrepancia con este razonamiento, porque, a mi juicio, con él se desconocen de manera injustificada las fuentes jurídicas que no sólo permiten, sino que incluso hacen imperativo el restablecimiento de la ecuación económica en los contratos que, siendo estatales, están excluidos de la Ley 80 de 1993.

Bastaría con mencionar el principio referente al enriquecimiento sin justa causa, que además se fija como regla en el artículo 831 del Código de Comercio, a cuyo tenor, en efecto, *“nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”*. En ese sentido, pactándose el acuerdo de voluntades bajo determinadas condiciones previstas y/o previsibles para las partes, un cambio anormal de éstas, que afecte el equilibrio de las cargas inicialmente asumidas por los contratantes, altera la causa que dio lugar a la celebración del contrato y torna injusta la pérdida que sufre quien cumple con sus compromisos bajo el nuevo panorama, enriqueciendo a su contraparte sin recibir el beneficio que esperaba con el negocio jurídico, cuestión que reviste mayor gravedad si el sujeto injustamente enriquecido es una entidad del Estado.

Con todo, el ordenamiento ofrece instrumentos más allá de ese principio. Así, la Constitución Política señala como fines del Estado, entre otros, asegurar *“la vigencia de un orden justo”* (art. 2) y advierte que las actuaciones de las autoridades públicas -así como las de los particulares- deben ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83), la cual también se consagra como precepto en el artículo 871 del Código de Comercio, según el cual, *“[l]os contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino*

*a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural*". Agréguese a ello un aspecto medular: la figura del restablecimiento del equilibrio contractual no tiene su origen en la previsión normativa contenida en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, sino que viene de atrás y surge como desarrollo del principio de *conmutatividad* de los contratos, que de entrada se incorporó en el derecho privado, al señalarse en el artículo 1498 del Código Civil que "[e]l contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez (...)", equivalencia que necesariamente debe mantenerse a lo largo de la relación negocial, para que la institución fundada en la autonomía de la voluntad pueda cumplir sus propósitos protegidos por la ley.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha expuesto estas y otras pautas jurídicas para estructurar sobre ellas el reconocimiento de perjuicios por ruptura del equilibrio económico en acuerdos no gobernados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Así, a propósito de una demanda de reconocimiento de perjuicios por desequilibrio económico en un contrato estatal regido por el derecho privado, y cuyas obligaciones se cumplieron después de acaecido el hecho imprevisto; habiéndose señalado que no se daban los presupuestos del artículo 868 del Código de Comercio por prever éste únicamente la revisión del contrato frente a obligaciones futuras, esta Corporación indicó<sup>1</sup>:

*[P]or fuera de las normas incorporadas en la Ley 80 de 1993 y del artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, existe suficiente soporte normativo para concluir que un contrato celebrado por parte de una entidad estatal, que no está sujeto a la Ley 80 de 1993 (...) es susceptible de análisis judicial y de condena en contra de la entidad, frente a la demanda presentada por el contratista para obtener el restablecimiento del equilibrio (...).*

*Dentro del ordenamiento jurídico civil colombiano se señalan como fundamentos de la obligación de reconocer la compensación correspondiente al contratante que haya incurrido en mayores erogaciones para el cumplimiento del contrato, los principios de la*

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 26 de julio de 2012, exp. N° 25000-23-26-000-1998-01474-01(22756). C.P. Danilo Rojas Betancourth.

conmutatividad de las prestaciones y la buena fe; en particular, una norma relacionada con 'los contratos para la confección de una obra material', artículo 2060, describe con mayor detalle lo que sería un antecedente de la figura, al prescribir que 'si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del 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 y prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda'. Desde la perspectiva del derecho comercial, la ejecución del contrato de acuerdo con la buena fe, la prohibición del abuso del derecho y del enriquecimiento sin justa causa constituirían los fundamentos normativos correspondientes.

En cuanto hace referencia a la Constitución Política, es menester escudriñar en sus valores, principios y reglas la posible fuente de obligaciones para que la entidad restaure el equilibrio financiero, pues, tal y como lo ha dispuesto la Sala en ocasiones anteriores, 'la perspectiva constitucional, como lente obligatorio para observar lo jurídico, impone al intérprete administrativo, civil, penal, etc., un rumbo de coherencia hermenéutica inmanente al entendimiento del ordenamiento jurídico como sistema. En tal sentido, la administración de justicia habrá de apreciar el conjunto de disposiciones legales con la extensión y, al mismo tiempo, con la restricción, que las normas constitucionales definen'. La Sala considera que los artículos constitucionales que consagran la buena fe, la solidaridad y la prohibición de abuso de los derechos serían la fuente indicada.

En el mismo sentido, hay quienes consideran que el vínculo obligatorio creado a través de la celebración de un contrato –pacta sunt servanda–, involucra un elemento natural<sup>2</sup> consistente en que el cumplimiento de las prestaciones debe darse por parte del deudor siempre y cuando se mantengan las condiciones que concurrieron a la celebración del contrato –rebus sic stantibus–, puesto que, de no ser así, deberá adaptarse el contrato a las condiciones posteriores o terminarse. El planteamiento referido, objeto de variadísimas controversias, morigera los efectos vinculantes de la obligación contractual en función de la naturaleza propia del contrato que se analiza, de la causa que le dio lugar y del propósito que persigue, de las condiciones especiales de las partes y de los elementos exógenos que resultan relevantes, para entender el acuerdo y determinar los efectos.

En otra providencia, la Sección Tercera – Subsección A del Consejo de Estado

---

<sup>2</sup> Cita original: "Artículo 1501.- Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales'. Al respecto, R.J. POTHIER en su Tratado de las Obligaciones, (trad. S.M.S.) Biblioteca Científica y Literaria, Barcelona, Tomo II, s.d.: 'Las cosas que solo son de la naturaleza del contrato, son aquellas que sin ser de la esencia del contrato, forman parte del mismo, bien que las partes contratantes no se hayan convenido sobre dichas cosas, esto es, sobre si quedan comprendidas en el contrato o sobre entendidas, teniendo en cuenta que son de la naturaleza del contrato. Esas cosas ocupan el punto medio entre las cosas que son de la esencia del contrato, y aquellas que son accidentales al contrato, y aquellas que difieren unas y otras. Difieren de las cosas que son de la esencia del contrato, en que el contrato puede subsistir sin ellas, y en que pueden ser excluidas del contrato, por convenio entre las partes; y difieren de las cosas accidentales al contrato, en que forman parte del contrato sin haber sido expresamente convenidas'".

concluyó<sup>3</sup>:

*[S]ea que se trate de un contrato estatal sometido al imperio del Estatuto de Contratación Estatal o sea que se trate de aquellos que por corresponder a una regla de excepción a su aplicación, como ocurre en el caso que ahora se examina, se encuentre sometido a las normas del derecho privado o a disposiciones especiales, lo cierto es que la equivalencia económica de las prestaciones contractuales constituye un principio medular que se encuentra inmerso en la legislación en materia de contratación estatal (...), máxime cuando uno de los extremos que la integran es una entidad de naturaleza estatal por cuya intervención se desprende que el negocio envuelve una finalidad pública, de manera que por vía de principio el equilibrio económico del contrato también está llamado a permear las relaciones contractuales sometidas al régimen de los particulares en donde una de ellas sea una persona jurídica de derecho público.*

De esta manera se ha reconocido que la obligación de restablecer el equilibrio económico de los contratos no surge por consagración de una simple regla normativa -por lo que no depende de que se halle o no en la Ley 80 de 1993 o en otras codificaciones- sino que se erige como principio, especialmente en los contratos en que es parte una entidad pública; y no se aprecia que la nueva interpretación incorporada en la sentencia de la Sala se ajuste de mejor manera a los presupuestos que el ordenamiento prevé para el debido desarrollo de las relaciones contractuales en general, y las del Estado, en particular.

En el análisis del presente caso, la Sala presupone que los contratos sujetos a la Ley 80 de 1993 se regulan “*por el derecho público*” -como si éste se agotara con esa ley-, mientras que los no regidos por ese estatuto son de “*derecho privado*”, cuestión que soslaya o desconoce que muchos contratos estatales no gobernados por la indicada Ley 80 deben someterse, con todo, a normas de derecho público presentes en otras codificaciones y estatutos, y que en todos esos negocios jurídicos las entidades estatales siguen sujetas a la búsqueda del interés general y a los deberes, fines y principios que la Constitución Política y otras normas imponen al Estado. Sin embargo, sobre aquella virtual diferenciación, entre otras bases expuestas en la providencia, se concluyó que es improcedente restablecer el

---

<sup>3</sup> Sentencia del 27 de noviembre de 2013, exp. N° 660012331000200200391 (31431). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

equilibrio económico en contratos estatales “*de derecho privado*”, por someterse ese aspecto -y la Sala pareció entenderlo como “*exclusivamente*”- al artículo 868 del Código de Comercio.

Muchos contratos del Estado, siendo ajenos a la Ley 80 de 1993, afectan el interés general y tienen incidencia en las necesidades de los administrados; v. gr., los contratos de las empresas estatales de servicios públicos domiciliarios, los celebrados por las universidades públicas y los que suscriben las Empresas Sociales del Estado. Es indudable que frente a esa clase de negocios jurídicos existe el interés de que no se interrumpan por circunstancias imprevistas que hagan gravosa su ejecución, de modo que no sería sostenible, jurídica ni administrativamente, pretender que en esos casos el contratista suspenda el cumplimiento de sus obligaciones mientras demanda para que el juez competente revise el contrato y adopte decisiones respecto de las prestaciones futuras, pues esa eventualidad afectaría la continuidad de un servicio que claramente es de interés público.

Por más que se rijan por normas de derecho privado, estos contratos siguen siendo estatales, informados por los principios de la función administrativa y en ellos está comprometido el interés general, de suerte que en estos se hace imperativo mantener la equivalencia prestacional y restablecer el equilibrio económico cuando resulte fracturado por circunstancias externas e imprevistas ya tratadas por la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

En esos términos dejo expuesta mi aclaración de voto.

Respetuosamente,

*Firmado electrónicamente*

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

**Consejera de Estado**