

# SERIE DOCUMENTOS

Facultad de Jurisprudencia

No. 78, ISSN: 2463-1914

BORRADORES DE INVESTIGACIÓN

Los principios de la contratación estatal:  
Una mirada desde la comparación entre el  
equilibrio económico y financiero y la  
igualdad de las partes en el contrato

Jessica Tatiana Güechá Torres



Universidad del  
**Rosario**

LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL: UNA  
MIRADA DESDE LA COMPARACIÓN ENTRE EL EQUILIBRIO  
ECONÓMICO Y FINANCIERO Y LA IGUALDAD DE LAS  
PARTES EN EL CONTRATO

Los principios de la contratación estatal: una mirada desde la comparación entre el equilibrio económico y financiero y la igualdad de las partes en el contrato / Jessica Tatiana Güechá Torres. -- Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2017.

59 páginas. -- (Serie Documentos, Facultad de Jurisprudencia,  
Borrador de Investigación; No. 78)

Incluye referencias bibliográficas.

ISSNe: 2463-1914

Doi:

Contratos públicos -- Colombia / Contratos administrativos -- Colombia / Equilibrio (Economía) / I. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Maestría en Derecho Administrativo/ II. Título. / III. Serie.

346.023 SCDD 20

Catalogación en la fuente -- Universidad del Rosario. CRAI

---

JDA

septiembre 12 de 2017

LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL: UNA  
MIRADA DESDE LA COMPARACIÓN ENTRE EL EQUILIBRIO  
ECONÓMICO Y FINANCIERO Y LA IGUALDAD DE LAS  
PARTES EN EL CONTRATO

Jessica Tatiana Güechá Torres

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN CRÍTICA  
DOCUMENTO DE INVESTIGACIÓN  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO  
EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO  
Bogotá, D.C.  
2017

Jessica Tatiana Güechá Torres

Corrección de estilo

Claudia Ríos

Diseño y diagramación

Fredy Johan Espitia Ballesteros

ISSNe: 2463-1914

Todos los derechos reservados

Primera edición: septiembre de 2017

*Made in Colombia*

## CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN .....	9
2. LA CONTRATACIÓN ESTATAL: UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DESARROLLADA A TRAVÉS DE PRINCIPIOS GENERALES Y ESPECIALES .....	12
3. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD APLICADO A LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	20
3.1. Igualdad en el proceso de selección en el contrato estatal.....	22
3.2. Igualdad de las partes en la ejecución del contrato estatal, una garantía de la ecuación contractual .....	26
4. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO: REFLEJO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL .....	29
4.1. Antecedentes del principio del equilibrio económico y financiero o ecuación contractual: Cambio desde el principio de riesgo y ventura del derecho privado.....	32
4.2. Antecedentes del equilibrio económico y financiero o ecuación contractual en Colombia como principio esencial de la contratación estatal.....	36
4.3. Principio del equilibrio económico y financiero en la Ley 80 de 1993 y su aplicación .....	41
4.4. Elementos esenciales del rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato estatal.....	46
4.5. Casuales establecidas en la Ley 80 de 1993, como generadoras del rompimiento del equilibrio económico y financiero en los contratos estatales.....	50

5. EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO CUANDO HA SIDO QUEBRANTADO: LA LUCHA ENTRE LA COMPENSACIÓN Y LA INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS .....	52
6. CONCLUSIONES .....	55
REFERENCIAS.....	58
Jurídicas.....	59

# LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL: UNA MIRADA DESDE LA COMPARACIÓN ENTRE EL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO Y LA IGUALDAD DE LAS PARTES EN EL CONTRATO

Jessica Tatiana Güechá Torres\*

## Sumario

Introducción 1. La contratación estatal: Una actuación administrativa desarrollada a través principios generales y especiales. 2. Principio constitucional de igualdad. 3. Principio del equilibrio económico y financiero. 4 Lucha entre la compensación y la indemnización. 5. Conclusiones. 6. Fuentes.

## Resumen

Los contratos del Estado constituyen una modalidad de procedimiento administrativo y en esta medida se le aplican los principios constitucionales y legales que le asisten; por tal razón, a través del presente artículo se pretende establecer la relación que existe entre la igualdad como principio previsto en el artículo 13 y 209 de la Carta Política y el equilibrio económico y financiero del contrato consagrado en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, con el fin de verificar si el principio específico de este tipo de contratación, es decir, el equilibrio económico y financiero, garantiza el principio general de orden constitucional, o sea la igualdad.

En este sentido se analizan los dos principios, su relación, su aplicabilidad en la contratación estatal y cómo el equilibrio económico y financiero se encarga de concretar la igualdad como principio constitucional, teniendo como variable el quebrantamiento del equilibrio económico del contrato, previendo las causales generales y específicas que la ley y la jurisprudencia han establecido, para así mirar si las formas de restablecimiento de la equivalencia económica son pertinentes y claras para

---

\* [jessica.guecha@urosario.edu.co](mailto:jessica.guecha@urosario.edu.co)

garantizar el equilibrio económico y, por lo tanto, la igualdad de las partes, o si, por el contrario, la igualdad en los contratos del Estado no es posible al existir la circunstancia expuesta, que impide que dicho principio se cumpla.

**Palabras claves:** Contrato, principio, constitucional, legal, equilibrio, económico, ecuación financiera, igualdad, compensación, indemnización.

## 1. INTRODUCCIÓN

La contratación estatal se encuentra regulada en Colombia por medio de principios de carácter general que procuran abarcar la mayoría de eventos posibles sobre esta materia,<sup>1</sup> en este caso, la contratación en la que es parte el Estado representado por sus entidades públicas. Tales principios aplicables a dicha clase de actuación administrativa se pueden clasificar en específicos o especiales, que corresponden a los previstos en la Ley 80 de 1993, y los de carácter general que son los de orden constitucional, los principios del derecho y los de la función administrativa, los cuales deben ser implementados en su totalidad en la contratación estatal para garantizar su correcto funcionamiento y lograr eficiencia y eficacia en su procedimiento.

Los principios generales (constitucionales, de la función administrativa, etc.) se recogen como un marco que debe ser aplicado de diferentes formas en la contratación pública, no solo por su pertinencia sino también por su jerarquía normativa, pues, al ser constitucionales, es decir, que se encuentran dentro de la Carta Política, estos tienen una aplicación directa y preferente en cualquier tipo de materia, incluyendo la contratación estatal, teniendo en cuenta que los principios de la función administrativa son de orden Constitucional y encajan perfectamente en esta clase de contratación, de hecho es una actuación que se encuentra en cabeza del Estado.

Pero tales principios por sí solos no pueden garantizar un correcto funcionamiento de este tipo de contratación y es por eso que el Estatuto de Contratación Pública (Ley 80 de 1993) a lo largo de su normatividad se ha encargado de dotar a la contratación estatal de postulados suficientes y necesarios en forma de principios para abarcar todos los aspectos de dicha actuación, desde el proceso de selección hasta su liquidación, convirtiéndose esta clase de regulación en formas idóneas para garantizar los principios de carácter general, guardando entre sí cierta armonía, pues sería ilógico que un principio del Estatuto de Contratación Pública, es decir, de orden especial, limitara o, peor aún, contradijera a uno de orden constitucional o uno de la función administrativa, por el simple hecho de que en la jerarquía normativa unos son superiores respecto de los otros y su aplicación es directa y preferente, como ya se ha mencionado.

---

1 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 86.

Entonces, los principios del Estatuto de Contratación Pública son regulaciones o postulados generales utilizados para garantizar y concretar los principios constitucionales, los de la función administrativa e incluso los principios del derecho; es decir, que guardan absoluta relación, ya que mientras los principios generales se encargan de dar pautas que deben ser aplicables a cualquier materia, no solamente a la contratación del Estado, los de orden especial contenidos en la Ley de Contratos Públicos se encargan de concretarlos y darles aplicabilidad en el asunto específico; es el caso de la igualdad, el cual está presente como un principio constitucional y como uno de la función administrativa y, en términos generales, se refiere a: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación...”<sup>2</sup>

Pero a su vez, se garantiza en todo el procedimiento de contratación en la que es parte el Estado tanto en la etapa precontractual como contractual y hasta postcontractual; por ejemplo, desde el momento en que se realiza el proceso de selección del contratista, es decir la etapa pre-contractual, la selección debe ser objetiva sin ninguna clase de ventaja; en la ejecución del contrato, esto es, la etapa contractual, se debe garantizar la igualdad entre las partes contratantes. Finalmente, en la terminación y liquidación se tiene que evitar que alguna de las partes del contrato se aproveche de su posición, obteniendo ganancias que no corresponden.

Pero en sí la igualdad, de la misma manera que otros principios de carácter general, se concreta en uno de naturaleza especial previsto en el Estatuto de Contratación Pública, y corresponde al del equilibrio económico y financiero del contrato (sin desconocer otros que la Ley de Contratos Públicos de Colombia ha previsto para respaldarla, como es el caso de la selección objetiva), que se encarga de mantener la igualdad y en sí la equivalencia económica de las partes durante la ejecución del contrato estatal, pues garantiza que en su ejecución las condiciones económicas y las prestaciones pactadas entre la entidad estatal y el contratista normalmente particular no varíen, con el fin de mantener la igualdad entre quienes intervienen como partes contratantes, como ya se mencionó, y evitar un rompimiento de las condiciones y prestaciones económicas acordadas al inicio del mismo.

---

2 Artículo 13, Constitución Política de Colombia.

El problema radica en establecer si el principio especial de la contratación estatal del equilibrio económico y financiero, garantiza el principio de orden constitucional y de la función administrativa de igualdad en la ejecución del contrato, o en cierto sentido se queda corto, ya que existen causas inevitables que la misma Ley de Contratación Pública y la jurisprudencia prevén, que pueden alterar el equilibrio de las condiciones y prestaciones económicas de las partes y consecuentemente la igualdad, lo cual genera a su vez el derecho de quien resultó afectado a un restablecimiento por el perjuicio causado, claro está, cumpliendo algunas condiciones que posteriormente se desarrollaran.

Sucede que esas formas que la Ley 80 de 1993 ha expuesto por medio del principio del equilibrio económico y financiero no son muy claras, por lo que muchas veces no logran cumplir la finalidad de garantizar la equivalencia económica de las partes contratantes y por lo tanto la igualdad en el negocio jurídico.

Por lo tanto, el presente artículo pretende desarrollar una comparación entre el principio de igualdad y del equilibrio económico y financiero en la contratación estatal, tratando de evidenciar su conexión y su aplicación, haciendo énfasis en la ecuación económica o, como se ha venido denominando, equilibrio económico y financiero, resaltando su origen, su normatividad en la legislación colombiana, y cómo se quebranta dicho equilibrio o equivalencia según la Ley de Contratación Pública y la jurisprudencia, como una variable que tiene dicho principio especial en referencia a la igualdad, para finalmente determinar si las formas que la ley establece para el restablecimiento de la ecuación económica, es decir, la compensación y la indemnización, son claras e idóneas para restablecer las condiciones y prestaciones económicas en el negocio jurídico y, por lo tanto, garantizar la igualdad entre las partes, pues, como se analizará posteriormente, no hay una evidente distinción entre la utilización de compensación o indemnización para las diferentes situaciones que generan un rompimiento del equilibrio económico.

Así las cosas, el presente artículo busca solucionar el siguiente problema de investigación: *¿En qué medida el equilibrio económico y financiero del contrato estatal garantiza el principio de igualdad entre las partes que intervienen en el mismo, tomando como variable el rompimiento de dicho equilibrio y su restablecimiento?* Este se resuelve desarrollando los temas que a continuación se presentan, a través de una metodología analítico-descriptiva, pero en todo caso propositiva, ya que se expresarán las posturas propias en relación a los temas tratados.

## 2. LA CONTRATACIÓN ESTATAL: UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DESARROLLADA A TRAVÉS DE PRINCIPIOS GENERALES Y ESPECIALES

En Colombia la contratación pública, al igual que la contratación privada, es considerada una “institución jurídica a través de la cual dos o más partes consienten en obligarse la una con la otra con el fin de obtener mutuos beneficios”.<sup>3</sup>

En el caso de la entidad estatal, generalmente como contratante en el negocio jurídico, el beneficio que busca con la contratación es garantizar el interés general y satisfacer las necesidades de la comunidad, entendiendo lo anterior de acuerdo a lo previsto en el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia<sup>4</sup> donde se enuncian los fines esenciales del Estado, (entonces se considera la contratación estatal como un mecanismo idóneo utilizado por el Estado para lograr el cumplimiento de sus fines esenciales) y, en el caso del contratista, quien generalmente es un particular, si bien es un colaborador para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado al momento de ejecutar el contrato, también se le atribuyen unos beneficios económicos por el desarrollo de su actividad.

Este tipo de contratación se diferencia de la contratación privada, porque una de las partes dentro del negocio jurídico es una “entidad pública del Estado” y por lo tanto está regulada por un régimen especial que es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993, reformada por la Ley 1150 de 2007), en el cual se establece una específica normatividad para la regulación de la contratación, teniendo en cuenta que existen dentro de la misma unas entidades públicas exceptuadas de su aplicación, es decir, personas jurídicas a las cuales no se les aplica el Estatuto, como es el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios, empresas del sector eléctrico, empresas sociales del Estado etc. (situación que

---

3 Dávila Vinueza, Luis Guillermo, *Régimen jurídico de contratación Estatal*. 3ª. ed., Legis, Bogotá, 2016, p. 3.

4 Artículo 2 de la C.N. “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

si se mira con detenimiento, se puede evidenciar que en el régimen de contratación de las personas jurídicas públicas colombianas, los regímenes exceptuados constituyen la generalidad, en la medida que la mayoría de entidades públicas del Estado lo constituyen).

Dicho Estatuto de Contratación Pública está conformado por principios generales, que en alguna doctrina son considerados como mandatos de optimización,<sup>5</sup> los cuales se encargan de regular la mayoría de aspectos de la contratación estatal, a diferencia del Decreto Ley 222 de 1983 que era el régimen anterior al actual Estatuto de Contratación Pública, el cual además de coexistir con múltiples regímenes aplicables a la contratación de diferentes entidades estatales lo cual impedía su debida aplicación y daba lugar a confusiones era extremadamente reglamentario, es decir, que regulaba los diferentes aspectos de la contratación estatal por medio de reglas como normas meramente descriptivas que no tenían ninguna clase de juicio de valor, lo cual se reflejaba en la cantidad de artículos que tenía dicho decreto, limitándose únicamente a determinar si la actuación se ajustaba o no a la norma;<sup>6</sup> pero además era casuista, es decir que desarrollaba casos demasiado específicos, llegando al punto de definir contratos comunes ya regulados en el Código Civil y el Código de Comercio, como eran el contrato de arrendamiento, de compraventa, de donación, etc.<sup>7</sup>

En cambio, el actual Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), como se mencionó, está regido por principios generales sobre la contratación, “orientados hacia la simplificación de reglas contractuales en un mismo estatuto”.<sup>8</sup>

Por lo tanto, se pretende crear verdaderas normas de obligatorio cumplimiento pero sin limitarse a casos concretos, buscando abarcar así más situaciones jurídicas, teniendo siempre en cuenta mecanismos suficientes para garantizar el cumplimiento de dichas normas; entonces, la pretensión principal no es una gran cantidad de supuestos normativos representados en un largo articulado que desarrollan todo

---

5 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 86.

6 Matallana Camacho, Ernesto, *Manual de contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 461.

7 Dávila Vinuesa, Luis Guillermo, *Régimen jurídico de contratación estatal*. 3ª. ed., Legis, Bogotá, 2016, p. 11.

8 Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1996, M.P.: Silvia López.

el procedimiento de contratación, sino más bien normas (principios) generales que puedan abarcar más situaciones fácticas que puedan surgir en la contratación.

Pero para empezar a hablar de los principios de la contratación estatal es necesario primero establecer en qué consisten, pues los mismos tienen en el mundo jurídico un sinnúmero de percepciones y definiciones y a su vez pueden ser aplicados de diferente forma.

Por ejemplo, se pueden tomar los principios como “una norma programática o directriz, esto es, norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines”,<sup>9</sup> o como “una norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (y que son el reflejo de una determinada forma de vida), de un sector del mismo, de una institución”,<sup>10</sup> o los principios como “una norma especialmente importante, aunque su grado de generalidad pueda ser relativamente bajo”.<sup>11</sup>

En el presente artículo he tomado la definición de Robert Alexi, el cual menciona que los principios son “normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización que se caracterizan por ser cumplidos en diferente grado”.<sup>12</sup>

En sí lo que buscan (teniendo en cuenta que toda norma está compuesta ya sea por un principio o una regla,<sup>13</sup> según Robert Alexi) es que sean universales o generales, es decir, que se llegue a abarcar la mayoría de casos posibles con el principio introducido, evitando regulaciones normativas extensas y a su vez que sea de carácter obligatorio, es decir que se constituya como deber su cumplimiento; teniendo en cuenta que dicho cumplimiento puede ser de diferente grado o nivel por la naturaleza de los mismos, por lo que es necesario que se implementen mecanismos suficientes para brindar garantías respecto al cumplimiento en la mayor medida posible de esta clase de normas.

---

9 Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Sobre principios y reglas*, Doxa, Alicante, 1991, p. 101- 110.

10 Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Sobre principios y reglas*, Doxa, Alicante, 1991, p. 101- 110.

11 Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Sobre principios y reglas*, Doxa, Alicante, 1991, p. 101- 110.

12 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 86.

13 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 87.

Para el caso de la contratación estatal se revela como un mecanismo de gran utilidad, pues permite que ambas partes del contrato resulten beneficiadas con la implementación de los principios establecidos en el Estatuto de Contratación Pública. En el caso de las entidades estatales permite que se desarrollen sus actividades con mayor libertad al no ser tan exhaustiva la regulación del procedimiento al momento de contratar, generando así eficiencia y eficacia en el cumplimiento de sus fines. Por parte del contratista la ventaja se enfoca en brindar mayores garantías de que el proceso de contratación es equitativo e igualitario, pues por medio de los principios ya no se otorgan potestades o prerrogativas exageradas a las entidades estatales en el proceso de contratación,<sup>14</sup> garantizando así principios de orden constitucional y de la función administrativa, como igualdad, transparencia, moralidad, etc.

Los principios de la contratación estatal introducidos principalmente en el Estatuto de Contratación Pública son considerados en este tipo de negocio jurídico elementos transversales, pues básicamente se encargan de determinar cómo se deben desarrollar los contratos estatales en la etapa pre-contractual (licitación pública, contratación directa, proceso de selección, pliego de condiciones, etc.), contractual (ejecución del contrato: cláusulas excepcionales, equilibrio económico del contrato, etc.) y pos-contractual (liquidación del contrato), que, como se ha venido reiterando, “no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en todo el procedimiento de contratación, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice”:<sup>15</sup>

Lo que quiere decir, que rigen el proceso de contratación en todas sus formas y no es opcional su aplicación, sino obligatoria, teniendo presente que existen algunos contratos que, por la naturaleza de la entidad que es parte en el mismo, se encuentran excluidos de la aplicación del Estatuto de Contratación Pública y por lo tanto pareciera que los principios y en sí el articulado de dicha ley no es aplicable en su mayoría. Sin embargo, esto no es tan cierto, ya que los contratos excluidos de la aplicación de la Ley 80 que se rigen por el derecho privado, o por cualquier otra normatividad, no se excluyen de la aplicación del régimen de incompatibilidades y de inhabilidades presentado en el Estatuto de Contratación Pública, de los principios de la actuación

---

14 Benavides, José Luis, *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 75.

15 Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 2002, M.P.: Luis Eduardo Montoya Medina.

administrativa y tampoco de los principios especiales contenidos en el Estatuto hasta cierto punto.

Dentro de los principios que el Estatuto desarrolla se encuentran expresamente previstos cinco: el principio de transparencia, establecido en el artículo 24; el de economía, en el artículo 25; el de responsabilidad, establecido en el artículo 26; el del equilibrio económico y financiero del contrato, en el artículo 27 y 28, y el de selección objetiva, en el artículo 29, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, sin desconocer otros principios implícitos que se encuentran a lo largo del articulado, como el de planeación, el de libre concurrencia, etc., los cuales tienen como fin orientar la forma como se debe realizar la contratación estatal en sus diferentes fases y aspectos. Pero no solo estos son los encargados de regir dicha actuación de la Administración representada en las entidades estatales, sino que también los principios constitucionales, los principios de la función administrativa determinados en el artículo 209 de la Constitución Política y 3 de la Ley 1437 de 2011 y hasta los del derecho privado (al ser considerados no un régimen subsidiario sino un régimen común en la contratación estatal)<sup>16</sup> tienen una aplicación directa en los contratos estatales y por lo tanto regulan la materia; de esta misma forma lo enuncia el Estatuto de Contratación Pública en el artículo 23.

De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

En cuanto a los principios constitucionales, su razón de ser radica en su jerarquía, pues las disposiciones constitucionales son consideradas por la misma Carta Política norma de normas, por lo que su aplicación es directa en la contratación estatal como lo ha dicho la Corte Constitucional “el estudio de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado social de derecho que irradian todas las

---

16 Benavides, José Luis, *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 79.

disposiciones contractuales previstas en la constitución”.<sup>17</sup> En este sentido la contratación se debe regir por principios constitucionales tales como generalidad, igualdad, buena fe, debido proceso, planeación, libre competencia, asociación, libertad negocial y en sí todos aquellos que se relacionen a la actividad contractual.

A su vez existe un aspecto de especial relevancia dentro de la Constitución Política que corresponde a los principios de la función administrativa, los cuales son mencionados en el artículo 23 del Estatuto de Contratación Pública como principios rectores de las actuaciones administrativas de las entidades estatales, que, si bien son tratados en la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), el artículo 209 de la Constitución Política los enuncia.<sup>18</sup>

Estos principios son esenciales dentro de la contratación estatal por el simple hecho de que dicho tipo de procedimiento es considerado una actividad administrativa, como lo ha establecido el Consejo de Estado:

La Carta Suprema en su artículo 209 ordena que el ejercicio de la función administrativa se encuentra sometido a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y de publicidad, razón por la cual en la medida que la contratación estatal puede identificarse como una actividad administrativa, necesariamente deben aplicarse estos principios, sin perjuicio de muchos otros que también forman parte del texto Constitucional.<sup>19</sup>

Además, si se analiza el Estatuto de Contratación Pública, su pretensión principal es desarrollar cada uno de los principios de la función administrativa en los contratos que realizan las entidades estatales; por ejemplo, con la eficiencia se busca la obtención de mejores resultados en un menor tiempo y con menores costos.

Lo que se refleja en diferentes factores de la contratación estatal regulados en la Ley de Contratación Pública, como en el principio de planeación, que surgió como una medida para solucionar los sobrecostos que tenían que soportar los co-contratantes

17 Corte Constitucional, Sentencia C-449 de 1992, M.P: Alejandro Martínez Caballero.

18 Artículo 209 C.N.: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

19 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia Exp. 15324 de 2007, M.P Mauricio Fajardo Gómez.

en la ejecución del contrato por no realizar estudios previos que permitieran determinar la necesidad que tenía la entidad estatal y como esa necesidad se podía satisfacer; entonces, se implementan estudios de oportunidad, estudios de mercado, pliegos de condiciones mucho más detallados, incluyendo factores como cronograma, objeto del contrato, anexo técnico (como se va a desarrollar el contrato), reglas de participación, requisitos de experiencia, jurídicos, capacidad económica, causales de rechazo, criterios de selección, la asignación de riesgos previsibles (innovación que trajo la Ley 1150 de 2007 en búsqueda de la transparencia de la gestión contractual), generando así la satisfacción de unas necesidades determinadas para cada entidad estatal, evitando el pago de unos costos innecesarios, es decir, economía en el contrato (menores costos y mejores resultados) o la igualdad (que en términos generales se refiere a que toda persona debe tener el mismo trato y protección por parte de las entidades estatales) como principio esencial en la contratación, el cual se encuentra reflejado en dos factores así como se analizará posteriormente: en el principio del equilibrio económico y financiero tratando de que las partes dentro de la ejecución del negocio jurídico se encuentren en igualdad de condiciones y en el proceso de selección, brindando igualdad de acceso a todos los oferentes al momento de contratar.

Entonces, la contratación estatal siempre debe regirse por la universalidad de principios que regulan dicha materia, tanto específicos (Estatuto de Contratación Pública), como generales (constitucionales, de la función administrativa, etc.), los cuales deben tener una estrecha relación para un correcto funcionamiento de la contratación pública, pues los principios generales, como en este artículo se han denominado a los de orden constitucional, de la función administrativa y los principios generales del derecho, tienen una aplicación directa por su jerarquía normativa, como ya se ha mencionado; pero también por su pertinencia.

Para ello se tiene como ejemplo los de la función administrativa, ya que al ser la contratación una actuación que realiza el Estado por medio de sus entidades, esta clase de normas le son aplicables, pues así la entidad que está contratando se encuentre dentro del régimen de excepción del Estatuto de Contratación Pública, los principios de la función administrativa no se pueden desconocer por ser un procedimiento que está en cabeza de una entidad del Estado. Por consiguiente, los principios especiales o específicos no pueden ir en contra o limitar mandatos constitucionales y legales que van en procura de brindar un mejor proceso de contratación, es más, las normas de la Ley de Contratación Pública, además de desarrollar y regular este tipo de contratación,

deben buscar la concreción de aquellos principios generales, es decir, darles un enfoque puntual dentro del negocio jurídico.

Por tal razón, se pueden plantear diferentes situaciones que evidencian cómo los principios generales, se concretan en principios de la Ley 80 de 1993 y guardan entre sí una armonía que permite el funcionamiento de la contratación estatal; pero en el presente artículo se tomará como reflejo de esta situación la igualdad como principio constitucional y de la función administrativa y su relación con el equilibrio económico y financiero, el cual es de carácter específico en la materia de los contratos estatales (sin desconocer otros de orden específico que le dan aplicabilidad a la igualdad en el contrato estatal), para luego tratar de precisar si el equilibrio económico concreta y le da la correcta aplicabilidad al principio de orden constitucional, o si, por el contrario, se queda corto para garantizar la igualdad en el procedimiento de contratación, específicamente en la etapa de ejecución, teniendo como variable el rompimiento del equilibrio económico que puede llegar a afectar la igualdad entre las partes y que, si no se tiene una efectiva forma de restablecimiento, se vería desconocido en el trámite de los contratos del Estado.

### 3. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD APLICADO A LA CONTRATACIÓN ESTATAL

La igualdad como principio de orden constitucional se encuentra presente en forma general es decir para toda clase de actuaciones en el artículo 13,<sup>20</sup> con el fin de garantizar el mismo trato y protección de todas las personas frente a las autoridades y una igualdad de derechos, libertades y oportunidades sin ninguna clase de discriminación, y de forma puntual en el artículo 209 de la Constitución con el mismo objetivo de garantizar un trato y protección equivalente para todas las personas; pero ya específicamente referido a las entidades estatales, como uno de los principios dentro de los cuales se debe regir la función administrativa, teniendo como fin principal la satisfacción de los intereses generales y, por lo tanto, el cumplimiento de los fines esenciales del Estado establecidos en el artículo 2 de la Constitución.

Este principio es de tal relevancia que no solamente es considerado como tal, sino que también es un derecho introducido en el artículo 85 de la Constitución Política y un valor trascendental para el hombre;<sup>21</sup> en términos generales la Corte Constitucional lo ha definido así:

El principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente nominación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado.<sup>22</sup>

---

20 Artículo 13 C.N.: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados [...]".

21 Corte Constitucional. Sentencia T432 de 1992, M.P: Simón Rodríguez Rodríguez.

22 Corte Constitucional, Sentencia n° D-006 de 1992.

Lo cual quiere decir que todas las personas son iguales frente a la ley, que debe existir una regulación igual para supuestos iguales y que la única excepción es que existan supuestos diferentes; en ese sentido, toda persona tiene los mismos derechos, libertades y oportunidades, que a su vez permite un trato igualitario por parte de las entidades estatales sin ninguna clase de preferencia o discriminación y solo se admite un trato diferenciado para aquellos que son diferentes, o para aquellos hechos distintos.

De dicho principio de acuerdo a lo previsto en el artículo 13 de la Constitución se pueden desprender varios aspectos, dentro de los cuales la Corte Constitucional ha destacado los siguientes:

[...] (i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales.<sup>23</sup>

Llegando al mismo punto, no se admite un trato diferenciado en ningún caso, tanto en lo que se denomina una igualdad formal, es decir, que todos sean tratados de la misma forma ante la ley y los actos que realicen las diferentes entidades, como en la igualdad material, que son las medidas que toma cada entidad para garantizar dicho principio en el ejercicio de sus funciones, teniendo siempre en cuenta la salvedad de que existen casos en que los supuestos fácticos son distintos y por lo tanto el trato debe ser distinto y que existen personas que por su condición necesitan una especial protección; en ese sentido su trato debe ser diferenciado.

La igualdad como principio, derecho y valor es perfectamente aplicable a la contratación estatal, no solo desde el punto de vista del artículo 13 constitucional, por el cual todas las personas deben ser tratadas en igualdad de condiciones especialmente al momento de realizar la oferta y en el proceso de selección, sino

---

23 Corte Constitucional, Sentencia C.178 de 2014, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

también desde el punto de vista de la función administrativa, pues la contratación estatal es una actuación administrativa encaminada a satisfacer las necesidades generales que tiene cada entidad. Por tal razón, el principio de igualdad mencionado en el artículo 209 de la Constitución Política y en el artículo 3<sup>24</sup> de la Ley 1437 de 2011 es aplicado a tal actuación en los mismos términos, es decir, que se debe brindar un mismo trato y protección a todas las personas que intervengan en las actuaciones administrativas, en este caso en la contratación en la que es parte una entidad estatal.

Pero esencialmente este principio se ve aplicado en la contratación en la que es parte una persona jurídica pública como una actuación administrativa, en dos eventos que posteriormente serán desarrollados:

- i. Igualdad de acceso para realizar la oferta e igualdad en el proceso de selección.
- ii. Igualdad de las partes co-contratantes al momento de ejecutar el contrato, es decir, una equivalencia de prestaciones y condiciones que permita obtener mutuos beneficios para las partes dentro del contrato estatal.

### 3.1. Igualdad en el proceso de selección en el contrato estatal

La administración representada en las entidades estatales al momento que decida contratar se obliga a “otorgar idéntica oportunidad a todos aquellos que se encuentren en condiciones de ofertar lo requerido por ella”,<sup>25</sup> y en ese sentido es totalmente aplicable el principio de igualdad en dos puntos: El primero, tratando de brindar un acceso igualitario a aquellos oferentes que se encuentren en las mismas condiciones, es decir, aquellos que puedan satisfacer la necesidad que tiene la entidad

---

24 Artículo 3. CPACA. “[...] Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

[...] 2. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta [...]”.

25 Dávila Vinuesa, Luis Guillermo, *Régimen jurídico de contratación estatal*. 3ª. ed., Legis, Bogotá, 2016, p. 9.

estatal de acuerdo a lo previsto en el pliego de condiciones (acto administrativo de carácter general en el cual se establecen reglas de juego del contrato como su objeto, cronograma, anexos técnicos, etc.), y por la cual recurre a la contratación estatal, sin ninguna clase de prerrogativas o preferencias; por lo tanto, toda persona tiene derecho a presentar una propuesta (siempre que cumpla los requisitos del pliego de condiciones) y en ese sentido contratar con el Estado como regla general (proceso de licitación pública).

La Corte Constitucional se ha encargado de igual forma de resaltar la importancia del principio de igualdad en el punto de la presentación de la oferta y ha dicho:

En particular, la Corporación ha resaltado la importancia de dos de los principios que rigen este procedimiento: la libre concurrencia y la igualdad entre proponentes. El primero, directamente relacionado con el mandato de igualdad de oportunidades contemplado en el artículo 13 constitucional, con el derecho a la libre competencia reconocido en el artículo 333 *ibídem* y con los principios de la función administrativa, garantiza la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y puedan formularlas sobre bases idénticas, sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales. Desde el punto de vista de la entidad estatal, este principio asegura pluralidad de competidores, lo que a su turno redundará en mejores ofertas en beneficio de la eficiencia.<sup>26</sup>

Lo cual claramente es una ventaja para la entidad estatal, pues entre más ofertas de diferentes proponentes se presenten hay más posibilidades de escogencia, y la selección probablemente será la más beneficiosa para la parte contratante; pero a su vez se permite el acceso igualitario a todas aquellas personas que quieran presentar su propuesta.

Y el segundo es la selección del contratista, ya que al tener las ofertas de acuerdo a los parámetros previstos en el pliego de condiciones y en la ley, se debe escoger la más idónea que permita una exitosa ejecución del contrato, bajo criterios de imparcialidad y transparencia, dejando de lado tratos preferentes o discriminatorios; garantizando así el principio de selección objetiva establecido en el artículo 29 la Ley 80 de 1993, posteriormente derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007,

---

26 Corte Constitucional, Sentencia C- 300 DE 2012, M.P.: María Victoria Calle Correa.

donde se incluyen como criterios de selección la favorabilidad de la oferta y la idoneidad del contratista.

La selección objetiva como principio del Estatuto de Contratación Pública permite escoger la oferta más favorable o que beneficie más a la entidad estatal, con criterios de selección estrictamente objetivos dependiendo el proceso que se vaya a utilizar en la contratación del Estado, que impidan que dicha escogencia sea motivada por intereses personales o discriminatorios. En ese sentido, la Ley 1150 de 2007 en el artículo 5 los enuncia así:

[...] i) la capacidad jurídica, condiciones de experiencia y capacidad financiera y de organización, como requisitos habilitantes para participar en el respectivo proceso de selección; (ii) la favorabilidad de la oferta desde el punto de vista técnico y económico; (iii) el menor precio, en el caso en lo que la entidad contratante planea adquirir bienes y servicios de características uniformes; y (iv) la experiencia específica y la composición del equipo de trabajo, en los procesos dirigidos a la selección de consultores.<sup>27</sup>

Estos criterios reflejan la importancia de la igualdad en el proceso de selección del contratista, ya que en sí lo que busca la entidad contratante al momento de escoger al oferente es el cumplimiento del contrato y consigo la satisfacción de los fines del Estado, y esto únicamente se logra con los criterios objetivos al momento de seleccionar al oferente en que no medien intereses personales ni tratos diferenciados, pues tiene que asignarse a la persona más idónea para que se lleve a cabo la ejecución del contrato, de acuerdo a los parámetros legales ya previstos.

En la contratación estatal, si bien toda selección de un contratista debe regirse por los criterios previamente mencionados (teniendo prevalencia unos sobre otros dependiendo el proceso de selección que sea aplicable al contrato), la determinación del contratista como proceso en el contrato no es única, por el contrario, la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 prevén varios procesos de selección, los cuales son considerados por el profesor Expósito Vélez “conjuntos de actos, pronunciamientos, y decisiones que permiten a la administración, salvaguardando sus intereses económicos y el principio de igualdad de los administrados ante los beneficios y cargas públicas, elegir, de entre las personas que voluntariamente se ofrecen para ello al

---

27 Corte Constitucional, Sentencia C- 300 DE 2012, M.P.: María Victoria Calle Correa.

sujeto más apto para contratar”;<sup>28</sup> tales actos que permiten seleccionar al contratista se pueden clasificar como generales y excepcionales.

El proceso de selección general es la licitación pública, este se encuentra desarrollado en el artículo 30 del Estatuto de Contratación Pública, y en si es el proceso principal de selección, en el cual una persona llamada convocante, en este caso, la Entidad estatal, hace un llamado o una invitación pública dirigida a todas aquellas personas que se encuentren interesadas en contratar con el Estado (y puedan hacerlo) para que presenten su propuesta u oferta, de acuerdo a unos parámetros objetivos previamente determinados por la entidad estatal en el pliego de condiciones, en el cual se tienen elementos tales como los requisitos que debe cumplir el oferente, el objeto del contrato, requisitos de la oferta, etc., y una vez ya se tengan esas ofertas se escoja la más idónea para que ese oferente contrate con el Estado.

Dicho proceso es el claro ejemplo del principio de igualdad en la contratación estatal concretando los dos puntos previamente desarrollados, pues permite el acceso igualitario a toda persona que quiera contratar con el Estado, teniendo únicamente como límite el pliego de condiciones; pero, además, propicia un trato igualitario e indiscriminado en el proceso de selección, ya que la escogencia únicamente se debe basar en aquellos criterios legales que permitan determinar cuál es la propuesta más idónea y beneficiosa para la entidad de todas aquellas presentadas, sin ninguna clase de prerrogativa o preferencia.

En los mismos términos, el Consejo de Estado ha dicho que la licitación pública debe tener como elemento esencial la igualdad de sus oferentes, es decir, que se encuentren en las mismas condiciones, así:

[...] todos los sujetos interesados en el proceso de licitación han de estar en idénticas condiciones y gozar de las mismas oportunidades, lo cual se logra, según la doctrina, cuando concurren los siguientes aspectos:

- i. Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores.
- ii. Debe darse preferencia a quien hace la oferta más ventajosa para la Administración [...].<sup>29</sup>

---

28 Expósito Vélez, Juan Carlos, *La configuración del contrato de la Administración Pública* en el derecho colombiano y español, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 396-397.

29 Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia Exp. 12037 de 2001, M.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Por lo que en el proceso licitatorio no puede existir ninguna ventaja, la cual haga que la selección no se realice únicamente bajo los términos de la mejor oferta. En ese sentido, las oportunidades que son dadas a los oferentes son totalmente iguales, evitando cualquier clase de trato diferenciado que vicie la elección del contratista, es decir que en el proceso de licitación el criterio que prima es la idoneidad de la oferta por encima del oferente.

Los procesos de selección excepcionales difieren de la contratación por licitación pública, porque la ley que los regula establece aquellos requisitos o supuestos fácticos especiales que deben cumplirse para que sean aplicados y aunque podrían limitar el acceso de los oferentes a presentar su oferta, permitiendo así un supuesto trato diferenciado. Ello no es así pues son procesos de selección que tienen por mandato legal requisitos taxativos y específicos como ya se mencionó para que se puedan utilizar, se aplican ante la necesidad de contratar en un menor tiempo y con supuestos facticos especiales y además porque no pueden violar principios de orden constitucional como es el caso de la igualdad; entre ellos se encuentran la contratación directa, que fue la primera excepción presentada en la Ley 80 de 1993, la selección abreviada y el concurso de méritos establecidos en la Ley 1150 de 2007, y la contratación de mínima cuantía en la Ley 1450 de 2011, además realizan un proceso de selección diferente a la regla general, los criterios de selección también varían dando prevalencia algunas veces a las características del oferente sobre la oferta como es el caso del concurso de méritos.

En síntesis, la igualdad en la oferta y en el proceso de selección del contratista en el contrato estatal, representa la igualdad como un principio rector de tal actuación, que, si bien puede parecer limitada, como el caso de los procesos de selección excepcionales, no puede ser desconocida en ningún momento.

### **3.2. Igualdad de las partes en la ejecución del contrato estatal, una garantía de la ecuación contractual**

El contrato, tanto el público como el privado, es un acuerdo de voluntades en el que dos o más partes deciden obligarse, con el fin de tener mutuos beneficios,<sup>30</sup> como ya se mencionó. Dentro de las características que tiene el contrato estatal se encuentra la

---

30 Dávila Vinuesa, Luis Guillermo, *Régimen jurídico de contratación*. 3ª. ed., Legis, Bogotá, 2016, p. 3.

bilateralidad (las partes contratantes adquieren obligaciones recíprocas) y la conmutatividad (obligaciones mutuas y beneficios mutuos), pues para ambas partes surge una obligación, ya sea de dar o de hacer, con equivalencia de lo que la otra parte debe dar o hacer.<sup>31</sup>

A su vez se obtienen mutuos beneficios; para la parte contratante (entidad estatal) la satisfacción de una necesidad y el logro de sus fines esenciales y para el contratista unas utilidades económicas por la realización de una actividad o la prestación de un servicio. En ese sentido, las partes dentro del contrato estatal se ubican en una posición de igualdad, pues ni la persona jurídica pública debe tener más prerrogativas o beneficios ni tampoco el particular por la simple naturaleza del contrato; entonces, a las partes dentro de la ejecución del mismo se les debe garantizar una equivalencia respecto a sus condiciones y prestaciones (entre ellas las económicas).<sup>32</sup>

La igualdad en la ejecución del contrato se refiere básicamente a que las partes contratantes desde la celebración hasta la terminación se deben ubicar en una misma posición con beneficios y garantías equivalentes, sin ninguna clase de distinción, pues podría pensarse que la entidad estatal como representante de la Administración por su naturaleza se encontraría en una posición de superioridad al contratista, pero teóricamente bajo dicho principio constitucional ambas partes deben ser iguales y, por lo tanto, las condiciones y prestaciones dentro del contrato tienen que ser totalmente equivalentes.

Este principio constitucional se ve reflejado claramente bajo los supuestos mencionados en el equilibrio económico y financiero, como principio especial de la contratación estatal, pues se encarga de mantener posteriormente a la celebración del contrato las prestaciones y condiciones económicas de las partes contratantes (en equilibrio) y evita que durante la ejecución del negocio jurídico pueda surgir alguna clase de ventaja para la parte contratante o para el contratista, ya sea por su posición o por un hecho externo del contrato. Además de que se ubica como una respuesta a diferentes potestades o prerrogativas que la misma Ley de Contratación Pública les ha otorgado a las entidades estatales.

---

31 Código Civil, Artículo. 1498: “El 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”.

32 Benavides, José Luis, *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 356.

Entonces, la misma Ley de Contratación Pública ha tratado de brindar beneficios al contratista que permitan compensar esas facultades propias de las entidades estatales, dentro de los cuales, como ya se dijo, se encuentra la posibilidad de que todos los particulares que quieran contratar con el Estado puedan hacerlo, bajo un proceso de selección objetiva, por el cual todos los partícipes que quieran contratar con el Estado puedan presentar sus propuestas y solo la mejor será la seleccionada,<sup>33</sup> sin ninguna clase de preferencias (evento ya desarrollado); pero la garantía o el beneficio más importante se dirige a que la entidad pública del Estado mantenga una igualdad de las cargas públicas en el sentido del equilibrio económico.

Ello quiere decir que la parte contratante ha de proporcionar una equivalencia en las condiciones del contrato desde que inicia (celebración del contrato) hasta que se termina, garantizando así la ecuación contractual o el equilibrio económico y financiero como una forma de asegurar la prestación continua e ininterrumpida del servicio público y, en sí, la igualdad de las partes en el contrato estatal, pues pueden ocurrir en la ejecución del contrato circunstancias que ocasionen una dificultad en el cumplimiento del mismo, por ejemplo, hechos imprevistos que causen mayor onerosidad al contrato, o el uso de las cláusulas excepcionales por parte de la entidad pública que correlativamente pueden implicar una indemnización o compensación para garantizar lo previamente pactado. En ese sentido, es necesario desarrollar el principio del equilibrio económico y financiero del contrato estatal como un principio y a la vez un mecanismo muy útil que le da aplicabilidad y concreción al principio de igualdad en el contrato estatal, pues una vez se presenta alguna causal que genera el rompimiento del equilibrio económico del contrato o el desequilibrio en la ecuación contractual, por medio de dicho mecanismo se puede restablecer esa equivalencia en las prestaciones y por lo tanto garantizar la ecuación contractual. El problema radica en determinar si esa forma de restablecimiento de la ecuación económica que prevé el principio del equilibrio económico y financiero, cuando se ha presentado alguna circunstancia que generó la alteración grave en el contrato, es suficiente y clara para no desconocer la igualdad del mismo.

---

33 Rico Puerta, Luis Alonso, *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. 9ª. ed., Leyer, Bogotá, 2015, p.331.

#### 4. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO: REFLEJO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

El principio constitucional de igualdad, como se ha venido reiterando, tiene una aplicación directa en los contratos estatales, y una de las formas de garantizar su debida aplicación es por medio del principio del equilibrio económico y financiero, que, en pocas palabras, permite que las prestaciones económicas y las condiciones financieras para las partes del contrato nunca sean desiguales, por el contrario, que sean equivalentes, garantizando así la igualdad entre las partes contratantes.

Este es definido como “una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del contratante y un conjunto de obligaciones de éste, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia-igualdad)”,<sup>34</sup> entendiendo el mismo como un principio propio del derecho público (en Colombia, la Ley 80 de 1993) pues es el que se ha encargado de regularlo, a diferencia del derecho privado, en que su aplicación no es tan estricta y se conoce por otra figura bajo la cláusula de *rebus sic stantibus*, la cual permite la revisión del contrato ante la ocurrencia de un hecho imprevisto posterior a su celebración que cause efectos gravosos en alguna de las partes y a su vez impida el cumplimiento del contrato, pues se genera un rompimiento del equilibrio contractual muy relacionado con la teoría de la imprevisión.<sup>35</sup>

El equilibrio económico y financiero es un principio que tuvo su auge inicialmente en Francia. Por parte del Consejo de Estado, Colombia, siguiendo los mismos pasos, ha venido desarrollando dicho principio el cual se concreta actualmente en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en el artículo 27,<sup>36</sup>

---

34 Marinenhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo III *Contratos administrativos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 469.

35 Dávila Vinueza, Luis Guillermo, *Régimen jurídico de contratación estatal*. 3ª. ed., Legis, Bogotá, 2016, p. 690.

36 Ley 80 de 1993. artículo 27. “En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a

como una figura encaminada a mantener la equivalencia de las prestaciones y condiciones económicas en los contratos estatales durante la ejecución. En caso de que esa equivalencia se rompa, se pueda volver a restablecer.

Así las cosas, surge como respuesta a la necesidad principal de que los contratos sean ejecutados y cumplidos a cabalidad, ya que durante el desarrollo de los mismos pueden surgir situaciones, como hechos imprevistos o la utilización de facultades unilaterales por parte de las entidades públicas del Estado, que generen costos adicionales y en ese sentido provoquen o puedan dar lugar a incumplimiento por parte del contratista, pues es posible que no tenga el dinero suficiente para ejecutar el contrato. Además, porque, al ser excesivos los beneficios que se le dan a la entidad contratante, como es el caso de las cláusulas excepcionales, debe existir un mecanismo que le brinde garantías al contratista de que, así sea un colaborador del Estado, al ser el contrato estatal un contrato sinalagmático (beneficios para ambas partes), este va a poder obtener beneficios y utilidades.

Entonces, este principio, al garantizar que las condiciones económicas y las prestaciones pactadas en un contrato estatal permanezcan inalteradas durante su desarrollo o ejecución, como ya se ha mencionado, y que en caso de que por un hecho externo las condiciones del contrato cambien, se pueda volver a su estado anterior, evidencia la igualdad en la que se encuentran las partes dentro del contrato. Lo importante es que se introduzcan mecanismos suficientes que aseguren un restablecimiento del equilibrio económico (indemnización o compensación pecuniaria) cuando el mismo se haya quebrantado; teniendo su aplicación no solo en el contratista, quien generalmente es quien se considera la parte débil dentro de la relación jurídica y por lo tanto necesita más protección<sup>37</sup> y a quien la doctrina en la mayoría de casos lo pone como destinatario de la aplicación de dicho principio,<sup>38</sup>

---

ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.

37 Dávila Vinueza, Luis Guillermo, *Régimen jurídico de contratación estatal*. 3ª. ed., Legis, Bogotá, 2016., p. 699, cuando hace referencia a que el Estado sí tiene privilegios frente al particular, por tal razón, cuando las condiciones del contrato se alteren estas se deben recuperar.

38 Andre de Laubadare e Yves Gaudement, *Trate de droit administratif*, LGDJ, París, 2001, p. 706, hacen mención a que cuando se rompe el equilibrio contractual, el detrimento o la pérdida va directamente al particular contratista, y en ese sentido surge el derecho para ese particular de que el equilibrio sea restablecido por medio de una compensación pecuniaria.

sino también en la entidad estatal contratante, en que, por ciertos factores puede que las prestaciones esperadas sean más onerosas, generando el rompimiento de la ecuación contractual y en ese sentido se debe restablecer el equilibrio económico quebrantado para lograr una debida ejecución del contrato y garantizar la equivalencia de la que se ha venido hablando.

La etapa en la cual se ubica el equilibrio económico y financiero es la contractual,<sup>39</sup> pues la equivalencia a la que me refiero es respecto a las condiciones y prestaciones previamente pactadas al momento de celebrar el contrato, por lo tanto, el desarrollo de este principio radica en la ejecución del mismo, entrando a garantizar el cumplimiento de las condiciones económicas y financieras principalmente y las prestaciones establecidas con anterioridad, para que estas no se alteren hasta la terminación y liquidación, y en caso de que lleguen a alterarse por un hecho externo, causando un rompimiento en el equilibrio contractual, se genere un debido restablecimiento de carácter económico, pues es la base de este principio la economía del contrato (dinero).

Y, finalmente, sus elementos esenciales son la inalterabilidad de las 1. condiciones económicas y 2. las prestaciones económicas, las cuales se diferencian en que las condiciones son aquellas cláusulas que regulan el contrato, en palabras coloquiales es aquel contenido del contrato que prevé todos los términos sobre su ejecución; estas pueden ser jurídicas, financieras, técnicas, económicas, etc., las cuales son estipuladas en el proceso de negociación, es decir, en el periodo de la presentación de la oferta y la aceptación. Entonces, al momento de celebrar el contrato las partes consienten en la aplicación de dichas cláusulas o condiciones contractuales, por lo que estas se convierten en obligatorias y a su vez son totalmente inalterables. Pero puede suceder que por hechos externos estas condiciones sean alteradas y generen afectaciones normalmente al contratista no solo en el debido cumplimiento del contrato, sino también en las utilidades esperadas, entonces allí es donde se aplica el principio del equilibrio económico y financiero, para que aquella ecuación contractual, rota por un hecho externo que alteró las condiciones pactadas, ya sea atribuible a alguna de las partes o no, se vuelva a restablecer por medio de una indemnización o una compensación pecuniaria, dependiendo del caso (de todas formas debe ser ajeno a la parte que pide el restablecimiento).

---

39 Rodríguez Rodríguez, Libardo, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, Temis, Bogotá, 2009, p.10.

En cambio, las prestaciones van dirigidas únicamente al precio pactado dentro del negocio jurídico, bajo la conmutatividad que caracteriza al contrato estatal, es decir que debe haber una equivalencia respecto a las obligaciones y a los beneficios, en este caso, las prestaciones económicas, que, al igual que las condiciones, tienen que estar previamente establecidas y mediar el consentimiento por las partes contratantes. De ahí que, en principio, no se puedan modificar, pero, si por alguna circunstancia con el precio que se pactó, por algún hecho externo, resulta imposible o peligra el cumplimiento del contrato, se genera un rompimiento en el equilibrio económico del mismo o en la ecuación contractual y se deben tomar medidas para su restablecimiento, es decir, una compensación o una indemnización, dependiendo del caso, bajo el objetivo del contrato, que implica que ambas partes alcancen la finalidad esperada del mismo.

#### 4.1. Antecedentes del principio del equilibrio económico y financiero o ecuación contractual: Cambio desde el principio de riesgo y ventura del derecho privado

La contratación estatal no siempre ha sido regulada por una norma especial y mucho menos por principios propios que brinden garantías a las partes contratantes, tratando de ubicarlas en una misma posición y velar por la satisfacción del interés general, pues en un principio los contratos que realizaba la Administración eran actos de gestión regulados como cualquier otro contrato privado por el derecho civil. Por lo tanto, para el siglo XIX tales contratos estaban regidos por el derecho privado y por principios del derecho civil, tales como la *lex contractus*, que significa que el contrato es ley para las partes y que al convertirse su contenido en carácter obligatorio, nunca se podría modificar o alterar; *pacta sunt servanda*, en el mismo sentido indica que lo pactado es obligatorio para las partes y no es susceptible de alguna clase de modificación una vez ya se ha celebrado el contrato, etc.

Dichos principios, junto con las regulaciones de los códigos civiles, que tenían como base el Código Civil francés de 1804, especificaban que, en el caso de ausencia de una norma legal que permitiera un restablecimiento ante el rompimiento de una ecuación contractual, no se podía restablecer el equilibrio y por lo tanto no se podía someter a revisión el contrato en la ejecución del mismo.<sup>40</sup> Generaron una limitación

---

40 Rodríguez Rodríguez, Libardo, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, Temis, Bogotá, 2009, p.15-18.

absoluta para garantizar el equilibrio de las cargas económicas de las partes en el contrato durante su ejecución, pues la inalterabilidad del contrato y la ausencia de norma legal que regulara de manera específica la materia, impedían totalmente la modificación del mismo ante cualquier circunstancia (un hecho sobreviniente que perjudicara a una de las partes y que hiciera más difícil el cumplimiento del contrato).

Bajo estos supuestos regía el principio de riesgo y ventura, que significaba riesgo de los mayores costos o ventura de los mayores beneficios,<sup>41</sup> pues, si era evidente que en la ejecución del contrato y principalmente en los de tracto sucesivo, es decir, que se extienden en el tiempo, estaban sometidos a diferentes riesgos, algunos previsibles, los cuales eran incorporados normalmente en el precio del contrato, y unos imprevisibles, que no podían ser incorporados en el contrato pues su valor pecuniario era incierto; entonces quien tenía que acarrear los riesgos y los costos de esos riesgos, si en verdad llegaban a ocurrir, era el contratista, por lo que al momento de ejecutar el contrato podía tener el riesgo de perder o la ventura de ganar.<sup>42</sup>

Este principio tuvo su formación en el contrato de obra pública, para posteriormente extenderse a todos aquellos contratos en los que participaba la Administración. En el contrato de obra pública el principio de riesgo y ventura tuvo su auge porque las partes acordaban un precio “alzado”, es decir, que incluyera la totalidad de los costos que implicaba la realización de la obra, entonces en ningún momento ese precio previamente pactado se podía modificar (como si se tratara de un precio global). El contratista asumía el riesgo de obtener pérdidas con la realización de esa obra o de obtener utilidades con la ejecución, pero, sin importar lo que sucediera con el contratista en el tiempo pactado, este debería cumplir el contrato sin ningún derecho a ajustes del precio o compensaciones, y en ese sentido el contratante (la Administración) estaba obligada a pagar el precio pactado (contraprestación única e inalterable) y el contratista (particular) estaba obligado a entregar la obra por dicha contraprestación.<sup>43</sup> Es más, en Colombia había una norma específica para los contratos de obra, en el sentido de quien asumía el riesgo, como lo prevé el artículo 2060 del Código Civil:

---

41 Escobar Gil, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*, Legis, Bogotá, 2003, p. 408 y 409.

42 Escobar Gil, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*, Legis, Bogotá, 2003, p. 408 y 409.

43 García de Enterría, Eduardo, *Curso de derecho administrativo*, Tomo II, S.L. Civitas, Madrid, 2015, p. 409.

CONSTRUCCION DE EDIFICIOS POR PRECIO ÚNICO Los contratos para 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 de precio, a 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 un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones.

Así las cosas, el contrato de obra pública permitió desarrollar el principio de riesgo y ventura, para luego aplicarse a todos los contratos en que hacia parte la Administración por razones que considero de estabilidad del contrato y de seguridad de la Administración, pues, al pactar un precio único sin que existieran modificaciones, se permitía, primero, que el precio pactado fuera el que realmente necesitaba el contratista para la ejecución del contrato, pues lo que menos quisiera este es costear pérdidas, evitando así precios irrisorios o realmente bajos que generaran un incumplimiento. Esto es lo que pasa actualmente, muchas veces el oferente solo con el fin de obtener el contrato realiza una propuesta con un precio inferior a los demás oferentes y posteriormente en la ejecución del contrato solicita la modificación del precio pactado, ya que el valor que tiene no es suficiente para lograr el cumplimiento del contrato (lo que se ha denominado precio artificialmente bajo). Y en segundo lugar estaba la seguridad de la Administración, como hace referencia el doctor Rodrigo Escobar Gil, pues, al conocer el valor exacto del contrato se puede realizar una mejor distribución de las asignaciones presupuestales entre las diferentes entidades estatales. Además, conocer el valor exacto del contrato “es imprescindible para comprometer la partida presupuestaria”<sup>44</sup> y si se llegara a modificar el valor del contrato tal vez la entidad no tendría con qué responderle al contratista pues esa suma no estaría reconocida en el presupuesto<sup>45</sup> (aunque actualmente existen mecanismos de adiciones y traslados presupuestales para solucionar tal situación).

Pero de todas formas se empieza a evidenciar que el principio de riesgo y ventura no es un mecanismo óptimo para el cumplimiento de los contratos estatales, pues, en muchos casos, por hechos externos e imprevistos, o por situaciones atribuibles a

44 Escobar Gil, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*, Legis, Bogotá, 2003, p. 412.

45 Ariño Ortiz, Gaspar, *Teoría del equivalente económico*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, p. 93.

la Administración, se volvía más cuantioso el valor del contrato que se encontraba en ejecución; por ejemplo, en un contrato de obra, la entidad estatal contrataba con un particular la construcción de un puente por el valor de trescientos millones de pesos y la construcción tenía un tiempo de ejecución de un año; resulta que el valor del cemento subió considerablemente más de lo previsto por el contratista, y ya la construcción del puente no valía trescientos millones sino trescientos ochenta millones. Entonces el contratista, bajo el principio de riesgo y ventura, debía costear el sobre costo; pasaba así que, si no tenía cómo costear ese excedente, incumpliría, o, si tenía para costearlo, se generaba una pérdida considerable; por lo que muchas veces se ocasionaba incumplimientos contractuales pues no se tenía el valor suficiente para ejecutar el contrato, o afectaciones económicas al contratista (pérdidas) las cuales no tendría que soportar, ya que, si el particular contrataba con una entidad pública, era con algún ánimo de ganancia o utilidad económica, así en principio se convirtiera en un colaborador para el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción del interés general; en ningún momento tenía por qué soportar las pérdidas en un contrato por dichos objetivos. Es más, en la contratación el único fin del contratista es claramente cumplir el contrato y obtener unos beneficios monetarios (utilidades).

Y con el incumplimiento se afectaba la teoría del servicio público, pues la contratación estatal es una de las formas de garantizar su prestación de forma continua e ininterrumpida, entonces, si se incumplían los contratos, los servicios públicos resultaban afectados porque se impedía su continua y, en cierto sentido, eficiente prestación.<sup>46</sup> Además, a la Administración se le otorgaba una ventaja absoluta, ya que no asumía ninguna clase de responsabilidad patrimonial en el desarrollo del negocio jurídico.

Ante los problemas mencionados se vio la necesidad de crear un mecanismo que, primero, lograra el cumplimiento de los contratos y, segundo, brindara beneficios y garantías al contratista, limitando la superioridad de la Administración. Este mecanismo se denominó la teoría del equilibrio económico y financiero, que en 1910, con el fallo del Consejo de Estado francés, en el asunto “Cie. française des tramways”, bajo el marco de un contrato de concesión, expresó:

---

46 Rodríguez Rodríguez, Libardo, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, Temis, Bogotá, 2009, p. 16.

Es de la esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y el realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas, las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada la honesta equivalencia, entre lo que se concede al concesionario y lo que se exige. Es lo que se llama equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato.<sup>47</sup>

Por consiguiente, el contratista no tenía que asumir los riesgos y las pérdidas, sino que bajo una “*honesta equivalencia*”, se debía mirar los gastos del contratista y lo que estaba solicitando; es decir, ya era posible dentro de la ejecución de un contrato una compensación por ciertas circunstancias, logrando, así como lo dice el fallo, una equivalencia entre las ventajas y las obligaciones impuestas.

La jurisprudencia francesa evolucionó hasta dejar atrás el principio de riesgo y ventura, e incluir en los contratos estatales el principio del equilibrio económico y financiero, tratando de garantizar una equivalencia en las prestaciones y condiciones económicas entre las partes, transfiriendo la titularidad del riesgo imprevisible del contratista a la Administración representada en las entidades estatales, como principales beneficiarios de la ejecución del contrato y su cumplimiento, pues es la persona jurídica pública a quien le interesa que ese contrato se cumpla y, por lo tanto, la responsabilidad patrimonial recae en la Administración, no en el contratista.<sup>48</sup>

Finalmente, el contrato estatal al introducirse el principio del equilibrio económico y financiero, pasa de ser un contrato rígido e inalterable a un contrato flexible, que responde a las necesidades de las partes durante la ejecución del mismo, con el fin de garantizar el interés general

## 4.2. Antecedentes del equilibrio económico y financiero o ecuación contractual en Colombia como principio esencial de la contratación estatal

En Colombia el equilibrio económico y financiero es una materia reciente, pues en principio la contratación estatal se encontraba regulada por el derecho privado,

---

47 Long, Marceau, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, París, 2005, p. 132-138.

48 Escobar Gil, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*, Legis, Bogotá, 2003, p. 416.

entonces eran contratos privados celebrados por entidades públicas, regidos bajo los principios de *Lex contractus* y *pacta sunt servanda*, igual de lo que sucedió en el derecho francés, por lo que las condiciones y las prestaciones pactadas en la celebración del mismo eran inmodificables y en ese sentido el precio acordado, sin importar las situaciones que se presentaran durante la ejecución del contrato, era poco probable que fuera sujeto a modificaciones, por lo tanto era prácticamente imposible su revisión, teniendo como soporte el principio de riesgo y ventura previamente explicado.

Pero es en la década de los sesenta cuando se empieza a hablar del principio del equilibrio económico y financiero como una forma idónea de responder a la devaluación de la moneda,<sup>49</sup> pues al ser prácticamente imposible la modificación del precio y las condiciones del contrato ante situaciones adversas (imprevisibles y previsibles) generaba en el contratista sobrecostos que no podía pagar y, por lo tanto, la ejecución del contrato también se veía afectada.

La primera ley que permite ajustar el precio pactado es la Ley 4 de 1964, en que se establecía que el precio unitario de los contratos de obra podía ser modificado o sometido a revisión si alguno de los factores determinantes del precio cambiaba. Luego la Ley 36 de 1966 introdujo la figura de los contratos adicionales y en el artículo 4 decía: “cuando por reajuste de precios, cambio de especificaciones y otras causas imprevistas haya necesidad de modificar el valor o el plazo el gobierno, las demás entidades celebraran el contrato adicional”, entonces se ve cómo ante ciertas circunstancias (aleas anormales e imprevistos), ya se permitía modificar el precio del contrato inicialmente pactado, al igual que el plazo, por medio de la realización de un contrato adicional, por lo que se garantizaba la equivalencia de las prestaciones de las partes contratantes. De este modo ya no era solo la Administración representada en las entidades estatales quien recibía beneficios por la ejecución del contrato, como en un principio se pensaba, sino también el contratista, pues al poder modificar el valor pactado, este no ejecutaba el contrato bajo un riesgo de pérdidas, sino que podía obtener verdaderas utilidades, al poder modificar o reajustar los precios y el plazo por medio de un contrato adicional.

---

49 Escobar Gil, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*, Legis, Bogotá, 2003, p. 417.

A raíz de la Ley 36 de 1966, el Consejo de Estado empezó a tomar una postura más equitativa para las partes contratantes, es así que en 1972 la Sala de Consulta y Servicio Civil rindió un concepto en el que aceptaba al equilibrio económico como un elemento del contrato estatal, concediendo prerrogativas no solo a la Administración sino también al contratista, así:

El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si una de las partes afirma la existencia en favor de la Administración de prerrogativas exorbitantes de derecho común en los contratos, de otra reconoce el derecho del cocontratante de respeto del equilibrio económico y financiero considerado en el contrato, En este equilibrio en el que se expresa la existencia del contrato.<sup>50</sup>

Teniendo como base el uso de las prerrogativas exorbitantes, o lo que actualmente se llama cláusulas excepcionales, puesto que, si la Administración y en si una entidad estatal hacía uso de ellas, se podía generar un rompimiento de las prestaciones y condiciones económicas al contratista y, en ese sentido, como a la parte contratante se le daban dichas facultades, al contratista también se le empezaban a reconocer unas garantías de que se mantendría una equivalencia en las cargas prestacionales, es decir el equilibrio económico entre las partes contratantes.

Luego el Decreto 150 de 1976, considerado uno de los primeros estatutos contractuales de la Administración Pública,<sup>51</sup> estableció para el contrato de obra la posibilidad de revisión y por lo tanto de modificación del valor previamente pactado, pero únicamente por aquellos factores determinantes de las obras, es decir, solo el precio podría ser modificado por hechos previsibles, o el alea normal del contrato, y no por hechos imprevisibles, o el alea anormal, como lo hacía la norma anterior, colocando así un límite a ese avance que venía teniendo la legislación colombiana en cuanto al equilibrio económico y financiero, pues normalmente en el precio pactado al momento de celebrarse el contrato se debe incluir el valor de los riesgos previsibles. El problema radica en determinar qué hacer cuando se presenta durante la ejecución del contrato una circunstancia no prevista dentro del mismo.

---

50 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Rad. 561 de 1972, Anales del Consejo de Estado n° 433-434, primer trimestre de 1972, p. 25.

51 Rodríguez Rodríguez, Libardo, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, Temis, Bogotá, 2009, p. 19.

Posteriormente la Ley 19 de 1982, en los artículos 6 y 8 consagró nuevamente la posibilidad de reconocerle al contratista otros costos que surgieran de la modificación unilateral y la indemnización de los perjuicios por la terminación unilateral del contrato, como cláusulas exorbitantes (modificación y terminación) permitidas antes y ahora únicamente a la Administración representada en las entidades estatales.

Pero es en el Decreto Ley 222 de 1983 (Estatuto de Contratación Pública) expedido por facultades extraordinarias dadas al Presidente de la República en la Ley 19 de 1982, en que se desarrolló el equilibrio económico y financiero de una forma mucho más clara, como un mecanismo para lograr una mayor equivalencia entre las partes en aquellos contratos regulados por dicho estatuto (contratos administrativos).

En dicho decreto se presentó “un conjunto de técnicas jurídicas consagradas a lo largo de la evolución legislativa para preservar el equilibrio económico del contrato”,<sup>52</sup> lo que quiere decir que no existía un artículo dentro del estatuto que se refiriera al equilibrio económico como tal, pero estaba presente a lo largo del articulado en diferentes situaciones, evidenciando la importancia que se le daba a dicho mecanismo; a modo de ejemplo se encuentran los siguientes artículos:

1. Artículo 19: Establecía la cláusula exorbitante de terminación unilateral y decía que por razones de orden público o coyunturas económicas críticas la entidad estatal podía terminar unilateralmente el contrato, pero “en el momento de la liquidación se deberá tomar en cuenta el estimativo del valor compensatorio”, es decir que ante la terminación por parte de la entidad contratante surgía la obligación de una indemnización compensatoria (lucro cesante) para el contratista, si el mismo resultaba afectado.
2. Artículo 20: Mencionaba la cláusula exorbitante de modificación unilateral, y decía que por razones de interés público se podía modificar el contrato, pero guardando ciertas condiciones para no perjudicar al contratista; todas relacionadas con el equilibrio económico y financiero, así: “Deben mantenerse las condiciones técnicas para la ejecución del contrato, Deben respetarse las ventajas económicas que se hayan otorgado al contratista, Deben guardarse el equilibrio financiero del contrato, para ambas partes, Deben reconocerse al

---

52 Escobar Gil, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*, Legis, Bogotá, 2003, p. 420.

contratista los nuevos costos provenientes de la modificación". Así, se le daba la facultad de modificación a la entidad pública contratante, pero a la vez se le brindaba garantías al contratista de que las condiciones para él no iban a cambiar y que se reconocerían los sobrecostos que generara la modificación.

3. Artículo 58: Siguiendo la misma línea de las legislaciones anteriores, hacía referencia a los contratos adicionales como la forma que tenían las partes contratantes para modificar el precio o el plazo del contrato, una vez ya se hubiera celebrado. Permitía reconocerle al contratista ante circunstancias adversas los sobrecostos que podían surgir durante la ejecución del contrato, pues aunque en el Decreto 222 no desarrollaba las figuras de sujeciones materiales imprevistas, la teoría de la imprevisión entre otras, como causales del rompimiento del equilibrio económico, sí existía una forma de reconocer aquellas compensaciones por diferentes clases de situaciones que surgieran en el contrato y que generaran costos adicionales para el contratista.<sup>53</sup>
4. Artículo 86: Hablaba de la revisión de los contratos, en el sentido de que en aquellos contratos celebrados ya fuera a precio global o a unitario se podían pactar revisiones periódicas de acuerdo a las situaciones que pudieran surgir y afectar el costo de los contratos.

Además de estar presente en diferentes artículos del Estatuto, se comenzó a evidenciar cómo el equilibrio económico y financiero ya no se limitaba a los contratos de obra pública o de concesión, sino que se extendía a toda clase de contratos de tracto sucesivo.<sup>54</sup> En esta medida, el Consejo de Estado empezó a reconocer con más frecuencia el derecho del contratista a que las condiciones y las prestaciones económicas del contrato debían mantenerse hasta su terminación, es decir, el equilibrio económico, y, ante circunstancias que modificaran las condiciones y las prestaciones previamente pactadas, la posibilidad de que surgiera una indemnización o compensación a favor de la parte afectada.<sup>55</sup>

---

53 Esguerra, Sauria, *Régimen legal del contrato de obra pública en contratos administrativos. Nuevo régimen legal*, Cámara de comercio de Bogotá, Bogotá, 1984. p. 199.

54 Rodríguez, Gustavo Humberto, *Contratos administrativos*, Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1988, p. 86.

55 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Exp. 1.677 de 1986.

Finalmente, la Ley 80 de 1993 (Estatuto de Contratación de la Administración Pública) siguiendo el mandato constitucional, consolida el equilibrio económico y financiero en los contratos estatales como principio en el artículo 27 y garantiza la equivalencia de las prestaciones y las condiciones económicas entre las partes contratantes a lo largo de su articulado, teniendo más situaciones fácticas que generan la aplicación del principio.

### 4.3. Principio del equilibrio económico y financiero en la Ley 80 de 1993 y su aplicación

El Estatuto de Contratación Pública actual en Colombia (Ley 80 de 1993) introduce el principio del equilibrio económico y financiero (ecuación contractual) en términos generales como una figura que permite garantizar una equivalencia en las condiciones y prestaciones económicas de las partes contratantes en el contrato estatal, desde la celebración y perfeccionamiento hasta la terminación, y que, ante ciertas circunstancias que rompan la equivalencia respecto a las condiciones y las prestaciones económicas, se pueda volver a restablecer el equilibrio quebrantado.

Este principio es aplicable a aquellos contratos regulados por la Ley 80, por el hecho de que es la única que se encarga de regularlo, entonces aquellos contratos que son realizados por entidades que se encuentran exceptuadas del Estatuto de Contratación Pública y que se rigen ya no por la norma especial (Ley 80 de 1993) sino por el derecho civil, comercial o, en algunos casos, alguna otra ley y los contratos propiamente privados, el equilibrio económico y financiero no es aplicable, pues para esa clase de contratos, es decir los exceptuados y también los contratos privados, se desarrolla una figura diferente, haciendo la salvedad de que es muy excepcional: la cláusula de *rebus sic stantibus*, como una cláusula de revisión del contrato ante hechos imprevistos<sup>56</sup> (aunque esta posición podría tener alguna limitante, en el entendido de que, por más de que no se aplique el Estatuto de Contratación Pública, los principios de la contratación estatal no pueden ser desconocidos, por tratarse de procedimiento administrativo regido por los mismos).

---

56 Dávila Vinuesa, Luis Guillermo, *Régimen jurídico de contratación estatal*. 3ª. ed., Legis, Bogotá, 2016., p. 690.

El equilibrio económico en la Ley 80 de 1993 se encuentra presente en diferentes artículos, pero es concretado como principio en el artículo 27; textualmente dice:

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

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

Entonces, la consagración que del principio hace la norma se encuentra compuesta por dos partes, la primera consiste en que se debe mantener la igualdad de los derechos y obligaciones de las partes previamente pactadas, durante la ejecución del contrato. La segunda estriba en que, si la igualdad o equivalencia se rompe, ya sea por un hecho externo al contrato o por un hecho atribuible a alguna de las partes del mismo, se debe restablecer adoptando las medidas necesarias o suficientes, teniendo en cuenta que no toda situación puede generar el rompimiento del equilibrio económico, sino que se necesita de ciertas condiciones.

El Consejo de Estado, por su parte, ha dicho:

[...] el contrato estatal debe colmar las expectativas de uno y otro cocontratante, para lo cual se ha previsto la conservación de la ecuación financiera...

[...]

Se pretende que las prestaciones correlativas a cargo de cada parte del contrato permanezcan durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de este cada una de ellas alcance la finalidad esperada.

[...]

Y ante la alteración de las condiciones en perjuicio de una de las partes contratantes a consecuencia de hechos no imputables, surge el deber de reparar la ecuación financiera.<sup>57</sup>

---

57 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Exp. 07391 de 2004.

Como se puede observar en los mismos términos antes indicados, lo que se busca es que las prestaciones y las condiciones pactadas entre las partes permanezcan iguales durante la ejecución del contrato hasta su terminación y, en caso de que se alteren las condiciones o prestaciones del mismo y se genere un quebrantamiento del equilibrio económico, este se restablezca y, por lo tanto, las condiciones y prestaciones alteradas se recuperen, siempre y cuando quien exija el restablecimiento no sea el causante de la alteración o quebrantamiento de la equivalencia, pues sería ilógico que la parte que es responsable del rompimiento del equilibrio contractual reciba alguna clase de beneficio, aprovechándose de su propia falta.

Otro punto importante consiste en que, al presentarse el equilibrio económico y financiero como un principio, toda la normatividad presente sobre contratación estatal debe mirarse de acuerdo a los parámetros del mismo, como lo enuncia el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 que dice: “En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”. Así, en todo el procedimiento contractual se debe tener en cuenta el equilibrio económico entre las partes como el principio que es, además de que, al presentarse como una norma, no es optativa sino de carácter obligatorio, por lo que en lo acordado por las partes dentro del contrato estatal, así pacten o no el equilibrio económico contractual, este siempre debe estar presente.<sup>58</sup> Y al estar siempre presente en el campo del equilibrio económico y financiero en los contratos estatales surgen unos deberes por parte de la entidad estatal para garantizarlo, entre los cuales, de acuerdo al artículo 4 del Estatuto, se encuentran los siguientes:

Artículo 4. De los derechos y deberes de las entidades estatales.

[...]

No. 8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos

---

58 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Exp. 11.632 de 1994.

de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

No. 9o. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.

Por ello siempre se deberá garantizar la inalterabilidad de las condiciones dentro de los contratos utilizando mecanismos como la revisión del contrato o su corrección, como primera medida, y, como segunda medida, en caso de que esas condiciones se alteren y se generen sobrecostos por hechos externos, se solucione rápidamente el problema generado a través de los mecanismos previstos en la ley para ello, como puede ser la modificación del contrato, por ejemplo.

Ahora, si bien el Estatuto establece el principio general del equilibrio económico y financiero o la ecuación contractual en los artículos 4 y 27 como una innovación que el Decreto 222 de 1983 no tenía, y se garantiza su aplicación y cumplimiento en toda clase de contratos regulados por la Ley 80, según lo previsto en el artículo 28, no se ha mencionado cuáles son los mecanismos necesarios o suficientes para restablecer el equilibrio quebrantado, a pesar de que los artículos 5 y 14 sí los prevén, incluyendo las formas de indemnización y compensación de la siguiente forma:

Artículo 5. De los derechos y deberes del contratista.

No. 1º. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

Sin embargo, es preciso indicar desde ya que, cuando se haya quebrantado el equilibrio económico por diferentes situaciones (hechos imprevistos) externas a cualquiera de las partes contratantes, la forma de restaurar lo que el artículo denomina la ecuación económica es llegando al punto de no pérdida, o lo que se podría

llamar compensación. Pero, si dicho quebrantamiento se genera por causa de la entidad estatal contratante, el restablecimiento se da por medio de la indemnización, pues se debe reparar el daño desde el momento en que nació el contrato, incluyendo no solo el daño emergente (las afectaciones), sino también el lucro cesante (lo que se dejó de percibir); mecanismos que en los capítulos posteriores se explicarán con mayor detenimiento, pues no es muy clara la distinción de cuándo opera la indemnización y en qué eventos la compensación, es decir, en cuáles momentos se aplica una u otra en la práctica.

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en dicho sentido expresa:

Artículo 14. [...]En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Aquí ya se toma una causal más específica y es que si por el uso de alguna cláusula excepcional por parte de la entidad estatal contratante se genera un rompimiento del equilibrio económico en el contrato, los mecanismos utilizados para restablecerlo son las indemnizaciones o compensaciones, dependiendo de la situación.

Así, se ve cómo en la legislación colombiana el equilibrio económico y financiero está desarrollado como un principio aplicable a todos los contratos regulados por la Ley 80 de 1993 y debe estar presente en todo el procedimiento de contratación, incluyendo el proceso de selección, celebración, ejecución y la terminación del contrato. Además, prevé mecanismos para lograr el restablecimiento del equilibrio económico cuando se ha roto por diferentes circunstancias (los cuales no son muy claros al momento de aplicarse pues no se tiene una diferenciación en qué casos se debe indemnizar y en qué eventos, compensar. Posteriormente se analizará este punto).

Pero hay un asunto de especial importancia: no toda circunstancia genera el rompimiento del equilibrio económico del contrato y, por lo tanto, su reparación o restablecimiento, sino que se necesitan ciertas condiciones para que el equilibrio del que se ha venido hablando pueda considerarse alterado o quebrantado, pues no toda circunstancia es lo suficientemente gravosa como para alterar las condiciones económicas y prestaciones del contrato y, al no alterarse el equilibrio, no se rompe y debido a ello no se ve necesario su restablecimiento.

#### 4.4. Elementos esenciales del rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato estatal

Como se mencionó, no toda circunstancia puede causar el rompimiento del equilibrio económico y financiero, sino que se necesitan de ciertas condiciones para que la alteración en el negocio jurídico se configure como un quebrantamiento del equilibrio económico o de la ecuación contractual en términos generales y, por lo tanto, la parte del contrato afectada sea merecedora del respectivo restablecimiento.

Teniendo en cuenta que en el Estatuto de Contratación Pública existen unas situaciones específicas que pueden generar el rompimiento del equilibrio económico, como, por ejemplo, el uso de las cláusulas excepcionales, hecho del príncipe, sujeciones materiales imprevistas, caso fortuito, fuerza mayor, entre otras, es preciso analizar en este punto las condiciones generales que causan el quebrantamiento del equilibrio económico o la ecuación contractual, las cuales deben presentarse una a una para que se configure dicho quebrantamiento. Estas son:

##### 4.4.1. Alea anormal del contrato

El alea anormal “es el acontecimiento que excede o que frustra todos los cálculos que las partes pudieren hacer al momento de formalizar el contrato”,<sup>59</sup> entonces, si bien en todo acuerdo se pueden prever y asumir unos riesgos que son los que se denominan alea normal o riesgos previsibles del contrato y son “aquellos que se deben tomar en consideración al momento de celebrar el contrato y que debieron ser previstos al momento de contratar y por esa razón deben incluirse en los cálculos”,<sup>60</sup> hay unos riesgos que son los imprevisibles, que no se pueden calcular o incluir dentro del precio pactado y no es porque sean inimaginables o sea impensable que puedan llegar a ocurrir, sino porque es muy difícil al momento de celebrar el contrato calcular el valor o el costo de esa clase de situaciones, eso quiere decir que la distribución del riesgo entre las partes contratantes se vuelve imposible, lo único que se puede hacer es asumir un porcentaje del riesgo, pero no su totalidad.

---

59 Marinhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo III *Contratos administrativos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 524.

60 Dávila Vinuesa, Luis Guillermo, *Régimen jurídico de contratación estatal*. 3ª. ed., Legis, Bogotá, 2016., p. 700.

En el alea anormal existen diferentes clases de riesgos, unos sobre los que, siendo imprevistos, se puede hacer una estimación muy general, sin ninguna clase de cálculos porque se desprenden de la actividad que se va realizar, como, por ejemplo, en el contrato de obra de un puente la variación del valor del cemento durante su construcción, y otros de los que realmente no puede estimarse o calcularse ninguna clase de costo o precio porque son circunstancias que, al ocurrir, no puede cuantificarse el valor de la afectación; como, tomando el mismo ejemplo del contrato de obra de un puente, si durante la ejecución del contrato ocurre una inundación que genera graves afectaciones estructurales, o en el caso de que la entidad estatal decide terminar unilateralmente el contrato cuando el contratista ya ha hecho una inversión en la obra. En esta clase de hechos es donde se ubica el equilibrio económico, ya que en el caso que sucedan y generen graves afectaciones normalmente al contratista (teniendo en cuenta que la entidad pública también puede ser la parte afectada) no se tiene un valor con el cual responder, ya que en ningún momento se previó y mucho menos se estimó un costo correspondiente, entonces, como las condiciones y las prestaciones económicas se ven afectadas y no se tiene con qué responder, claramente se genera el desequilibrio económico.

En este sentido ha dicho el Consejo de Estado:

Reitérese entonces, que la ejecución de todo contrato implica riesgos profesionales y económicos para el contratista, que está sujeto a circunstancias materiales adversas. Son los riesgos normales, aleas ordinarias y circunstancias desfavorables, que razonablemente el contratista debió tomar en consideración al momento de proponer para la celebración del contrato y que debieron ser previstas en el momento de contratar y por tanto al estar incluidas en sus cálculos debe soportar esas circunstancias.<sup>61</sup>

Por ello el alea normal ya es un riesgo que debió preverse y que la parte afectada debe asumir, situación muy diferente en el alea anormal, o riesgo imprevisible, donde nunca se previó y, por lo tanto, la parte afectada no puede asumirlo.

---

61 Laudo arbitral del 22 de noviembre de 1985, Construcciones Domus Ltda. contra la Caja de Retiro de la Policía Nacional (CASUR), citado en Sentencia de Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 20 864 del 12 de marzo de 2014, M.P.: Hernán Andrade Rincón.

#### 4.4.2. Circunstancias que no se encuentren presentes en el pliego de condiciones

En relación con la anterior condición, todos aquellos riesgos presentados en el pliego de condiciones, en el acápite que la Ley 1150 de 2007 en el artículo 4 puso como obligatorios bajo el nombre de “riesgos previsibles”, no rompen la ecuación contractual o el equilibrio económico, pues dichas circunstancias se encuentran estimadas y calculadas en el pliego<sup>62</sup> y, al asumir alguna de las partes el riesgo o tener el valor correspondiente con que responder ante la ocurrencia de las mismas, no da lugar al rompimiento del equilibrio económico contractual y, por lo tanto, simplemente se aplica lo acordado en el contrato.

#### 4.4.3. Se debe generar una alteración económica grave en el contrato

Quiere decir que, además de ser un hecho imprevisto, o que la situación que se genera debe pertenecer al alea o riesgo anormal del contrato, esta debe causar una grave afectación económica. Es decir, el hecho imprevisto tiene que ser lo suficientemente gravoso como para afectar la ecuación del contrato,<sup>63</sup> pues si, por ejemplo, en la construcción de un edificio se abrió una pared por un temblor, sin deberse a ninguna clase de falla estructural, los costos serían mínimos y no daría lugar al rompimiento del equilibrio del contrato y mucho menos a su restablecimiento.

En este sentido, el equilibrio económico y su quebrantamiento no se puede limitar a la pérdida de un beneficio o utilidad por alguna de las partes por la ejecución normal del contrato, sino que el hecho imprevisto debe ser lo suficientemente gravoso económicamente como para generar sobrecostos que podrían llegar hasta el punto del incumpliendo del contrato o a poner en peligro su ejecución.

El Consejo de Estado ha dicho que para que exista un rompimiento del equilibrio económico “se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida por las partes al celebrar el contrato”.<sup>64</sup> Llegando a la misma conclusión, la ecuación

---

62 Dávila Vinuesa, Luis Guillermo, *Régimen jurídico de contratación estatal*. 3ª. ed., Legis, Bogotá, 2016., p. 705.

63 Rodríguez Rodríguez, Libardo, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, Temis, Bogotá, 2009, p. 27.

64 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Exp. 20864 del 12 de marzo de 2014, M.P.: Hernán Andrade Rincón.

económica del contrato se ve afectada únicamente cuando los hechos que generan la alteración repercuten gravemente en la equivalencia de derechos y obligaciones entre las partes co-contratantes.

#### 4.4.4. Hechos posteriores a la celebración del contrato

El quebrantamiento del equilibrio económico en el contrato se genera por situaciones posteriores a su celebración, ya que, si la ocurrencia de los hechos que causaron el desequilibrio fuera antes de la celebración del contrato, las partes podían prever el costo e incluirlo dentro del valor del mismo, o distribuir el riesgo, es decir, que sea asumido por alguna de las partes contratantes.<sup>65</sup>

#### 4.4.5. El quebrantamiento del equilibrio económico debe darse por circunstancias no atribuibles a la parte que solicita el restablecimiento

Las partes dentro del contrato estatal en su ejecución en todo momento pueden causar alteraciones de las condiciones y las prestaciones económicas del contrato, la entidad pública contratante, cuando hace uso de las cláusulas excepcionales, o cuando, ejerciendo su facultad de autoridad, indirectamente afecta la ejecución del contrato sin actuar como parte (hecho del príncipe) y el contratista cuando incumple el contrato, ya sea porque no usa los materiales acordados, no cumple el contrato en el plazo establecido o se realizan diseños de obras que son de imposible realización, etc. Pero el punto radica en que, independientemente de cuál sea la parte afectada y cuál haya generado la alteración de las condiciones y prestaciones económicas, quien puede exigir el restablecimiento del equilibrio económico por una circunstancia que quebrantó la economía del contrato es quien no tenga ninguna clase de responsabilidad en la alteración, ya sea porque el hecho o la actuación es atribuible a la otra parte contratante o porque es un hecho externo no atribuible a ninguna de las partes, pues sería ilógico que una parte fuera beneficiada por su propia falta.

---

65 Rodríguez Rodríguez, Libardo, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, Temis, Bogotá, 2009, p. 28.

#### 4.5. Casuales establecidas en la Ley 80 de 1993, como generadoras del rompimiento del equilibrio económico y financiero en los contratos estatales

Así como existen unas condiciones generales que deben estar presentes para configurarse el rompimiento del equilibrio económico en un contrato estatal, también existen unos supuestos fácticos específicos que causan la alteración de la ecuación y por lo tanto probablemente el rompimiento del equilibrio al que he venido refiriéndome; la diferencia consiste en que las condiciones generales deben estar presentes una a una para que se configure la alteración o rompimiento del equilibrio, pero solo se necesita de una causal específica para que pueda generarse el quebrantamiento del equilibrio económico.

Estas causales han sido expuestas en su mayoría por la doctrina y de alguna manera por el Estatuto de Contratación Pública, y básicamente son las siguientes: hecho del príncipe, cláusulas excepcionales, incumplimiento, teoría de la imprevisión, caso fortuito, fuerza mayor y sujeciones materiales imprevistas, a su vez el Consejo de Estado les ha dado la siguiente clasificación:

[...] el equilibrio económico del contrato puede verse alterado por diversas circunstancias, a saber: *i)* actos o hechos de la entidad estatal contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo —*ius variandi*—, sean éstas abusivas o no; *ii)* actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato; y *iii)* factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él.<sup>66</sup>

Así, se dividen en circunstancias atribuibles a alguna de las partes y circunstancias externas no atribuibles a las partes contratantes, pero unas y otras, en el caso en que se presenten, pueden llegar a romper el equilibrio económico del contrato dependiendo la gravedad de la alteración económica y en ese sentido afectar

66 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Exp. 24996 del 13 de febrero de 2013, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

la igualdad entre las partes contratantes, pues cualquiera de dichos actos o hechos tienen un impacto en las condiciones económicas y prestaciones, que puede afectar al contratante o al contratista como normalmente ocurre.

Los hechos externos a las partes contratantes son la teoría de la imprevisión, caso fortuito, fuerza mayor y sujeciones materiales imprevistas. Los actos atribuibles a alguna de las partes son, a su vez, el incumplimiento, hecho del príncipe y las cláusulas excepcionales; estos tienen un aspecto en común y es que cada circunstancia mencionada genera afectaciones en la economía del contrato, como ya se mencionó, y a su vez se diferencian en que los hechos externos, como su mismo nombre lo dice son situaciones adversas que se presentan durante la ejecución del contrato, que ninguna de las partes puede prever y por lo tanto tampoco causar. Los actos atribuibles a alguna de las partes contratantes son circunstancias que ya no son exógenas, sino que alguno de los co-contratantes, ya sea en su posición de parte o como autoridad, realiza un acto que afecta notablemente las condiciones económicas y prestaciones del contrato y en consecuencia a la otra parte contratante.

Cuando dichas circunstancias se materializan y son lo suficientemente graves como para generar un quebrantamiento de la equivalencia en las condiciones y prestaciones económicas, el principio del equilibrio económico y financiero en el Estatuto de Contratación Pública ofrece unas formas que buscan reparar a la parte afectada cuando se ha presentado un rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato: la compensación y la indemnización, las cuales se aplican dependiendo del hecho o el acto que generó la alteración económica y de la gravedad de dicha alteración, es decir, hasta qué punto fue la afectación de la parte que solicita la reparación.

Sucede realmente que muchas veces se presta para confusiones la forma de reparación que se debe aplicar para las diferentes circunstancias, en qué eventos se habla de compensación y en qué otros de indemnización, por lo que muchas veces no se logra una reparación integral de los perjuicios causados en la ejecución del contrato por alguna de las causales ya mencionadas.

## 5. EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO CUANDO HA SIDO QUEBRANTADO: LA LUCHA ENTRE LA COMPENSACIÓN Y LA INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS

El artículo 27 de la Ley 80 de 1993 enuncia que cuando se quebrante la ecuación financiera y por lo tanto se rompa la igualdad entre las partes en el contrato se deberán tomar las medidas necesarias para el restablecimiento, sin mencionar qué mecanismos pueden utilizar las partes en los eventos en que se materializa dicha situación. Sin embargo, el artículo 5 del Estatuto de Contratación Pública se encarga de llenar ese vacío y hace referencia a la compensación y la indemnización como formas idóneas de restablecer el quebrantamiento de la equivalencia económica en el negocio jurídico (contrato estatal) y lo menciona en su numeral 1º de la siguiente forma:

Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato [...].

Por ello podría pensarse, en principio, que cuando la causal de alteración de las condiciones económicas o el quebrantamiento al cual me he venido refiriendo es externo a alguna de las partes contratantes, por ejemplo, caso fortuito, fuerza mayor, sujeciones materiales imprevistas, y en sí situaciones imprevistas que son exógenas a las partes, la reparación adecuada es la compensación o, como el artículo lo describe, “se reparará económicamente hasta el punto de no pérdida”. Pero si la causal de rompimiento del equilibrio se atribuye a alguna de las partes contratantes, como el hecho del príncipe o el uso de las cláusulas excepcionales, la reparación adecuada es la indemnización, es decir, que se restablecerá económicamente a la parte afectada desde el nacimiento del contrato, lo que se denomina indemnización integral. Entonces, para hechos externos se utilizaría compensación y para hechos atribuibles a alguna de las partes contratantes, indemnización integral. Pero si nos remitimos al artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que se encarga de tratar las cláusulas excepcionales,

entendiéndolas como una causal del rompimiento del equilibrio económico en la que la única parte que puede generar la alteración de las condiciones económicas es la entidad estatal por ser la autorizada por la ley para ejercer este tipo de facultades, menciona indistintamente que la parte afectada tendrá derecho a las compensaciones e indemnizaciones necesarias para lograr el restablecimiento, así “En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial [...]”.

Es decir que en el caso de las cláusulas excepcionales no hay claridad respecto a la aplicación de las formas de restablecimiento, pues, mientras el artículo 5 hace una clara diferenciación de cuándo aplicar la compensación y cuándo la indemnización (en el caso de incumplimiento), el artículo 14 dice que se aplicarán las compensaciones e indemnizaciones sin hacer diferencia alguna respecto a cuál mecanismo tiene derecho la parte afectada cuando se configure un quebrantamiento de la ecuación financiera como consecuencia de la utilización de una cláusula o facultad excepcional.

Este es el problema, pues el equilibrio económico es un principio que pretende garantizar la equivalencia de las condiciones económicas y prestaciones en la ejecución del contrato, que busca nivelar la balanza, es decir, garantiza la igualdad de las partes, ya que, si las entidades públicas por su posición y por las prerrogativas que la misma ley les otorga se consideran superiores al contratista particular, con el principio de la ecuación financiera o equilibrio económico se trata de igualar los papeles, pues se le dan garantías al contratista, (aunque en teoría es a ambas partes) que si se llega a romper la ecuación económica se debe restablecer; la cuestión es que en algunos casos, por no existir claridad de cómo restablecer, la igualdad se puede ver afectada.

De todas formas, con fundamento en las regulaciones previstas en el Estatuto de Contratación Pública, es preciso afirmar que se puede dar claridad a la incertidumbre de cómo restablecer el equilibrio económico del contrato, indicando que, aunque se pueden presentar particularidades dependiendo de las causas específicas del rompimiento, como sería el caso de que si se trata de un incumplimiento del contrato, el restablecimiento debe ser integral (según lo previsto en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993), es decir, indemnizando plenamente, pero si es un evento de la

teoría de la imprevisión, por ejemplo, solo operaría la compensación. Considero que se puede adoptar una regla general en el siguiente sentido: si el rompimiento se presenta por causas externas a las partes del contrato operará la compensación, por el contrario, si ocurre por circunstancias atribuibles a quienes intervienen en el mismo, operará la indemnización.

Dicha argumentación puede ser sustentada desde dos criterios, el primero, con fundamento en un concepto subjetivo de quien origina el rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, que, si se trata de una de las partes, al generar alteraciones económicas en el mismo de una u otra manera puede estar actuando irregularmente, es decir, alejada de un buen servicio público, por circunstancias de indebida planeación, por ejemplo, que dan lugar a la obligación de reparar en el contrato, en el sentido de garantizar los derechos económicos del contratista para una adecuada ejecución, en prevención y protección del servicio público. El segundo, a través de un criterio objetivo, concretado en la causa del rompimiento del equilibrio económico, es decir, el contenido del mismo, respondiendo a la pregunta que genere el rompimiento, lo cual se puede identificar con los actos que dan lugar a la alteración de la ecuación contractual y en esta medida, si se trata de un acto referido al contrato, como sería el incumplimiento o el uso de potestades excepcionales, el restablecimiento deberá ser a través de una indemnización plena. Pero si se trata de un acto extraño al acuerdo contractual, en el evento de una fuerza mayor o un caso fortuito, se tendrá que compensar para restablecer el equilibrio económico y financiero.

## 6. CONCLUSIONES

1. Los contratos públicos constituyen un mecanismo de actuación de la Administración a través de los cuales se busca la colaboración de los particulares para el cumplimiento de los fines previstos en la Constitución.
2. Dichos contratos están asistidos de regulaciones de carácter especial previstas en el Estatuto de Contratación Pública, que fundamentalmente involucra principios, en el sentido de postulados generales que determinan el procedimiento de contratación, dentro de los cuales se incluye el del equilibrio económico y financiero del contrato.
3. De igual manera, los contratos estatales incluyen principios más amplios que son aplicables en diferentes materias, como es el caso de la igualdad, que, además de ser un principio de orden constitucional, es un elemento fundamental en la teoría de los contratos, procurando que las partes que intervienen en el mismo se encuentren en igualdad de condiciones, en la medida en que en cualquier caso se trata de un acuerdo de voluntades, sea un contrato público o privado.
4. Implica lo dicho, que los contratos del Estado presentan una relación especial entre el acuerdo de voluntades de las partes y la necesidad de mantener el equilibrio económico y financiero como una expresión de la igualdad que debe asistir entre quienes participan en dichos contratos.
5. Significa, que las condiciones económicas y financieras surgidas al momento del nacimiento del contrato deben mantenerse durante la ejecución del mismo, como manifestación de la igualdad y el acuerdo de voluntades entre las partes.
6. En ocasiones el equilibrio económico y financiero del contrato se rompe por diversas circunstancias, las cuales pueden ser causas extrañas a las partes, por ejemplo, un caso fortuito, fuerza mayor, etc. o imputables a las mismas, como es el caso del ejercicio de las potestades excepcionales por parte de la entidad pública, hecho del príncipe, o similares, haciendo en cualquiera de dichas circunstancias más onerosa la ejecución del contrato, afectando la economía del mismo y poniendo en peligro su ejecución, y a su vez la prestación del servicio público.

7. Por tal razón, es necesario restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato que se ha roto por causas que la jurisprudencia y la ley han previsto, para mantener la igualdad de las partes y mantener la ecuación o el equilibrio financiero, pero fundamentalmente para proteger el cumplimiento del contrato y la prestación del servicio público que se busca prestar a través del mismo.
8. Derivada de tal situación, la ley, la doctrina y la jurisprudencia, han buscado mecanismos que permitan un adecuado restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato y, en esa mediada, se ha navegado entre dos instituciones muy interesantes dentro de la teoría de los contratos públicos, como son la compensación o estado de no pérdida y la indemnización integral a la parte perjudicada por el quebrantamiento del equilibrio y financiero del contrato.
9. Pareciera que el Estatuto de Contratación Pública de Colombia hubiera adoptado una regla para su utilización cuando en el numeral primero del artículo 5 establece el derecho de los contratistas de recibir el valor de la remuneración pactada y que el valor intrínseco de la misma no se altere, pero que si se altera, es decir, si se rompe el equilibrio económico del contrato, es obligación de la entidad pública restablecerlo, a través de una compensación, en el sentido de reconocer solamente los mayores valores causados, para que el contratista no pierda en el contrato si se trata de un hecho externo. Pero si es una circunstancia atribuible a alguna de las partes contratantes, el reconocimiento va mucho más allá, hasta el nacimiento del contrato, pues ya no se va únicamente a un estado de no pérdida, sino a lo realmente pactado al momento del nacimiento del contrato.
10. Sin embargo, el artículo 14 numeral primero de la Ley 80 de 1993 es claro en establecer:

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Es decir que tanto la indemnización como la compensación se reconocen sin ninguna distinción en una causal atribuible al Estado por medio de sus entidades, entonces no hay claridad respecto a la aplicación de las formas de restablecimiento.

1. La pregunta es, ¿cuándo opera la compensación y cuándo la indemnización en caso del rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato? Cuestionamiento que podemos resolver indicando que, si bien es cierto que se pueden presentar particularidades dependiendo las causas específicas del rompimiento, como sería el caso de que si se trata de un incumplimiento del contrato el restablecimiento debe ser integral, es decir, indemnizando plenamente, pero, si es un evento de la teoría de la imprevisión, por ejemplo, una sujeción material imprevista, solo operará la compensación. Consideramos que se puede adoptar una regla general en el siguiente sentido: si el rompimiento se presenta por causas externas a las partes del contrato operará la compensación, por el contrario, si ocurre por circunstancias atribuibles a quienes intervienen en el mismo, operará la indemnización.
2. La regla anterior propuesta, se puede sustentar desde dos puntos de vista, el primero, con fundamento en un criterio subjetivo respondiendo a la pregunta quién origina el rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato; pues si se trata de una de las partes, al generar alteraciones económicas en el mismo de una u otra manera puede estar actuando irregularmente, es decir, alejada de buen servicio público, por circunstancias de indebidas planeaciones, por ejemplo, que dan lugar a la obligación de reparar en el contrato, en el sentido de garantizar los derechos económicos del contratista para un adecuada ejecución, en prevención y protección del servicio público.
3. El segundo, a través de un criterio objetivo respondiendo a la pregunta que causa el rompimiento del equilibrio económico, es decir, el contenido del mismo, lo cual se puede identificar con los actos que dan lugar a la alteración de la ecuación contractual y, en esta medida, si se trata de un acto referido al contrato, como sería el incumplimiento, el restablecimiento deberá ser a través de una indemnización plena. Pero si se trata de un acto extraño al acuerdo contractual, en el evento de una fuerza mayor o un caso fortuito, se tendrá que compensar para restablecer el equilibrio económico y financiero.

## REFERENCIAS

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- Ariño Ortiz, Gaspar, *Teoría del equivalente económico*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Sobre principios y reglas*, Doxa, Alicante, 1991.
- Benavides, José Luis, *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- Dávila Vinuesa, Luis Guillermo, *Régimen jurídico de contratación estatal*. 3a. ed., Legis, Bogotá, 2016.
- De Laubadare, André y Gaudement, Yves, *Trate de droit administratif*, LGDJ, París, 2001.
- Escobar Gil, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*, Legis, Bogotá, 2003.
- Esguerra, Sauria, "Régimen Legal del Contrato de Obra Pública". En *Contratos administrativos*. Nuevo Régimen Legal, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1984.
- Expósito Vélez, Juan Carlos, *La configuración del contrato de la Administración Pública en el derecho colombiano y español*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- García de Enterría, Eduardo, *Curso de derecho administrativo*, Tomo II, S.L. Civitas, Madrid, 2015.
- Güechá Medina, Ciro, *Contratos administrativos. Control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación*, Ibáñez, Bogotá, 2015.
- Long, Marceau, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, París, 2005.
- Marinenhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo, tomo III Contratos administrativos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- Matallana Camacho, Ernesto, *Manual de contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- Rico Puerta, Luis Alonso, *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. 9a. ed., Leyer, Bogotá, 2015.
- Rodríguez, Gustavo Humberto, *Contratos Administrativos*, Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1988.
- Rodríguez Rodríguez, Libardo, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, Temis, Bogotá, 2009.

## Jurídicas

- Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1996, M.P.: Silvia López.
- Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 2002, M.P.: Luis Eduardo Montoya Medina.
- Corte Constitucional, Sentencia C-449 de 1992, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia Exp. 15324 de 2007, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.
- Corte Constitucional, Sentencia T432 de 1992, M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez.
- Corte Constitucional, Sentencia D-006 de 1992.
- Corte Constitucional, Sentencia C.178 de 2014, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional, Sentencia C- 300 de 2012, M.P.: María Victoria Calle Correa.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia Exp. 12037 de 2001, M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Rad. 561 de 1972, Anales del Consejo de Estado n° 433-434, primer trimestre de 1972.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Exp. 1.677 de 1986.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Exp. 07391 de 2004
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Exp. 11.632 de 1994.
- Laudo arbitral del 22 de noviembre de 1985, Construcciones Domus Ltda. Contra la Caja de Retiro de la Policía Nacional (CASUR), citado en Sentencia de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 20 864 del 12 de marzo de 2014, M.P.: Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Exp. 20864 del 12 de marzo de 2014, M.P.: Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Exp. 24996 del 13 de febrero de 2013, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Exp 14577 de 29 de mayo de 2003, M.P.: Ricardo Hoyos Duque.
- Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación de la Administración Pública, Artículos: 5, 14, 27 y 28.
- Constitución Política de Colombia, Artículos: 2, 13 y 209.
- Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Artículo 3.
- Código Civil, Artículo 1498.

