

---

# CONCESIONES VIALES. LA INADECUADA DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS, EVENTUAL CAUSA DE CRISIS EN LOS CONTRATOS

*Susana Montes de Echeverri con la colaboración de Patricia Mier Barros*

## I. Introducción

La Constitución Política, las “privatizaciones” y la “participación de los particulares” en la gestión o prestación de los servicios públicos a cargo del Estado

El derecho público colombiano se ha ubicado en la corriente mundial de modernización del Estado, que ha impulsado las grandes reformas administrativas de esta década: “El Constitucionalismo Social”. Esta concepción política del Estado implica la definición como Estado Social de Derecho, la función social de los derechos (principalmente de la propiedad), las facilidades para la expropiación en función social, la teoría de los derechos sociales y los poderes de intervención del Estado en la economía (que no estatización). Así, esta concepción política del Estado, impone al gobierno, la adopción de los principios rectores de una administración eficaz, eficiente, integrada a la vida nacional y consciente de la problemática social que exige soluciones de servicio en los términos de la Carta Política. El Estado, retoma el rol interventor para garantizar “el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes” y “el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos”. (Artículo 334 de la Constitución Política).

Adicionalmente, dicha concepción política del Estado implica, también, la noción de subsidiaridad, esto es, que otorga, en primera instancia, la competencia a la iniciativa particular para acometer las empresas o actividades económicas las cuales sólo serán de competencia del Estado cuando los particulares no las asuman. Consecuencia de esta noción o principio de subsidiaridad es la denominada tesis de las “privatizaciones”, cuyo campo de aplicación es muy amplio, tanto en objetivos como en fines: desandar el camino de las nacionalizaciones, reducir el tamaño del Estado, hacer confianza en el individuo y en sus capacidades, permitir la actuación de los particulares en algunas actividades que antes eran reservadas al Estado, disminución de reglamentaciones y regulaciones estatales, dando mayor libertad de acción

a los particulares en la creación de riqueza, abrir la prestación de servicios públicos al sector privado. Estas diferentes expresiones del nuevo modelo de organización política del Estado, se traducen en fenómenos jurídicos de diversa índole, que en conjunto contribuyen al logro de la finalidad buscada; estos fenómenos, que en el lenguaje parroquial o común pretenden ser identificados entre sí o se utilizan como si fueran sinónimos, tienen connotaciones y efectos jurídicos bien distintos.

Para identificarlos, es preciso, en primer lugar, hacer la clara distinción entre lo que significa "privatizar" y lo que significa "participar": este último vocablo tiene o comprende, a su vez, dos acepciones claras y definida: la primera, supone el ejercicio de derechos constitucionales en defensa no tanto de derechos subjetivos sino de derechos colectivos y difusos y de los llamados derechos legítimos, participación democrática, ciudadana y/o de control sobre el Estado y sus actividades, que no comporta privatización de actividades; apenas significa la injerencia de los particulares en ámbitos e instancias de gestión pública a cargo del Estado, efectuada en representación de esos intereses y como destinatarios de las acciones del Estado (como administración, como usuarios, como consumidores, en defensa del medio ambiente, en defensa de la legalidad de los procesos administrativos etc.). También puede significar, la colaboración de los particulares en la gestión de la función estatal, a través de la celebración de contratos; por consiguiente, se trata de la participación indirecta en el cumplimiento de alguna o algunas funciones a cargo del Estado.

Privatizar, por su parte, significa, de manera general, que el sector público u oficial cede a la iniciativa privada una serie de recursos productivos para que éste lleve a cabo su explotación, supuestamente con mayor eficiencia y racionalidad, en beneficio de la sociedad. Sin embargo, el concepto de "privatizar" o "privatizaciones" no es unívoco: por el contrario, abarca un conjunto de fenómenos que comprenden desde la desregulación, pasando por la desmonopolización, hasta llegar a la desnacionalización o transferencia de propiedad de activos del Estado a los particulares, pero se incluyen en esta definición, comúnmente, mecanismos y procedimientos de gestión privada en el marco de las empresas y demás entidades públicas, la gestión de servicios públicos por los particulares y el simple abandono de actividades por el Estado. Así, por privatizar se pueden entender dos cosas o, dicho de otra manera, al vocablo en sí se le atribuyen dos sentidos: uno amplio, que indica una técnica o conjunto de técnicas económicas dirigidas a disminuir la intervención directa del Estado en la vida económica y, de otra parte, un concepto restrictivo en el cual solamente se comprenden las distintas modalidades de transferencia de funciones o de entidades o activos de propiedad pública al sector privado.

En una manera sencilla, podemos decir que *desregularizar* implica disminuir o eliminar las regulaciones estatales sobre actividades o mercados; *desmonopolizar* es la apertura de un sector antes entregado en exclusividad al Estado, a la libre

conurrencia o competencia o la atribución de función pública a particulares (artículo 210 C. N.); *desnacionalizar* es un procedimiento opuesto a nacionalizar o estatizar, y consiste en desestatizar, desoficializar, o sea, el traslado del sector público hacia el privado de empresas, activos, acciones mayoritarias etc.; *subcontratación o contratación de la gestión pública* o utilización convencional (a través de contratos o convenios) de individuos o firmas privadas para que manejen o implementen programas, mientras el Gobierno permanece siendo dueño de los activos y, además, controla las políticas generales en la materia. Uno de los mecanismos que se ha encontrado universalmente más idóneo para la contratación de la gestión es la celebración de contratos de concesión.

*De esta manera, la concesión debe entenderse no como un mecanismo de privatización (cambio de propiedad) sino como un medio de participación del sector privado en la gestión estatal: esto es, se traslada al sector privado la gestión, mas no la función misma que continúa siendo estatal.*

Una de las más claras manifestaciones en Colombia de la voluntad de autorizar el traslado de actividades que eran de exclusiva competencia del Estado a los particulares (cambio de sector o por lo menos apertura), se encuentra en el campo de la prestación de servicios públicos. En efecto, la historia del servicio público en Colombia ha evolucionado desde su concepción primigenia (que equiparaba la prestación de los servicios públicos a la actividad administrativa primordial, como función exclusiva a cargo del Estado o función estatal) hasta constituirse en uno de los fines esenciales del Estado, pero permitiendo la asunción de la tarea por los particulares. Hoy, la noción de servicio público alcanza su máxima expresión en la consagración constitucional de Estado Social de Derecho. Nuestra Constitución dotó al Estado colombiano de los instrumentos jurídicos y económicos que le permitan realizar su mandato: Hacer del país una república unitaria, descentralizada y participativa, dirigida a la realización de sus objetivos constitucionales: el progreso, la paz y el desarrollo.

En la Constitución Política de 1991 (artículo 365) surge como innovación del Constituyente la cotitularidad de los particulares en la prestación de los servicios públicos. En efecto, en virtud de las disposiciones superiores, tanto el Estado (en forma directa o indirecta a través de contratos), como los particulares y aún las comunidades organizadas, podrán desarrollar directamente actividades definidas como de servicio público, con sujeción al régimen jurídico que señale la ley. Significa lo anterior, que la iniciativa para el desarrollo de actividades catalogadas como de servicio público puede ser tomada por los particulares directamente, por el Estado (o sus entes descentralizados territorialmente o por servicios) o por comunidades organizadas y que, en todos los casos citados, podrán hacerlo sin requerir del otorgamiento de contratos de concesión, puesto que la prestación se hace por iniciativa y derecho directo, aunque para su funcionamiento requieran, en algunos de ellos, especial-

mente en los no catalogados como públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994), del otorgamiento por parte del Estado de un permiso, licencia, "concesión" o reconocimiento como operadores (ejemplo: servicio de transporte, Ley 105 de 1993; servicios bancarios y financieros EOSF; zonas francas Decreto 2233 de 1996, servicios de telecomunicaciones no domiciliarios, Decreto 1900 de 1990; etc.).

Sin embargo, cuando el Estado utiliza esa prerrogativa o potestad constitucional a él otorgada por el artículo 365 y decide asumir la prestación del servicio por voluntad propia o porque la ley se lo impone (monopolio) y lo quiere hacer, no a través de sus propios organismos y/o entidades, sino en forma indirecta, esto es, con la colaboración de particulares, debe, entonces sí, celebrar un contrato (de concesión, operación, gestión, etc., según el caso), evento en el cual el particular no actúa ejercitando el derecho constitucional propio, sino por delegación del derecho del Estado. Por supuesto, igual situación se puede presentar en los casos en que, de acuerdo con la Constitución y la Ley, el servicio respectivo puede quedar sujeto a excepcional monopolio estatal y, por consiguiente, excluido de la iniciativa particular. En otros términos, cuando es el Estado quien asume la prestación de uno o algunos de esos servicios públicos, lo puede hacer en forma directa, esto es por sus entidades u órganos estatales, o indirectamente acudiendo a cualquier modalidad contractual, incluyendo la concesión: el Estado podrá concurrir a la prestación indirecta de los servicios públicos, acudiendo a la modalidad contractual de la concesión.

Como se mencionó, el concepto de "privatización" es frecuentemente confundido, en su contenido y alcances, con la modalidad contractual de la "concesión de servicio público". Esta última es un contrato en virtud del cual el Estado otorga a un particular la gestión de un servicio cuya titularidad le pertenece (por ser servicio monopólico o porque desea prestarlo en igualdad de condiciones que los particulares); y aquella responde a una política estatal, que a través de los instrumentos jurídicos correspondientes, establece el acceso directo de los particulares –bajo el régimen jurídico propio de la actividad privada–, a la promoción, gestión, implantación o desarrollo de un servicio público.

"Privatizar", dice el diccionario de la Real Academia de la Lengua, es "dar carácter privado a lo que antes era estatal". Es el fenómeno jurídico-político mediante el cual la propiedad pública trasciende al ámbito privado. Partidarios de la privatización, sostienen constantemente como justificación de su implantación, que uno de los principales defectos de la propiedad estatal es la tendencia de las empresas públicas a un comportamiento económico ineficiente y a obtener fácilmente resultados mediocres, por oposición al sector privado, respecto de la que se presume la eficiencia y la agilidad empresarial.

La noción de privatización es, entonces, una cuestión ideológica. La práctica, cuando no el concepto mismo, está ampliamente asociada al movimiento conserva-

dor, en lo político, y al liberalismo en lo económico. En el mundo real de las privatizaciones, las decisiones de los gobiernos están influenciadas por evaluaciones de la relación costo-beneficio en la prestación de un servicio. La elección comporta tres dimensiones que involucran las normas del mercado económico —eficiencia comercial—, las del mercado político —dimensión de la eficiencia política que remite al apoyo del público—, y una evaluación que indique si algún otro instrumento de política económica podría alcanzar mejor los objetivos políticos asociados a la propiedad pública.

La concesión, por su parte, en su acepción y contenido, ha planteado diversas dificultades en el campo del derecho administrativo cuando se ha procurado definir, en forma precisa, su alcance jurídico. En efecto, con la misma denominación se tratan y regulan distintas figuras jurídicas, emergentes todas de disposiciones administrativas, pero cuyo concepto, fines, regulación y tratamiento es totalmente distinto e independientes para unas y otras. Sin embargo, a pesar de ser instituciones o figuras jurídicas bien disímiles, todas tienen una característica común: confieren a una o más personas extrañas a la organización estatal, un derecho o poder jurídico que antes no poseían pero que es del Estado o que es propio de la administración Pública. Dentro de este grupo de llamadas “Concesiones” deben mencionarse, para diferenciarlas de “las Concesiones” como mecanismo de contratación de gestión estatal, las “concesiones” de licencias o permisos para explotación de bienes públicos como las minas e hidrocarburos, aguas, etc.; la concesión u otorgamiento de licencias de operadores para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, sean o no domiciliarios; la concesión o permiso para prestación y operación del servicio de transporte público (terrestre, marítimo o fluvial); concesión de permiso de funcionamiento para instituciones financieras; concesión para establecimiento y operación de zonas francas, etc. Su sola mención ofrece de inmediato la idea clara de que se trata de instituciones totalmente distintas a la Concesión como participación de los particulares en la gestión estatal.

Pero, aún más complejo el análisis, pues, además, es preciso anotar que existen diferencias grandes entre las “concesiones” de obra pública y las “concesiones” para la prestación de servicios públicos (cuando no es por iniciativa privada sino por convocatoria del *Estado*), aunque unas y otras sean expresiones de la contratación de gestión pública. Las diferencias esenciales o de fondo pueden ubicarse, en forma resumida, así: 1) *En la finalidad* de las mismas: pues al paso que en la obra se trata en esencia de lograr la construcción rehabilitación o recuperación y mantenimiento y operación de las obras (vías), aunque deba prestar el servicio por un tiempo como mecanismo de recuperación de su inversión, en los servicios, el énfasis de la finalidad se orienta exclusivamente hacia la prestación misma del servicio, así tenga que realizar obras para lograrlo (teléfonos, acueductos, energía, plazas de mercado,

cementerios, etc.). 2) *En aspectos económicos subyacentes*: en la concesión de servicios la tarifa constituye retribución o contraprestación por la prestación del servicio mismo, en la concesión de obra la tarifa o peaje es un mecanismo de pago de la inversión realizada en la construcción, rehabilitación o mantenimiento junto con la utilidad esperada. 3) *En la propiedad*: en la concesión de obra el propietario de la misma es siempre el Concedente o entidad pública, por lo cual debe prever la forma de devolución de la tenencia o posesión a la terminación de la concesión (que no reversión de la propiedad pues no ha habido transferencia de la misma); por el contrario, en la concesión de servicios puede ser uno u otro el propietario de la infraestructura y, por lo mismo, es indispensable la cláusula de reversión a la finalización de la misma, cuando el propietario es el concesionario.

Sin embargo, en todos los casos y como responsabilidad suya derivada directamente de la Constitución (artículo 365), el Estado habrá de asegurar la eficiencia en la prestación bajo parámetros de competencia entre los distintos agentes económicos legalmente habilitados para la prestación del servicio. Aplica también este concepto al fenómeno de *privatización* que se traduce en los servicios públicos orientados, regulados y controlados por el Estado, pero cuya gestión y prestación directa compete a las entidades privadas que, por mandato legal, resultan titulares de la misma.

En este marco conceptual se ubica el artículo 365 de la nueva Carta Política que dispuso:

“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.

“Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. *En todo caso, el estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.* Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”. (Lo destacado no es del texto)”.

El Constituyente de 1991 partió de una base esencial: *la extinción de todo monopolio en los servicios públicos a partir de su vigencia*. Facultó a la ley para reglamentar la forma para que los particulares accedan a la prestación del servicio, se garantice la libre competencia y para establecer los requisitos que dichos particulares deben satisfacer para iniciar la prestación del servicio; pero esta facultad no alcanza para que el legislador –y mucho menos la administración– cree nuevamente monopolios en los servicios públicos, salvo la excepción consagrada constitucionalmente por

razones de soberanía o interés social y previa la expedición de una ley que debe ser aprobada por mayoría calificada.

## II. Concesión de obra en infraestructura de transporte

### A. Noción de “Sector de Servicios”: el sector Transporte

La reforma administrativa de 1968 introdujo a la administración pública colombiana el concepto de *sector*. Actualmente, es éste un concepto familiar, de obligatoria inclusión en la terminología relacionada con la estructura administrativa.

Entiéndese por *sector*, el ámbito funcional de un conjunto de entidades de la Administración que, encabezadas por un organismo principal –Ministerio o Departamento Administrativo–, dirige, coordina y vigila la actividad administrativa especializada en uno de los campos que conforman el concepto de la función administrativa, sujetas en su actuación a una regulación uniforme y especializada, propia del respectivo sector de servicios que le ha sido encomendado por la ley. El concepto de *sector* se refiere a la organización de la administración, es la agrupación de entidades que conforman su estructura, en razón de la especialidad, de acuerdo con las actividades que le han sido asignadas por el legislador. Así, aparece el sector transporte, el sector de telecomunicaciones, el sector salud, el sector energético, el sector ambiental, etc.

El desarrollo de la infraestructura vial del país –terrestre, marítima y fluvial–, es tema enmarcado en el sector Transporte, dentro del cual tienen su ubicación funcional las entidades con manejo sobre el mismo. Es entonces a la normativa propia de este sector a la que en forma genérica se ha de acudir con el fin de determinar el régimen vigente aplicable a esta materia, análisis que se concretará en el estudio de la normativa particular que lo rige.

El artículo 1º de la Ley 105 de 1993, “Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”, al establecer su ámbito de aplicación, dispone la integración del “Sector y Sistema Nacional de Transporte”, en los siguientes términos:

“Integra el Sector Transporte, el Ministerio de Transporte, sus organismos adscritos o vinculados y la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional, en cuanto estará sujeta a una relación de coordinación con el Ministerio de Transporte”.

“Conforman el Sistema Nacional de Transporte, para el desarrollo de las políticas de transporte, además de los organismos indicados en el inciso anterior, los organismos de

tránsito y transporte, tanto terrestre, aéreo y marítimo e infraestructura de transporte de las entidades territoriales y demás dependencias de los sectores central o descentralizado de cualquier orden, que tengan funciones relacionadas con esta actividad”.

Por su parte, el Título II Infraestructura del Transporte de la Ley 105 de 1993, Capítulo I, define la infraestructura de transporte, y dispone su integración a nivel nacional, así:

“Se entiende por infraestructura del transporte a cargo de la Nación aquella de su propiedad que cumple la función básica de integración de las principales zonas de producción y de consumo del país, y de éste con los demás países. Esta infraestructura está constituida por:

1. La red nacional de carreteras con sus zonas, facilidades y su señalización, que se define de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Las carreteras cuyos volúmenes de tránsito sean superiores a aquellas que sirven hasta un 80% del total de la red vial de carreteras.

b) Las carreteras con dirección predominante sur-norte, denominadas troncales, que inician su recorrido en las fronteras internacionales y terminan en los puertos del Atlántico o en fronteras internacionales.

c) Las carreteras que unen las troncales anteriores entre sí, denominadas transversales, cuyo volumen de tránsito está justificado, según el contenido del literal a), que comuniquen con los países limítrofes o con los puertos de comercio internacional.

d) Las carreteras que unen las capitales de departamento con la red conformada con los anteriores criterios, de acuerdo con su factibilidad técnica y económica; esta conexión puede ser de carácter intermodal.

e) Las vías para cuya construcción se ha comprometido el Gobierno Nacional con gobiernos extranjeros, mediante convenios o pactos internacionales. Con el propósito que se promueva la transferencia de vías que están hoy a cargo de la Nación hacia los departamentos, el Ministerio de Transporte adoptará los mecanismos necesarios para que la administración, conservación y rehabilitación de esas vías, se puedan adelantar por contrato.

Las carreteras nacionales podrán convertirse en departamentales a petición del departamento respectivo, si éste demuestra la capacidad para su rehabilitación y conservación.

2. Los ríos, canales de aguas navegables, su señalización y aquellos puertos públicos fluviales de interés nacional.

3. Los puertos públicos marítimos de propiedad de la Nación y sus canales de acceso.

4. Las líneas férreas de propiedad de la Nación, que incluyen su zona, señalización e infraestructura para el control del tránsito.

5. La red de ayudas, comunicaciones y meteorología del transporte aéreo, básicos para prestar los servicios de aeronavegación y la infraestructura aeroportuaria.



6. Los faros, boyas y otros elementos de señalización para el transporte marítimo.
7. Los puentes construidos sobre los accesos viales en zonas de frontera.
8. Los viaductos, túneles, puentes y accesos en general a las capitales de departamento, distritos y municipios.”

Y a nivel territorial, los artículos 16 y 17, de la misma ley, disponen la integración de la infraestructura de transporte, así:

“Artículo 16. *Integración de la infraestructura de transporte a cargo de los departamentos.* Hacen parte de la infraestructura departamental de transporte, las vías que hoy son de propiedad de los departamentos; las que son hoy responsabilidad de la Nación –Fondo Vial Nacional o del Fondo Nacional de Caminos Vecinales– y que el Gobierno Nacional en cumplimiento de lo ordenado en esta ley, les traspase mediante convenio a los departamentos, al igual que aquellas que en el futuro sean departamentales, las que comunican entre sí dos cabeceras municipales, así como la porción territorial correspondiente de las vías interdepartamentales que no sean parte de la red nacional; al igual que los puertos y muelles fluviales y los aeropuertos, en la medida que sean de su propiedad o que le sean transferidos. Para el cumplimiento del programa de transferencia de las vías de la Nación a los Departamentos, el Ministerio de Transporte elaborará un plan gradual de transferencia de vías, de tecnología y de recursos económicos, apropiados por el Fondo de Cofinanciación de Vías creado por esta ley, de tal forma que ello les permita una eficaz administración, conservación y rehabilitación de las carreteras que reciban.

La Nación no podrá entregar responsabilidades sin la definición, apropiación o giro de los recursos necesarios. Mientras se hace la entrega, la responsabilidad del mantenimiento la tendrá la Nación. Los departamentos y los distritos, podrán limitar el monto en mantenimiento de estas carreteras, a los recursos que para tal fin reciban del citado Fondo.

Los departamentos, al recibir las carreteras de la Nación, se obligan también a recibir los contratos con las asociaciones de trabajadores que tienen cooperativas, o precooperativas para el mantenimiento vial.

(...)

Parágrafo 2. En los casos en que se acometa la construcción de una variante de una carretera nacional, su alterna podrá pasar a la infraestructura departamental si reúne las características de ésta, a juicio del Ministerio de Transporte.

Parágrafo 3. Los departamentos y los distritos podrán acceder en forma directa al Fondo de Cofinanciación de Vías. Los municipios para el cofinanciamiento de las vías vecinales accederán a través del departamento correspondiente.

Los municipios y los distritos podrán acceder en forma directa al Fondo de Cofinanciación para la infraestructura urbana”.

“Artículo 17. *Integración de la infraestructura distrital y municipal de transporte.* Hacen parte de la infraestructura distrital y municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas y aquellas que sean propiedad del municipio, las instalaciones portuarias, fluviales y marí-

timas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, de acuerdo con la participación que tengan los municipios en las sociedades portuarias y aeroportuarias, en la medida que sean de su propiedad o cuando éstos le sean transferidos”.

“Parágrafo 1. En los casos en que se acometa la construcción de una vía nacional o departamental, su alterna, podrá pasar a la infraestructura municipal, si reúne las características de ésta, a juicio del Ministerio de Transporte”.

“Parágrafo 2. (...)”.

Igualmente refiere la ley a la posibilidad de descentralización, permitiendo a la Nación y las entidades territoriales, la creación de entes autónomos, con fines de construcción, administración o rehabilitación del sistema.

“Artículo 18. *Entidades autónomas.* Con el fin de administrar las carreteras entregadas por la Nación, así como la construcción, rehabilitación y ampliación de obras de infraestructura, los departamentos, los distritos y los municipios, podrán constituir entidades autónomas con personería jurídica, patrimonio propio con participación de los sectores público y privado. Estas entidades podrán emitir acciones, bonos, títulos, acciones, contratar empréstitos y ejecutar obras en forma directa o indirecta”.

### III. El marco normativo de la concesión de obra

Partiendo del régimen constitucional que establece los principios superiores de la actuación administrativa, del tratamiento y concesión de los bienes estatales y de la prestación de los servicios públicos, es necesario, en una primera instancia, acudir al régimen que en materia de concesiones consagra la Ley 105 de 1993, Ley especial de prevalente aplicación, que estableció diferencias conceptuales y de ejecución frente a la acepción que de la concesión trae la normativa general que gobierna la contratación pública, Ley 80 de 1993. A esta última habrá de acudir con el fin de armonizar o suplir los vacíos que presente aquella, en cumplimiento de las reglas generales de la hermenéutica jurídica. En la aplicación concreta de las normas generales se debe acudir a la regulación específica en la materia y a los reglamentos de contratación que en desarrollo de las mencionadas leyes hayan sido expedidos por el mismo.

Es en este contenido definicional donde se debe hallar respuesta al marco normativo, la metodología y los procedimientos que permitan a la administración pública determinar desde la invitación a contratar, el manejo y distribución de los riesgos contractuales entre los cocontratantes, con el fin de garantizar un entorno contractual donde se garanticen los derechos de las partes y se cumplan los deberes adquiridos por ellas en virtud del contrato celebrado.

Siendo un sistema de contratación que relativamente ha tomado auge en época reciente en Colombia, será necesario realizar el análisis de la realidad contractual del esquema diseñado por la administración pública para los contratos en ejecución, con el fin de evaluar sus bondades, sus dificultades, sus incoherencias y tropiezos, a fin de preveer para futuros proyectos, las necesidades regulatorias adecuadas. La realidad de tales contratos tiene que servir como base del estudio de nuevas alternativas que incluyan las previsiones relativas al equilibrio contractual, su concepto, causales de ruptura, resolución de conflictos y modos de restablecimiento en un nuevo esquema de contrato, con asunción de riesgos adecuados por el contratista y por el Estado aquellos que le son propios, en orden a definir un marco jurídico claro en el que se fundamente el desarrollo de la concesión en Colombia, con miras a garantizar la seguridad jurídica en el que deben establecerse las relaciones contractuales del Estado y se garantice el tranquilo desarrollo de la infraestructura vial para el servicio de la comunidad, a costos claramente conocidos *a priori* y sin conflictos que afecten la economía del país en el sector.

## A. La concesión de obra pública como sistema de contratación de gestión de función pública

### Definición

La doctrina ha definido el contrato de concesión de obra pública como “el acto por el cual la administración comete a una persona la construcción de una obra pública y la faculta temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes la utilicen, como medio de financiar el costo de aquella. Dos elementos esenciales integran esta definición: a) Construcción de una obra pública; b) Financiación a cargo del concesionario pero repago por los terceros usuarios mediante el pago de una suma, denominada corrientemente peaje. El segundo elemento distingue claramente la concesión del contrato de obra pública, porque en éste la retribución del contratista consiste en un precio”<sup>1</sup>. En la definición transcrita, serán las modalidades de financiación de la obra y de retribución del contratista las que tipifiquen la concesión de obra pública, distinguiéndola del mero contrato de obra, donde no se encuentran estas alternativas de pago al constructor de la misma.

.....

1. SAYAGUES LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1959, N° 559.

## La Ley 80 de 1993

En Colombia, tradicionalmente, el tema ha tenido tratamiento legal y, en tal virtud, el legislador se ha ocupado de definir la concesión de obra pública por norma positiva. Ya lo había hecho el Decreto 222 de 1983 (artículo 102), y actualmente la ley 80 de 1993 –Estatuto General de Contratación de la Administración Pública–, al mencionar algunos de los contratos estatales, define genéricamente la concesión –de servicio y de obra– en los siguientes términos:

### 4. Contrato de concesión.

“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual, y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”<sup>2</sup>.

Y son contratos de obra pública, de acuerdo con el estatuto contractual vigente, aquellos “que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”<sup>3</sup>.

Es así como de conformidad con la disposición legal, el elemento que realmente tipifica la concesión de obra pública en Colombia la distingue del típico contrato de obra es el factor de financiación de la obra por cuenta del concesionario, su repago por el usuario o beneficiario de la obra a largo plazo y ese margen de riesgo empresarial asumido por el concesionario por la gestión directa suya y no a nombre de la entidad concedente.

Históricamente, el instituto de la concesión encuentra su justificación en la incapacidad financiera del Estado para acometer la construcción de obras públicas. La iliquidez estatal lo llevó a apelar al capital privado para que éste asumiera en su nombre las funciones de servicio público a su cargo.

.....

2. Artículo 32, numeral 4, Ley 80 de 1993.
3. Artículo 32, numeral 1, Ley 80 de 1993.

Es este el concepto que ha informado a la doctrina nacional y extranjera en el intento de definir la concesión de obra pública y establecer los linderos de la responsabilidad del concesionario frente al riesgo que asume con la celebración del contrato. Múltiples han sido los ensayos en esta materia, pero todos descansan sobre un común denominador: el concesionario tendrá a su cargo la construcción y explotación de la obra por su cuenta y riesgo y como contrapartida se le otorga al contratista, no sólo el derecho a construir la obra sino la explotación económica de la misma, con exclusión de terceros en esa actividad, a modo de privilegio —que no de monopolio—, por un plazo precisamente determinado con el fin exclusivo de que recupere la inversión del capital destinado a la obra, y de esta forma, igualmente se garantice la utilidad que lo movió a celebrar el contrato.

El derecho español, siguiendo el derecho francés, ha concebido y desarrollado a nivel normativo el problema de la asunción de riesgos por el contratista en la Concesión de Obra pública, como el elemento esencial del contrato, únicamente morigerado por el principio del equilibrio contractual, que igualmente opera en este contrato, en tanto su objeto versa sobre el dominio público, su explotación y su destinación exclusiva a la prestación de un servicio público, que hace converger en un mismo objetivo la concesión de obra pública y la de servicio público, en tanto que la explotación de aquella con fines de remuneración al contratista siempre constituirá así mismo, la prestación de un servicio público a cargo del Estado. Sólo que la equivalencia prestacional que debe, por mandato legal, mantenerse en el contrato, deberá medirse, como lo veremos más adelante, en el contexto de las obligaciones libremente asumidas por las partes y en la asunción contractual del riesgo de ejecución y explotación económica de la obra pública objeto del contrato.

El profesor Colmeiro<sup>4</sup> entiende que “el efecto de toda concesión es imponer a un particular o compañía la obligación de construir y conservar a su cuenta y riesgo tal obra pública, otorgándole, por un tiempo determinado cierto privilegio relativo al uso general que comúnmente consiste en la cobranza de los derechos de tránsito, con cuyo producto reembolsa el capital y percibe sus intereses”.

Por su parte, Juan Francisco Mestre Delgado<sup>5</sup>, señala que “de esta manera se justifica el origen de la concesión de servicio público en la obra pública, ya que según la Ley General de 1877, y sus antecedentes, la individualización de la conce-

.....

4. COLMEIRO. M. *Derecho administrativo español*, 2ª. Edic., 1858, T. II, pp. 40 y ss.

5. MESTRE DELGADO, Juan Francisco, *La extinción de la concesión de servicio público*, Distribuciones de La Ley S. A. Madrid, 1992, pp. 26.

sión se produce al finalizar la construcción de una obra pública. No es más que la consecuencia lógica de la caracterización del propio servicio público, concepto estrechamente vinculado al de obra pública, y de la circunstancia de concebir la financiación de una obra pública como una operación de crédito realizada por los particulares con la contraprestación de explotar en favor del público, la obra ya construida. En definitiva, se ha podido afirmar que el servicio público es la obra pública en explotación”.

### Ley 105 de 1993 (Modificada parcialmente por la Ley 276 de 1996)

Debe destacarse dentro del contexto de la Ley 105 que en ella se regulan dos tipos de concesiones: la primera, sobre el servicio público de transporte, esto es sobre la actividad transportadora en servicio de la comunidad usuaria; y la segunda, la concesión de obra pública para la construcción, rehabilitación y/o mantenimiento de la infraestructura del transporte, dentro de la cual está la malla vial o infraestructura vial. Es como se mencionó atrás, la consagración expresa en el sector transporte, de dos figuras jurídicas diferentes, aunque con idéntica denominación.

Sobre la primera forma de concesión, el artículo 7° de la Ley 105 de 1993, sujeta la prestación del servicio de transporte público en general “a la expedición de un permiso o contrato de concesión u operación por la autoridad competente”, entendido el transporte público como una “industria encaminada a garantizar la movilización de personas o cosas por medio de vehículos apropiados a cada una de las infraestructuras del sector, en condiciones de libertad de acceso, calidad y seguridad de los usuarios, sujeto a una contraprestación económica”. Es así como el instituto de la concesión, de conformidad con la Ley 105 de 1993, constituiría el único medio a disposición de los particulares para acceder al servicio público de transporte en los términos definidos en la misma ley (artículos 6° y 7°).

En el tema específico de infraestructura de transporte, esto es de la segunda modalidad de concesión prevista en el estatuto, la Ley 105 de 1993, que en su condición de ley especial debe tener aplicación prevalente en la materia, no consagró una definición expresa del contrato de concesión de obra pública, razón por la cual, deberá acudir en esta materia a la definición legal contenida en la Ley 80 de 1993 (artículo 32), ley general de contratación estatal.

Ahora bien, resulta especialmente importante para el análisis objeto de este estudio, destacar cómo la propia Ley 105, capítulo II, “Funciones y Responsabilidades sobre Infraestructura de Transporte”, artículo 19, determinó como obligación exclusiva y excluyente del Estado, la obligación de construir y conservar todos los componentes de la infraestructura del transporte. Dispuso la norma citada:

“Corresponde a la Nación y a las Entidades Territoriales la construcción y la conservación de todos y cada uno de los componentes de su propiedad, en los términos establecidos en la presente ley”.

En concordancia con el mandato del artículo 19 transcrito, el artículo 20 del mismo estatuto, radicó la responsabilidad por la planeación e identificación de prioridades en cuanto se refiere con la infraestructura del transporte, a cargo del Ministerio del Transporte y las demás entidades que a nivel territorial les corresponde ejecutar la infraestructura del transporte.

Por determinación legal, es claro, entonces, que la participación del sector privado en la construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura de transporte será solamente a *título de colaborador del Estado en la gestión de su función*, cuando sea invitado a celebrar un contrato con el ente respectivo, bien a través de un contrato convencional de obra pública o también bajo la modalidad de concesión.

Para este último caso o posibilidad, se limitó el legislador especial a establecer reglas particulares de la concesión de obra pública cuyo objeto fuera la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura del transporte en general, pero incluida la vial, como lo veremos en seguida.

## B. El régimen de concesiones en infraestructura vial

Como quedó anotado, en materia de infraestructura vial, el legislador reservó a la competencia del Estado la función misma, pero lo autorizó para pedir colaboración del sector privado en su ejecución y gestión.

La política estatal en materia de concesiones, apunta a distintos objetivos involucrados en una misma finalidad de explotación económica: la construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura vial, por supuesto el servicio y, además, el bien público. Para los efectos de este estudio deberán tomarse en consideración las normas vigentes que regulan la figura jurídica del *Contrato de Concesión* en sus diversas finalidades –construcción, conservación o rehabilitación de la infraestructura vial– (dentro del concepto anotado de “colaborar con el Estado” en el cumplimiento de una función encomendada al Estado como obligación suya), por oposición al concepto de privatización de las empresas públicas o de los bienes y servicios de propiedad estatal, relacionados o vinculados al tema de la infraestructura vial.

Así, como se ha indicado, tratándose de infraestructura vial de transporte, se encuentra actualmente vigente la Ley 105 de 1993, cuyos artículos 30 a 40 se refieren al contrato de concesión. De esta normativa se destacan las siguientes particularidades introducidas al concepto tradicional de concesión.

- La Ley 105 de 1993 atribuye a la Nación y a las entidades territoriales (departamentos, distritos y municipios), la construcción y la conservación de todos y cada uno de los componentes de su propiedad (artículo 19), atribución de la que derivan su competencia para “en forma individual o combinada, o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyecto de infraestructura vial”, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la mencionada ley.

- Igualmente, el legislador –en el mismo artículo 30– y como método de recuperación de la inversión del contratista-concesionario, otorga a la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios la facultad de establecer peajes y/o valorización. De todos modos, “la fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes”, la que no podrá ser variada sin el consentimiento del concesionario. El incumplimiento de esta estipulación, acarreará a la entidad contratante responsabilidad civil, en los términos prescritos en la ley vigente.

Es tan exigente esta previsión que la misma ley únicamente permite a la administración contratante el ejercicio de las facultades excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales del contrato, “mientras el concesionario cumple con la obligación de las inversiones de construcción y rehabilitación a las que se comprometió en el contrato” (artículo 32), implicando con ello, que el ejercicio de dichas potestades está prohibido durante la operación de la obra pública terminada, puesto que de permitirse se estaría habilitando al ente público contratante para modificar unilateralmente la fórmula de recuperación o retorno de la inversión que se iniciará precisamente en la etapa de operación.

De esta forma, actualmente la ley protege la inversión del contratista, garantizando en el contrato la estabilidad o permanencia de la fórmula de recuperación pactada, la que incluso escapa al ejercicio de las potestades excepcionales de la administración, en cuanto el mismo legislador sustrajo de estas facultades la posibilidad de modificación unilateral por parte de la administración contratante.

En el mismo sentido, debe destacarse la facultad legal otorgada a la Nación, departamentos, distritos y municipios de “aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura, en los cuales, de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar la inversión” (parágrafo 1, artículo 30). Y sólo cuando el concesionario haya recuperado la inversión realizada, podrá el ente estatal contratante recuperar la suya con los ingresos provenientes de la operación de la obra. Así lo dispone el parágrafo 3 del artículo 30 en comento, que ordena destinar los ingresos generados por la operación de la obra concesionada “en su totalidad” al concesionario privado, con la precisa finalidad de que éste obtenga el retorno del capital invertido en el plazo contractual.



• Por otra parte, el artículo 33 de la Ley 105, faculta al ente público contratante para “establecer garantías de ingresos mínimos” al concesionario, utilizando recursos de su propio presupuesto. Y como contrapartida a esta atribución, prevé, en guarda del interés público que anima el contrato, “que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales dentro del mismo sistema vial”.

Esta facultad expresa de la ley implica que, cuando se utilice, el riesgo de ingresos mínimos lo asume el Estado y, por consiguiente, la ventaja del mayor flujo vehicular también se destina al Estado para cumplir uno de los fines predeterminados en la norma.

A *contrario sensu*, cuando no se otorgue garantía de ingresos mínimos no debe, necesariamente, el Estado limitar los ingresos máximos por aumento de tráfico, pues deben ser coherentes la atribución del riesgo y las ventajas derivadas de variación en aumento del tráfico.

• Adicionalmente, el artículo 31 de la Ley 105, modifica la Ley 80 de 1993 en materia de fiducia mercantil. El numeral 5° del artículo 32 del Estatuto Contractual, en forma perentoria prohíbe “transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales” o la constitución de patrimonios autónomos distintos del propio de la entidad pública contratante”; y el artículo 31 de la Ley 105, en oposición a lo dispuesto por el 32 de la Ley 80, permite la constitución de patrimonios autónomos con recursos estatales, como son los ingresos provenientes o bien de los aportes de las entidades para el proyecto (autorizados por la misma Ley 105) y/o de la operación de la obra pública en concesión. En efecto, prescribe la norma mencionada:

“Con el fin de garantizar las inversiones internas necesarias para la financiación de proyectos de infraestructura, los concesionarios podrán titularizar los proyectos, mediante patrimonios autónomos, manteniendo la responsabilidad contractual”.

• Por otra parte, de conformidad con el parágrafo 2° del artículo 30 de la Ley 105, los contratos de concesión y de fiducia pública que se celebraren a partir de la promulgación de la Ley 80 de 1993 y regulados por ella –reseñados en el inciso segundo del artículo 81 del Estatuto Contractual<sup>6</sup>–, si bien se someten en su forma-

.....

6. “Artículo 81. *De la derogatoria y de la vigencia.* (...) A partir de la promulgación de la presente ley entrarán a regir el parágrafo del artículo 2°; el literal l) del numeral 1° y el numeral 9° del artículo 24; las normas de este estatuto relacionadas con el contrato de concesión; el numeral 8° del artículo 25; el numeral 5° del artículo 32, sobre fiducia pública y encargo fiduciario; y los artículos 33, 34, 35, 36, 37 y 38, sobre servicios y actividades de telecomunicaciones.” (Ley 80 de 1993).

ción a lo dispuesto en su prescriptiva, "no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4° del artículo 44 y el inciso 2° del artículo 45 de la citada Ley"<sup>7</sup>. Esta expresa sus-tracción de los referidos contratos a la aplicación de la normativa contenida en las mencionadas disposiciones, implica que en caso de encontrarse viciados de nulidad los citados contratos, por haberse celebrado con violación de la Constitución o la ley, o con personas incursas en alguna de las causales de incompatibilidad o inhabilidad consagradas por el legislador, o por resultar nulos los actos administrativos que le sirvieron de fundamento a la contratación, no es dable darlo por terminado y liquidarlo en el estado en que se encuentre, previa decisión judicial sobre el particular, como lo ordena el artículo 45 inciso segundo de la Ley 80 de 1993, sino que a discreción podrá continuar con su ejecución.

### C. La concesión de obra pública, ¿contrato conmutativo o aleatorio?

#### 1. La teoría del riesgo: el álea contractual

Múltiples han sido las teorías doctrinarias que se han esbozado en torno a esta temática. De los antecedentes de la figura contractual de la concesión, tanto para obra pública como para servicios públicos, es evidente que ella, históricamente, surgió y se estructuró o tuvo como causa, la necesidad estatal de encontrar una fuente de recursos distinta a su propio presupuesto, siempre exiguo, para financiar tanto el desarrollo y la construcción de obras públicas como la prestación de servicios públicos a favor de la comunidad. Esta circunstancia lo condujo a buscar en el sector privado la financiabilidad requerida a cambio de la cesión del ingreso derivado de la operación de la obra pública o servicio correspondiente.

.....

7. "Artículo 44. *De las causales de nulidad absoluta*- Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común, y, además, cuando: 1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; (...) 4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten". (Ley 80 de 1993).

"Artículo 45. (...) En los casos previstos en los numerales 1°, 2° y 4° del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre". (Ley 80 de 1993).

En este contexto, la concesión de obra pública, paralelamente con la de servicios, surgió como un contrato mediante el cual el concesionario contratista desarrollaba la función estatal "por su cuenta y riesgo", esto es asumiendo el riesgo negocial propio del dueño de la obra y el consiguiente álea económico inherente a las actividades de construcción y operación de la obra pública concedida y la prestación, operación y explotación de los servicios públicos. Así, la permanencia, disminución o aumento de los ingresos provenientes de la operación, que en la órbita contractual representaba la remuneración del contratista, constituyan circunstancias cuyos efectos e impacto sobre el contrato y la expectativa de utilidad del contratista, el Estado no estaba llamado a prevenir o solucionar, salvo en los casos en que se presentara lesión al concesionario por el hecho mismo de la administración pública contratante (que implica el incumplimiento de sus obligaciones bajo el contrato), o por la acción de ésta en desarrollo de sus legítimas funciones, o en los casos en que el perjuicio derivara del ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales de una autoridad pública distinta a la contratante (Hecho del Príncipe). El "riesgo" negocial se había trasladado al concesionario y éste lo había asumido en virtud del contrato.

Este escenario evolucionó en el derecho público hasta el establecimiento del principio del equilibrio económico del contrato, hoy consagrado en la mayoría de las legislaciones del mundo a manera de garantía para el contratista de la integralidad, permanencia y percepción, durante la ejecución del contrato, de la remuneración pactada.

El antecedente directo del principio del equilibrio y permanencia de la ecuación contractual en los contratos del Estado, se encuentra en un fallo del Consejo de Estado Francés del 30 de marzo de 1916, mediante el cual por primera vez se dio aplicación a los contratos de la administración pública de la teoría de la imprevisión, entendida como el advenimiento de hechos económicos imprevisibles por las partes al momento de contratar que afectan la ecuación contractual, haciendo más onerosa y gravosa su ejecución para el contratista, con desequilibrio de la conmutatividad que informa el contrato<sup>8</sup>.

.....

8. Arrêt "Gaz de Bordeaux" del 30 de marzo de 1916. Según el relato de Raúl Enrique Ocampo en su libro *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa* (p. 121), "En el caso en cuestión, ante la imposibilidad de seguir suministrando gas al precio fijado y la ausencia de una cláusula que le permitiera el incremento, la Compañía General de Alumbrado de Burdeos pidió a la municipalidad de la ciudad de Burdeos, autorización para aumentar el precio del servicio, para sufragar, al menos parcialmente los quebrantos extraordinarios que venía sufriendo. Ante el rechazo del pedido por el Municipio (primero) y la Prefectura de Gironda (después), el caso llegó al Consejo de Estado francés. La cuestión mirada desde la perspectiva jurídica de aquel tiempo, implicaba la pretensión de

El deber estatal de mantener la ecuación económica del contrato surgida en el momento de trabarse entre las partes la relación contractual, atendiendo su intención y la causa o móvil que las impulsó a celebrar el acuerdo, encuentra su fundamento filosófico en el principio constitucional de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. El Estado, garante del principio de igualdad, debe resarcir los perjuicios que se causen al particular afectado en la realización del bien común, cuando éste, como colaborador que es del Estado en la realización de sus fines (artículo 3º, Ley 80 de 1993), deba soportar una mayor carga, un "perjuicio injustificado" o un gravamen que los demás miembros de la comunidad destinataria del objeto contratado en su beneficio, en nuestro caso concreto, de la obra pública.

.....

que la administración (y por ende los usuarios) renunciara a un beneficio inesperado en un contrato aleatorio. Luego de un siglo de aplicación del principio del *contractus lex* (cada parte soporta inflexiblemente su álea), la respuesta, desde la perspectiva del derecho privado, era impensable sin recurrir a los principios de la buena fe, la equidad, la mora de las partes, etc. El mérito del Conseil d'Etat fue no recurrir a esta vía facilista y, a la vez que profundizaba el naciente concepto del contrato administrativo, una de cuyas notas tipificantes era (y es) su permanente mutabilidad (como condición de adaptación al fin público que sirve) crear una doctrina orgánica sobre la materia. (...) Decía el Conseil d'Etat: "Considerando que, como consecuencia de la ocupación por el enemigo de una gran parte de las regiones productoras de carbón en la Europa continental, de la dificultad cada vez más considerable del transporte por mar en razón de la requisita de las naves hecha con motivo de la guerra marítima, el alza sobrevinida en el curso de la guerra actual en el precio del carbón, que es la materia prima de la fabricación del gas, ha alcanzado una proporción tal que no solamente tiene un carácter excepcional, sino que entraña en el coste de fabricación del gas un aumento que sobrepasa ciertamente los límites de aumentos que hubieran sido previstos por las partes en el momento de contratar, que como consecuencia del curso de las circunstancias indicadas, la economía del contrato se encuentra absolutamente 'bouleversée'; considerando que resulta de todo lo anterior que la compañía pretende no poder ser obligada a soportar ningún aumento del precio del carbón por encima de 28 francos la tonelada, siendo esta cifra, según ella, considerada como la correspondiente al precio máximo del gas, previsto en el mercado, y sería por completo excesivo admitir que hay lugar a la aplicación pura y simple del 'cahier de charges' como si se encontrase en presencia de un álea ordinario de la empresa; que importa, por el contrario, buscar, para poner fin a estas dificultades temporales, una solución que tenga en cuenta a la vez que el interés general, que exige la continuación del servicio por la compañía, con la ayuda de todos los medios de producción, y las condiciones especiales en que se encuentra la compañía y que no permiten al contrato recibir su aplicación normal; que a este efecto conviene decidir, de una parte, que la compañía está obligada a asegurar el servicio concedido, y, de otra parte, que ella debe soportar solamente a lo largo de este período transitorio la parte de las consecuencias onerosas de la situación de fuerza mayor, más arriba descrita, que la interpretación razonable del contrato permite dejar a su cargo; que hay lugar, en consecuencia, anulando la decisión impugnada, a reenviar a las partes ante el consejo de Prefectura, al cual pertenecerá, si ellos no llegan a ponerse de acuerdo sobre las condiciones especiales en las cuales la compañía podrá continuar el servicio, determinar teniendo en cuenta todos los hechos de la causa, el monto de la indemnización a la cual la compañía tiene derecho en razón a las circunstancias contractuales, en las cuales ella ha debido soportar el servicio durante el período considerado".

Dispone el citado artículo 3º:

“Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y *la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines*”.

“Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta que al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, *además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaborarán con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones*”. (Destacados fuera de texto).

Y agrega el artículo 28 del mismo estatuto:

“En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y *en las de las cláusulas y estipulaciones de los contratos*, se tendrán 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*”. (Destacados fuera de texto).

Debe llamarse la atención, nuevamente, sobre la diferente regulación constitucional y legal entre los servicios públicos en general y la obra pública y, dentro de ésta, en especial la obra pública en infraestructura. Como se anotó, en la Constitución de 1991, los servicios públicos se abrieron a la iniciativa privada y, por consiguiente, se permitió que, por iniciativa de los particulares, la tarea o función adquiriera la connotación de “privada” o prestada por particulares (artículo 365 C. N.) sin perder su connotación de “fin esencial del Estado” y, por ende, de responsabilidad del Estado cuando los particulares no tomen la iniciativa; significa lo anterior que cualquier particular, dentro de la regulación y exigencias que señale la ley, puede organizar y crear empresas prestadoras de servicios públicos bajo la vigilancia del Estado (Ley 142 de 1994 para servicios públicos domiciliarios, aunque para “operar” tal servicio pueda requerir de permiso, licencia o la llamada “concesión” o autorización estatal). En cambio, entratándose del desarrollo de la infraestructura vial, la función quedó atribuida exclusivamente al Estado en sus diferentes niveles y sólo por vía de colaboración (contrato) pueden los particulares intervenir en la construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento de ella. No existe la posibilidad legal de que se inicie un proyecto vial por iniciativa privada o directamente. El particular sólo podrá, tal como lo prevé el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, parágrafo 2º, presentar a consideración de la respectiva autoridad administrativa competente, el proyecto y si ésta lo estima viable, deberá abrir el proceso licitatorio pertinente. Es decir, sólo podrá hacer uso del derecho constitucional de petición en interés general.

Así, la obra pública en infraestructura de transporte, constituye eminentemente la realización del interés público con destino al servicio de la comunidad. Es por ello, que el particular que resulte afectado por su ejecución en mayor proporción que los demás usuarios o beneficiarios de la misma, incluido el mismo contratista, tendrá derecho, objetivamente, a que el Estado le repare los daños causados, con el único fin de restablecer la igualdad a la que tiene derecho frente a sus conciudadanos. Este principio adquiere relevancia si se considera que el particular no puede oponerse a la realización del interés público, puesto que por expreso mandato constitucional su interés –de carácter privado– *siempre y en todo caso*, deberá ceder ante la satisfacción del interés general. (artículos 2º, 58 y 90 de la Constitución Política).

Así lo ha definido la jurisprudencia del Consejo de Estado de vieja data, en pronunciamientos que se han ido reiterando a través de los años. En uno de los pronunciamientos del Consejo de Estado sobre este particular, la Corporación expresó:

“En derecho público, no todo daño genera la obligación de indemnizar en los mismos términos que en derecho privado, que se basa en la justicia conmutativa y que nadie puede causar daño a otro. Sólo cuando con la acción administrativa se quebranta la justicia distributiva, surge para el Estado la obligación de indemnizar. El Estado, en ejercicio de su soberanía, puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esta afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones, no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. El daño debe ser por tanto, excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño causado”.

“(…) El derecho resarcitorio establece la necesaria obligación de reparar todo daño ocasionado, pero para que nazca esta obligación jurídica será necesario que exista un daño concreto y de desigualdad manifiesta. Es un daño que lo recibe solamente un sujeto o algunos sujetos en forma excepcional, no debe provenir de una norma que vulnera por limitación derechos particulares con carácter general e igualitario ... Daño ocasionado pero daño excepcional, que se presenta como el sacrificio individual sin legal justificación. Si el Estado no concurre con el resarcimiento impondrá la desigualdad injusta y repelida por la Constitución. En suma: el derecho resarcitorio estatal se manifiesta como la reparación del daño ocasionado con carácter excepcional y singular, actos legítimos o ilegítimos. El derecho resarcitorio se extiende para cualquier daño provocado por los órganos del Estado, no reduciéndose exclusivamente en las actividades administrativas”.

“(…) La Sala acoge el concepto fiscal expuesto en los siguientes párrafos:

“Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (...). Porque las autoridades de la República no están instituidas para proteger a la gran mayoría de las personas residentes en Colombia sino a todas ellas. No quiere decir esto que no pudiese causarse daño al

interés privado cuando se hace necesario en bien del interés público, pero cuando esto ocurre, debe, en términos generales el Estado, como administrador de los bienes sociales de la Nación, resarcir el perjuicio causado para evitar de esta manera el enriquecimiento sin causa de la comunidad a costa de un empobrecimiento injusto del particular<sup>9</sup>.

Si bien es cierto que el estatuto contractual de la administración pública instituye al contratista del Estado como colaborador de la administración en la consecución de los fines del Estado, en los términos previstos en la Constitución Política (artículo 2º) y la ley (Ley 80 de 1993, artículo 3º), no es menos cierto que la realización del interés público que involucra la ejecución de toda obra pública es responsabilidad constitucional, indelegable y exclusiva del Estado, máxime en las obras públicas de infraestructura vial pues así lo definió expresamente el legislador (Ley 105). Es este el fundamento jurídico del poder de dirección y control del Estado sobre los contratos que celebra, y que se materializa en las potestades excepcionales que el legislador le permite reservarse en su actividad contractual, y que en algunos contratos, entre ellos el de obra pública, es irrenunciable (artículo 14, Ley 80 de 1993).

En los contratos de obra pública –directamente o por concesión–, el contratista es agente del Estado en el desarrollo del objeto contractual. El contrato estatal, trasciende en este sentido el derecho privado: es el instrumento jurídico mediante el cual, el particular contratista incursiona en el mundo del derecho propio del Estado: el derecho público.

Es el Estado el que define las especificaciones del objeto contractual, es él el que establece las reglas del contrato mediante acto administrativo (pliegos de condiciones, o términos de referencia), es él el que impone las formas de desarrollo de la obra, es él el que impone al contratista los términos en que éste ha de cumplir con el objeto contratado y es él quien define en últimas el valor del peaje o tarifa que ha de cobrarse a los usuarios o del monto de la valorización que se cobrará entre los beneficiarios de la obra. Así, el contratista responderá, en los términos de la ley y del contrato, por la inejecución o imperfecto cumplimiento de las obligaciones que en virtud de la relación contractual le son impuestas.

Y ello es así, porque si es el contrato estatal el acto jurídico que habilita al particular-contratista para la ejecución de una obra pública, es este mismo acto jurídico el que definirá y establecerá los límites de su responsabilidad como ejecutor. Recuér-

.....

9. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de octubre de 1976. Ponente: doctor Jorge Valencia Arango.

dese que la obra siempre será pública, de propiedad estatal, su beneficio directo es de la comunidad, y la responsabilidad constitucional por la guarda de este interés, que es público, es privativa del Estado.

La legislación propia de la actividad contractual del Estado, Ley 80 de 1993, regula expresamente este concepto y delimita el ámbito de la responsabilidad del contratista, en los siguientes términos:

- El artículo 5º ordena al contratista garantizar y responder por “la calidad de los bienes y servicios contratados”, y les impone como obligación contractual la de denunciar “a quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho”;

- El artículo 26 –numerales 6 a 8– ordena responder a los contratistas cuando: i) Formulen propuestas con condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas; ii) Por ocultar hechos constitutivos de inhabilidades o incompatibilidades; y iii) Deben responder por la buena calidad del objeto contratado.

- El artículo 52 hace responsables a los contratistas “civil y penalmente, por sus acciones u omisiones *en la actuación contractual* en los términos de la ley”.

- El artículo 56, por su parte, en el establecimiento de la responsabilidad penal derivada de la ejecución de un contrato estatal, considera que “el contratista, el intervector, el consultor y el asesor” son “particulares que cumplen funciones *públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, y por lo tanto estarán sujetos a la responsabilidad que en esta materia señala la ley para los servidores públicos*”.

- El artículo 56, establece las sanciones a que se harán acreedores los infractores de la legislación contractual.

Es entonces forzoso concluir que el particular contratista, en tanto agente del Estado en la consecución de sus fines y en la realización del interés público, ostenta como tal una doble responsabilidad, ambas *reguladas y delimitadas en el instrumento jurídico que lo instituye como colaborador estatal: el contrato (contrato que no puede obligarlo a asumir responsabilidades propias del Estado como gestor de la infraestructura de transporte, como son los riesgos imprevisibles y el de regulación), y en tal virtud, incurrirá en responsabilidad contractual o extracontractual cuando incumpla las obligaciones que le fueron atribuidas con la celebración del contrato estatal. No permite la ley ni la Constitución Política que el Estado traslade a los particulares una responsabilidad adicional a la autorizada por la ley ni aquellas no previstas por las partes en el momento de celebrar el contrato y a la que deriva de la esencia y naturaleza del contrato celebrado, en cuanto indispensables para la consecución de su objeto.*

Como se anota un poco más adelante, el contrato estatal no puede incluir cláusulas que, por mandato expreso de la ley son ineficaces (artículos 40 incisos 3 y 24,



numeral 5 de la Ley 80), como son aquellas que pretenden trasladar "riesgos de extensión ilimitada".

2. El equilibrio económico del contrato, la equivalencia prestacional y la traslación de riesgos al concesionario de obra pública en infraestructura de transporte

En nuestro derecho positivo, el principio del equilibrio económico del contrato estatal, encuentra consagración expresa. En efecto, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 define la ecuación contractual en los siguientes términos:

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

Este imperativo legal, de obligatoria observancia en los contratos estatales, encuentra correspondencia en los deberes y derechos que la ley impone y otorga respectivamente a los cocontratantes. Es así como el artículo 4° de la Ley 80 de 1993, ordena al ente público contratante, como uno de sus esenciales compromisos contractuales, adoptar *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*. Y a este fin, las faculta para utilizar *los mecanismos de ajuste y revisión de precios* y si ellos fallaran, les ordena su reconsideración y corrección.

Correlativamente, la misma ley impone a la entidad contratante acudir a similares mecanismos y procedimientos con el fin de preservar o restablecer para sí el equilibrio de la ecuación económica del contrato, ante la ocurrencia de hechos que la alteren en su contra.

Y respecto del contratista, en tanto colaborador de la administración en la realización de sus fines, goza de protección legal en la obtención de la utilidad por él previs-

ta al celebrar el contrato, tal como lo dispone el artículo 3° de la Ley 80 antes transcrito. Es, entonces, la propia ley la que lo garantiza, garantía que constituye, igualmente, defensa del interés público y que se concreta en el más esencial de sus derechos de contratista, en los términos del artículo 5°, numeral 1°, del Estatuto Contractual:

“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, tendrá 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”.

La imposición legislativa predicable de la totalidad de los contratos estatales (incluyendo, naturalmente, los de concesión de obra pública), *nos lleva forzosamente a definir el contrato estatal, cualquiera que sea su objeto, como un contrato conmutativo*, en el que existen prestaciones recíprocas cuyo cumplimiento deberá regirse por el régimen jurídico de los contratos de esta clase (ver artículo 28 Ley 80 de 1993 antes transcrito).

*El contrato oneroso es conmutativo, dice el Código Civil, 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; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, el contrato es aleatorio* (artículo 1498, C.C.).

La Corte Suprema de Justicia al interpretar los alcances de la norma legal transcrita, ha considerado:

“Lo que caracteriza el contrato conmutativo es que las prestaciones a que da nacimiento se conocen ciertamente desde el momento mismo de su celebración; cada parte sabe, o está en capacidad de saber en ese instante el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe en cambio y de determinar, en consecuencia, la utilidad o la pérdida que el contrato le reporta. En el aleatorio ocurre precisamente lo contrario, pues los contratantes no pueden prever en el momento de su celebración el alcance de sus prestaciones o la ganancia o la pérdida que derivan del contrato, puesto que ellas están subordinadas o dependen de una contingencia incierta”<sup>10</sup>.

.....

10. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de junio 1° de 1952, T. LXXII, 503.

En los contratos estatales, no pueden existir "contingencias inciertas" que determinen el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes y de sus derechos derivados de la celebración del contrato. Por el contrario, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, impone el establecimiento y determinación precisa del objeto de las prestaciones contractuales; el artículo 25 de la misma ley ordena a los entes públicos contratantes contar con las definiciones contractuales requeridas con antelación a la apertura de la licitación o concurso o a la celebración del contrato, según el caso; y el artículo 26 del estatuto hace responsables a los servidores públicos de las omisiones en que incurran frente a la aplicación de esta normativa. En efecto, disponen las disposiciones mencionadas, en lo pertinente:

"Artículo 24. *Del principio de transparencia.* En virtud de este principio:

(...)

"5° En los pliegos de condiciones:

a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

b) *Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.*

c) *Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.*

d) *No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.*

e) *Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.*

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

*Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por los hechos aquí enunciados".*

"Artículo 25. *Del principio de Economía.* En virtud de este principio:

(...)

"6. Las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales".

(...)

"12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones o los términos de referencia".

*"La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseño de los proponentes".*

(...)

*"14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cumplir los costos imprevistos ocasionados por el retardo en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados".*

*"Artículo 26. Del principio de Responsabilidad. En virtud de este principio:*

1. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato".

(...)

3. Las entidades y los servidores públicos responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos".

De la normativa transcrita es forzoso concluir que el contrato estatal es esencialmente conmutativo, y es precisamente esta conmutatividad o equivalencia prestacional, la que está llamada a garantizar el principio del equilibrio económico del contrato. Por ser conmutativo goza de las características propias de esta especial clase de contratos.

### 3. Álea ilimitada - indeterminada

Procede ahora examinar si en el contrato estatal de concesión de obra pública es jurídicamente viable la asunción por el contratista de un álea ilimitada, indeterminada, incierta o extraordinaria.

El contrato de concesión de obra pública no es sino un contrato de obra que se paga a través de una fuente distinta a los recursos propios del Estado, dueño de la obra. La remuneración del concesionario la cubrirán, según lo determinen los pliegos de la licitación, o los beneficiarios de la obra pública contratada, esto es, la comunidad usuaria de la misma; o los dueños de los predios que adquieren valorización por la obra; o parcialmente con presupuesto estatal y una de las anteriores modalidades o cualquier otra que garantice el repago de la inversión (artículo 32 Ley

80 de 1993). En esa medida, debe predicarse en este contrato la aplicación de los principios que rigen la contratación pública en general, antes mencionados.

Ahora bien, una cosa es la conmutatividad propia de los contratos estatales y otra los pactos que lícitamente les está permitida a las partes, derivados de la autonomía de la voluntad. A este respecto, la misma Ley 80 de 1993, define el contrato estatal (definición que a nuestro juicio adolece de serios defectos) como "todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad". (Artículo 32). Por otra parte, el artículo 13 del Estatuto prevé la sujeción de los contratos estatales a "las disposiciones comerciales y civiles pertinentes".

Por su parte, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, prevé:

**"Del contenido de los contratos estatales:** Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza".

"Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales".

"En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración (...)" (Lo destacado fuera de texto).

También los artículos 15 y 16 del Código Civil disponen sobre el particular:

"Artículo 15: Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia".

"Artículo 16: No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres".

Como sanción a la contravención de las disposiciones transcritas, el artículo 24, numeral 5, inciso final de la Ley 80 de 1993, como antes se anotó, *declara como ineficaces, de pleno derecho, las estipulaciones de los pliegos de licitación y de los contratos que contravengan estas precisas disposiciones*, norma que no hace otra cosa que reiterar los principios generales del derecho civil sobre la materia.

Ahora bien, como no existe una norma positiva que prohíba en forma expresa la asunción de riesgos por el contratista de la administración pública, podría pensarse que sería factible el traslado de riesgos al contratista, dentro del principio de transparencia que la ley ordena. Es decir, que sería válida la estipulación, siempre que ella

haya sido explícita desde la invitación a contratar y que, por lo mismo, tenga la opción de ser cubierta adecuadamente en la propuesta y, por supuesto, en el contrato. En otros términos, que desde la invitación que se formula por el ente estatal se permita la formulación de propuestas coherentes, completas, suficientemente cubiertas en sus riesgos, todo lo cual debe ocurrir dentro del marco legal antes señalado.

Sin embargo, y en ello se debe tener especial cuidado, es necesario que con el traslado de riesgos al contratista, no se esté desvirtuando la naturaleza eminentemente conmutativa de los contratos estatales, como se dejó analizado, pues no es posible legalmente convertir este contrato en un contrato aleatorio; por consiguiente, es preciso concluir que no es posible trasladar al contratista aquellos riesgos no cuantificables o que no sean mesurables o definibles (riesgo por cambio legislativo-fiscal, ambiental, imprevisión etc.), pues por ese sólo hecho se convertiría la naturaleza del contrato en aleatorio (la incertidumbre de la ganancia o pérdida es la característica esencial de este tipo de contratos artículo 1498 Código Civil); pero, además, como lo ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado, no puede obligarse al contratista a renunciar, en forma general, al derecho a la indemnización (restablecimiento del equilibrio económico o financiero del contrato) que proviene tanto de la Constitución (artículos 13 y 58) como de la ley sobre contratación estatal (artículo 24, numeral 5, inciso final), cuando la afectación de su patrimonio proviene del acaecimiento de hechos imprevisibles o que dependen de la voluntad del legislador y que, por lo mismo, lo colocarían en situación de desigualdad frente a las cargas públicas, haciéndole más gravosa su situación ante el costo-beneficio que derivaría la comunidad de la ejecución de la obra. Es decir, que son irrenunciables por vía general y *a priori*, las garantías constitucionales sobre igualdad de trato a todos los habitantes del territorio (artículo 13 de la C. N.) y las relacionadas con la protección al patrimonio (artículo 58 C. N.) y su renuncia por vía general sería nula, tal como lo ha definido la jurisprudencia.

En providencia de marzo 27 de 1992, la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del expediente N° 6353, actor: Ceat General de Colombia S. A., dijo sobre el tema de la determinación de las obligaciones a cargo del contratista:

*“(...) Pero lo que sí no tiene presentación es que un contratista al hacer su propuesta se haga cargo de costos y gravámenes eventuales que puedan concretarse por voluntad futura del legislador. Esto equivaldría a renunciar, en forma general, a la indemnización de perjuicios originada en el hecho del príncipe. Renuncia que sería nula, tal como lo afirma el profesor Marienhoff en su obra Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, 1983, Tomo III A P. 492. (...)”*

*“(...) Es bien sabido que el equilibrio financiero de un contrato puede sufrir alteración por un hecho imputable al Estado, como sería, entre otros, el conocido doctrinariamente*

como "hecho del príncipe" y determinante del álea administrativa. Hecho, siempre de carácter general, que puede emanar o de la misma autoridad contratante o de cualquier otro órgano del Estado. Si el hecho es de carácter particular y emana de la misma autoridad pública contratante, su manejo deberá enfocarse en función de la responsabilidad contractual y no en razón de la teoría indicada (...).

"(...) El fundamento de tal responsabilidad del Estado hacia su cocontratante, basada en el "hecho del príncipe" radica en los "principios" de los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, pues so pretexto de que cumpla el contrato administrativo (de obvio interés general o público), al cocontratante se le estaría dando un trato desigual respecto de los demás habitantes, ya que, aparte de que la norma "general" dictada afecta los derechos individuales de tal cocontratante, al exigirle el cumplimiento del expresado contrato haríase incidir sobre él una carga que no pesa sobre las demás personas, cuyo derecho, en la especie, no experimenta desmedro específico alguno por razones de interés público. Tampoco es concebible que, en beneficio público, a raíz de la norma "general" dictada que trastorna o altera la economía o ecuación financiera de su contrato, el administrado reciba menoscabo patrimonial sin indemnización, como ocurriría si, en las circunstancias expuestas, se pretendiera que el cocontratante cumpla igualmente sus obligaciones, cargando con una lesiva situación que excede todas las previsiones del contrato; habría allí un menoscabo de la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad (artículo 17 de la Ley Suprema) —de la que forma parte el derecho nacido de un contrato—, ya que en beneficio del interés general se lesionaría el patrimonio del cocontratante. A las demás personas o habitantes a quienes afecte la expresada medida "general", no les corresponde en este supuesto, indemnización alguna, por cuanto la situación de tales personas, al no hallarse éstas vinculadas al Estado por un contrato, no es "diferencial", no pudiendo invocar en su favor la existencia de un perjuicio específico y particular derivado de esa norma "general". En tales casos, la obligación del Estado de indemnizar al cocontratante es una obvia consecuencia del "principio" también contenido en el expresado artículo 17 de la Constitución, conforme al cual todo menoscabo patrimonial o individual ocasionado por razones de interés público o general, debe ser resarcido; trátase de un principio general de derecho aplicable en todos los supuestos de lesión patrimonial particular por razones de interés público y no sólo en los casos de expropiación por causa de utilidad pública (...).

En providencia de mayo 9 de 1996, la misma Sección Tercera del Consejo de Estado Colombiano, dentro del proceso N° 10.151, Actor: *Société Auxiliaire D'entreprises* —SAE—, expuso:

"(...) 7. El equilibrio económico del contrato".

"Tema de indispensable pronunciamiento en el caso examinado es el concerniente al principio del equilibrio o ecuación financiera del contrato, cuya preservación a través de la ejecución de aquel, desde el punto de vista legal, jurisprudencial y doctrinario ha sido criterio prevalente, inclusive sin que normativa o estatutariamente se hubiere consagrado. Sabido es que desde la propia génesis del negocio jurídico las partes aceptan conocer

cuál es el beneficio que derivarán del mismo. Para la administración: el logro de los fines esenciales del Estado. Para el contratista: la obtención de un provecho económico. Se establece, entonces, la regulación económica del negocio y a través de la misma se orienta la relación contractual. El concepto analizado reviste especial importancia en aquellas relaciones contractuales conmutativas y de ejecución a mediano o largo plazo, con razón en que cualquier variación que se presente en la economía del contrato necesariamente incide en el equilibrio financiero del mismo”.

“Ahora bien, ese equilibrio financiero puede resultar afectado por varias causas, algunas atribuibles a la propia administración contratante, como sería el incumplimiento de sus obligaciones contractuales o la modificación en las condiciones de ejecución del contrato; otras, también imputables a la administración, pero provenientes del ejercicio de su función estatal; así mismo, la ecuación financiera puede sufrir menoscabo por factores ajenos y extraños a las partes involucradas en el negocio, en cuya ocurrencia se habla de la teoría de la imprevisión. Este último caso es el que interesa a la Sala examinar en el *subjudice*, por cuanto se trata de aquellas circunstancias de hecho, que de manera imprevista surgieron en la ejecución del contrato, ajenas a la entidad como parte, al Estado como administración y, por supuesto, provenientes u originados en hechos, comportamientos y situaciones también extraños a la persona del contratista”.

“Precisamente para mantener el equilibrio económico del contrato y como medida de protección para el contratista, como colaborador del Estado, frente a la ocurrencia de cualquiera de los eventos señalados, la doctrina, la jurisprudencia y legislaciones extranjeras han consagrado o recomiendan medidas de protección para estos casos específicos, recomendaciones que igualmente han atendido la legislación y jurisprudencia nacionales. En tal sentido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de 11 de marzo de 1972 resaltaba cómo en el contrato administrativo el particular no se halla a merced de la administración, y si bien el interés privado no puede paralizar la acción administrativa que pretende satisfacer el interés general ‘(...) si en este proceso resultan lesionados legítimos intereses patrimoniales de particulares, la administración está obligada a reparar el daño causado (...)”.

“(…) Pero, de otra parte, en punto del mantenimiento del equilibrio financiero, la previsión del legislador fue más allá, dado que no limitó las causas del mismo a la actuación de la administración, sino que igualmente contempló la necesidad de restaurarlo cuando se hubiera alterado por causas ajenas a las partes. De ahí que autorizara la revisión periódica de los precios en contratos como los de obra pública, consultoría y suministro, por variaciones determinantes de los costos”.

“(…) En el anterior orden de ideas, se considera que frente a una situación de desequilibrio financiero del contrato, le corresponde a la administración asumir en su totalidad el compromiso de colocar a su colaborador-contratista en un punto de no pérdida, y aún más, en una situación económica tal, que sus expectativas de lucro vigentes a la celebración del contrato no se vean menguadas por causas ajenas a su propia voluntad. Por tanto, cuando los factores que generan ese desequilibrio económico del contrato son extraños, ajenos al propia contratista, la única forma de mantener la ecuación financiera consiste en que la



administración asuma los costos necesarios para que su cocontratante no sólo obtenga el monto de las inversiones realizadas dentro del curso ordinario y aún extraordinario de la ejecución del contrato, sino que además, deberá reconocerle y pagarle sus utilidades, lucros o ganancias, desde luego razonables y ceñidos a las condiciones de contratación”.

“(…) La Sala no pretende desconocer que todo contratista con el Estado, asume la obligación de soportar un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere inherente a todo tipo de contratación pública. *Pero tampoco podría admitirse que en una relación contractual de derecho público, el contratista deba asumir riesgos anormales o extraordinarios, de suficiente entidad como para afectar la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener los beneficios, utilidades o provechos pecuniarios contractualmente presupuestados.* Aquellas contingencias implicarían en su contra un indebido sacrificio frente a la satisfacción de un interés general, cuya beneficiaria si bien directamente es la comunidad, viene a serlo por gestión de la propia administración, pero con clara desproporción económica del contrato, como consecuencia inmediata de la pérdida del equilibrio financiero del mismo, cuyo restablecimiento, en últimas corresponde disponerlo al juzgador a falta de acuerdo conciliatorio entre las partes (…)

La Corte Constitucional en sentencia de junio 6 de 1996, N° C-250. M. P. doctor Herrera V. dijo sobre la Concesión de obra pública:

“(…) El contrato de concesión es, pues, un contrato del Estado cuya finalidad es el uso de un bien público o la prestación de servicios públicos, que en principio, como así lo dispone el estatuto superior, le corresponde prestar al Estado. Su objeto está directamente relacionado, por tanto, con el interés general, el cual está representado en una eficiente y continua prestación de los servicios y en la más oportuna y productiva explotación de los bienes estatales”.

“Derivado de su naturaleza, eminentemente administrativa, el contrato de concesión lleva implícitos beneficios contractuales para el Estado, los cuales se originan en la necesidad de otorgar medios jurídicos que le aseguren al Estado la ausencia de intervalos, por ejemplo, en la prestación de un servicio público, que afecte los derechos de la colectividad o de los usuarios de los bienes (…)

Todo este desarrollo jurisprudencial, reiterado una y otra vez por las Altas Cortes desde hace más de 25 años, parte siempre de que el contratista estatal (y el concesionario de obra para infraestructura vial lo es) es un colaborador de la administración estatal en el cumplimiento de su función pública, siempre destinada a la satisfacción del interés público, común o colectivo; que como habitante del país debe colaborar con el mismo con las cargas públicas, pero siempre en igualdad frente a los demás habitantes del territorio (artículo 13 C. N.) y, por lo mismo, no tendrá que soportar cargas adicionales o distintas cuando la ejecución de obras públicas en beneficio del común, requiere de mayores inversiones o costos por hechos no posi-

bles de prever o calcular al momento de contratar. Si ello se impusiera al contratista, se rompería el principio de igualdad que la constitución protege frente a las cargas públicas.

Sobre la definición, alcance y protección constitucional al principio de igualdad en general y frente a las cargas públicas, en particular, es muy prolija la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

En este contexto conceptual y normativo, teniendo siempre presentes las limitaciones y prohibiciones constitucionales y legales expuestas, corresponde a la administración, al elaborar los pliegos de condiciones para cada proceso licitatorio, determinar cuáles de los riesgos del proyecto (de los trasladables legalmente) debe asumir en el caso concreto el proponente y futuro contratista.

Debe resaltarse que la selección del contratista de concesión de obra pública, por expresa disposición legal, siempre deberá ser hecha, por lo menos inicialmente, a través de procesos licitatorios, esto es, por licitación pública (artículo 24 en concordancia con el 32 Ley 80). En esta medida, los pliegos de condiciones de la licitación deberán ceñirse estrictamente a lo previsto en el artículo 24, numeral 5°, que establece los requisitos mínimo-legales que deben incluirse en los pliegos de condiciones. Así, la administración pública al diseñar el negocio objeto de la invitación a contratar, deberá, en forma explícita, dar a conocer a los eventuales proponentes-contratistas las condiciones en las que ella está dispuesta a celebrar el contrato y los riesgos que asumirá el contratista que resulte favorecido. Éstos, a su vez, deberán estar dispuestos a aceptar las condiciones del contrato licitado, como requisito contractual.

Debe tenerse en cuenta, además, que el traslado de muchos riesgos únicamente será operante en los contratos de concesión de obra pública en los que el contratista tenga a su cargo, además de la financiación, la obligación del diseño<sup>11</sup>. De lo contrario, no podría darse la exención de responsabilidad y el consiguiente traslado de riesgos, en tanto que tal estipulación resultaría violatoria de la normativa contenida en el artículo 24, numeral 5°, literal d), en concordancia con el 25, numeral 12 de la Ley 80 de 1993, normas que no podrán ser derogadas por pactos o convenios, por tener interés directo en su observancia el orden y las buenas costumbres. Se trata en últimas de la "moralidad administrativa" que hoy goza de rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico.

.....

11. Esta modalidad contractual es la comúnmente conocida en la doctrina como "contratos llave en mano".

Ahora bien, si este fuere el caso, corresponderá al proponente al elaborar su oferta, prever la asunción de riesgos –que expresamente se han consignado en los pliegos de condiciones– y el impacto que su eventual materialización pudiera tener en la remuneración pactada.

Específicamente hablando de concesión de obra pública, tenemos que la regla general en materia de remuneración del concesionario, se medirá en términos de recuperación o retorno de su inversión en el proyecto. Así, y teniendo en cuenta que los ingresos del concesionario serán los derivados de la operación de la obra, el monto de éstos deberá corresponder a las prestaciones debidas por el contratista y hallar equivalencia en la asunción de los riesgos contractuales.

Esta premisa es consecuencia lógica de la categoría jurídica del contrato estatal: es, como se vio, un contrato conmutativo. Y de esta misma connotación, surge la necesidad de guardar, aún en esta hipótesis, el equilibrio financiero del contrato, sólo que su preservación y restablecimiento durante la vida del contrato, se predicarán respecto de las condiciones reales bajo las cuales se celebró el contrato. De allí que sea indispensable la precisión del objeto a contratar y las condiciones bajo las cuales se obliga el contratista, desde el momento mismo en que se formula la invitación (Pliegos de Condiciones), y el entendimiento, aceptación expresa y medición de los alcances de los riesgos que asume por el contratista desde el instante en que acepta la invitación del Estado. Ello es así, puesto que Pliegos y Oferta, se integrarán en el contrato estatal, cuyo contenido no podrá rebasar los límites impuestos por los documentos que antecedieron su celebración y en los que debe encontrarse consignada la verdadera intención de las partes al contratar. El contratista se obliga a la ejecución del contrato estatal, pero dentro de los precisos linderos establecidos en el contrato, determinados por las condiciones vigentes al momento de la celebración del contrato<sup>12</sup>. Son estas condiciones, reflejadas y proyectadas en los riesgos trasladados al contratista en virtud del contrato, las que constituyen la base de la ecuación económica a cuya preservación tiene derecho el concesionario en virtud del principio del equilibrio económico del contrato, que como vimos, informa la contratación pública. Esta ecuación se romperá cuando esas condiciones desaparezcan por hechos o circunstancias no imputables al contratista y que no pudo *razonablemente* prever en el momento de celebrar el contrato: es el álea extraordinaria que ningún contratista del Estado está llamado a asumir en su función de colaborador del

.....

12. Artículos 1602 y 1603 del Código Civil.

Estado en la consecución de sus fines, so pena de que se quiebre el principio constitucional fundamental de la igualdad de los administrados ante las cargas públicas.

Nos encontramos ante el enunciado de las Teorías de la Imprevisión y del "hecho del príncipe", como riesgos no trasladables al contratista bajo ningún supuesto. En efecto, la traslación de riesgos al contratista no hace del contrato estatal un contrato aleatorio. La equivalencia prestacional que debe mantenerse es precisamente la definida por las partes al momento de formular la invitación a contratar y de ofrecer la *celebración del contrato respectivamente*.

#### 4. La teoría de la imprevisión: Álea normal y álea anormal

La teoría de la imprevisión encuentra consagración expresa en nuestro derecho positivo. Dispone el artículo 868 del Código de Comercio:

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

"El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato".

"Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea".

Esta teoría, legalmente consagrada en favor del contratista afectado, está establecida para protegerlo contra los riesgos incalculables o no previsibles al momento de contratar; esto es, para restablecer la equidad contractual cuando quiera que hechos extraordinarios, imprevistos e imprevisibles razonablemente, sin llegar a imposibilitar la ejecución del contrato, le dificultan en forma extrema el cumplimiento de la obligación adquirida, haciéndolo tan oneroso que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad.

En síntesis, pueden resumirse así los requisitos de aplicación de la teoría de la imprevisión:

- La dificultad y onerosidad en el cumplimiento de la obligación pactada debe estar ocasionada por un hecho o sobreviniente a la fecha de presentación de la propuesta o de la celebración del contrato en los casos de *contratación directa*, o, por lo menos que se hizo conocido por la parte afectada con posterioridad a tales oportunidades.

- El hecho que causa la aplicación de la teoría debe ser jurídicamente inevitable para el contratista y no haber sido provocado por su imprevisión, negligencia o impericia. Esto es, el hecho debe ser ajeno al contratista.

- La teoría de la imprevisión no puede predicarse de un error de oferta o derivado del llamado *álea normal del contrato*, esto es: “El *álea* que debe quedar a cargo de la parte contratante es el *álea ordinaria*; aquel que razonablemente se puede decir que las partes han debido tener en sus previsiones”, por contraposición a “las *áleas extraordinarias*”, entendidos, por una parte como “los eventos que frustran todos los cálculos que las partes han podido hacer al celebrar el contrato y que exceden los límites extremos que las partes han podido considerar en ese momento, las circunstancias que alteran la economía del contrato”<sup>13</sup>.

## 5. La teoría del “hecho del príncipe”

También construida de tiempo atrás por la jurisprudencia y doctrina francesas, consiste, básicamente, en la protección o derecho resarcitorio que se da al contratista estatal por aquel denominado *álea administrativo*, resultante del ejercicio de la autoridad pública y de sus prerrogativas que incide en las obligaciones del contratante. El Estado, a través de una de sus agencias o dependencias, en ejercicio del poder natural de “normar” o “adoptar decisiones reglamentarias” agrava, por ese ejercicio de su potestad, las condiciones de ejecución del contrato *fait du prince*.

La aplicación de estas dos teorías enunciadas, tienen siempre aplicación en todos los contratos estatales, aun cuando no hubiere disposición expresa de la ley, como lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado reiteradamente.

“(…) Constituyen síntesis o apotegmas de derecho cuya enunciación se remonta a tiempos inmemoriales del pensamiento jurídico, pero cuya elaboración analítica y refinamiento teórico se deben a los tratadistas y al Consejo de Estado franceses, artífices indiscutibles de los más considerables avances de la ciencia del derecho en el mundo contemporáneo. Ambas teorías, como lo anotan los autores, confinan tangencialmente y aún llegan a exhibir evidentes interferencias con otras, tales como las del enriquecimiento sin causa y la del abuso del derecho. Estas últimas descriptivas de situaciones aberrantes a la luz del derecho y la equidad, en que, como en las teorías analizadas, el remedio ideado toma el nom-

.....

13. Dictamen del Comisario de Gobierno Corneille, expuesto en el caso “Fromassol”, Consejo de Estado francés, 3 de diciembre de 1929.

bre del mal que busca corregirse, aparecen participando de bulto en la morfología de aquellas. En efecto, en la teoría de la imprevisión, el mantenimiento del desequilibrio sobreviniente significaría un enriquecimiento incausado para la parte que, no soportando la sobrecarga, va a disfrutar de iguales o mayores beneficios a los que inicialmente era materia del pacto. Y si es la administración la que, so pretexto del bien común, impone el mantenimiento de tal desequilibrio, es ella la que en tal evento está pisando los terrenos del desvío de poder, que es una de la especies pertenecientes a la protoforma genérica del abuso del derecho. El "hecho del príncipe", se ha visto, causa una perturbación contractual en perjuicio del contratista privado, que de subsistir implicaría el desafuero o abuso de autoridad. Como se ve, las anteriores configuraciones aberrantes se entremezclan y amalgaman en complejos antijurídicos que la ciencia del derecho, en sus manifestaciones teóricas y jurisprudenciales, busca corregir a todo trance. También la ley los corrige".

"19. Tanto la teoría de la imprevisión como la del "hecho del príncipe" se hallan implícitas en la ley colombiana, por cuanto ésta previene contra los estragos que pueden causar al contratista las alteraciones sobrevinientes del equilibrio económico por la variación de cualquier factor determinante de los costos preestablecidos en el momento de la celebración del contrato (...)".

"(...) No se puede entender, pues, ninguna estipulación contractual, por claro que sea su significado literal, en el sentido de que es fuente *ad infinitum* a cargo de una de las partes y en beneficio de la otra, sin que ésta, por su parte, retribuya a aquélla la mayor onerosidad causada por la mayor carga (...)"<sup>14</sup>.

## 6. El servicio público: su continuidad, regularidad y permanencia son garantías constitucionales

Independientemente del concepto legal sobre los límites al traslado de riesgos al contratista, es preciso, además, resaltar cómo la Constitución (artículo 365) y la ley colombianas (Ley 105 de 1993), atribuyen al Estado y a sus diferentes dependencias encargadas, la obligación respecto de la construcción de la infraestructura del transporte, independientemente de que lo haga en forma directa o indirecta mediante celebración de contratos de obra o de concesión de obra.

Esta obligación suya implica, sin cuestionamiento alguno, que la imposibilidad de ejecución del contrato por el contratista debido a su quiebra o a los sobrecostos u

.....

14 (Sentencia de septiembre 20 de 1979, Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente N° 2742. Actor: Alegría Fonseca de Jacobus, providencia en la que transcribe apartes de otras providencias y Laudos Arbitrales en ella citados).

onerosidad sobreviniente, incluso por mala preparación de la oferta o por cualquier otra causa, no lo van a relevar del cumplimiento de su obligación y que, por lo mismo, si pretende deshacerse de todos los riesgos en la ejecución de los proyectos, en el fondo lo que está es corriendo el mayor riesgo: que el contratista le incumpla o que se vea colocado por fuerza de las circunstancias en imposibilidad de ejecutar el objeto del contrato y que, debido a ese incumplimiento, la entidad contratante se vea forzada a asumir directamente o por medio de otro demorado proceso de contratación con particulares, el compromiso con la comunidad, muy seguramente a costos mucho más altos que los que hubiera significado asumir racionalmente ciertos riesgos del proyecto desde el comienzo.

Por ello, en el estudio de asignación de riesgos, debe siempre tenerse presente esa obligación constitucional y legal, la cual jamás podrá ser objeto de traslado hacia los particulares contratistas.

## 7. La razonabilidad de la traslación del riesgo

Como se ha expuesto en este documento, salvo los límites específicos mencionados (la teoría del “hecho del príncipe” y de la imprevisión —que envuelven la fuerza mayor y el caso fortuito—, la traslación de riesgos es permitida por la ley, en tanto y en cuanto constituyan riesgos previsibles razonablemente. Es decir, dentro de este marco conceptual claro, el traslado de esos riesgos “trasladables” no constituye un problema de legalidad o posibilidad jurídica, sino un problema de conveniencia, razonabilidad, bancabilidad de los proyectos. Por lo mismo, la forma de analizar la posibilidad de ese traslado de riesgos, es con una óptica no jurídica sino desde las otras perspectivas de conveniencia para el desarrollo mismo del proyecto y, por sobre todo, sobre su posibilidad de financiamiento, aspectos que escapan al análisis de este trabajo, pero que no deben dejarse de mencionar dentro del estudio que se realiza.

Expositores sobre este tema recalcan siempre sobre la necesidad que en cada caso, según las particularidades propias del proyecto a realizarse por concesión, deben establecerse los riesgos a cargo de las partes contratantes. Roger Thomas en su exposición dentro del Seminario “Concesiones en Infraestructura” realizado en Bogotá en 1996 bajo el auspicio del Ministerio de Hacienda, la CAF y COINVERTIR, relacionado con las “experiencias internacionales en la asignación de riesgos en los esquemas de concesión y propuesta para Colombia” afirmó:

“(...) Un *project finance* es una manera de repartir, de asignar riesgos, pero no de evitar los riesgos involucrados en él. En el fondo se trata de una mecánica para financiar proyectos en que todas las partes que participan en el proceso aceptan de un modo u otro ciertos

riesgos relacionados con el proyecto, y SOBRE TODO FRENTE A LOS PRESTAMISTAS U OTRAS FUENTES DE FINANCIAMIENTO DEL PROYECTO (...) (Mayúsculas fuera de texto)”.

“Imponer riesgos sobre el contratista o el financista puede representar un mayor costo del proyecto, porque ellos pueden sobrestimar el costo de dominar este tipo de riesgo; la lógica indica que hay que entrar a definir quién puede hacerse responsable de un determinado riesgo a un menor costo, para evitar aumentos innecesarios del costo final de la propuesta frente al auspiciador del proyecto (...)”.

En el mismo seminario citado e interviniendo sobre el mismo tema Margareth Calvet, manifestó:

“En los *project finance* (concesiones) existen algunos principios que son válidos para todos, independientemente de la ubicación. Tales principios son los siguientes: en primer lugar, la relación entre el riesgo y el costo total del proyecto; cuanto menor sea el riesgo menor será el costo y, viceversa, cuanto mayor sea el riesgo mayor será el costo. Al hablar de riesgo éste debe interpretarse no sólo como financiero, sino también el político, el de los suelos en gasoductos, en fin, todos los riesgos del proyecto. Así, en la medida en que se reduzcan estos riesgos, se reducirá el costo total del proyecto”.

“En segundo lugar encontramos la asignación de riesgos. Estos deben asignarse a la parte que tenga mayor capacidad para manejarlos(...)”<sup>15</sup>.

## IV. La autonomía de la voluntad en la contratación estatal

### A. La ley 80 de 1993

Como se ha mencionado anteriormente, “las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan *la autonomía de la voluntad* y requieran el cumplimiento de los fines estatales”, reza el artículo 40 de la Ley 80 de 1993. En tal virtud, precisa la norma, en sus contratos, los entes públicos podrán incluir “las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consi-

.....

15. (Citas tomadas de la publicación *Concesiones en Infraestructura* publicación de COINVERTIR 1996).



deren necesarias y convenientes, *siempre que no sean contrarias a la Constitución, la Ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración*.

Así, las entidades estatales, en su actividad contractual “se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes”, *con excepción de las materias particularmente reguladas por la Ley 80 de 1993* (artículo 13).

En este marco legal, las entidades sometidas a la normativa del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, podrán celebrar “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones”, previstos en el derecho privado –Código Civil y Código de Comercio–, en disposiciones especiales *o derivados de la autonomía de la voluntad*, actos jurídicos denominados por la misma ley como contratos estatales, regulados por ella y sujetos a los principios y finalidades que ella misma consagra, sin perjuicio de la inclusión de todas aquellas cláusulas permitidas por la ley en la contratación entre particulares, siempre que las mismas no contradigan o desvirtúen las disposiciones especiales que particularmente rigen los contratos estatales.

## B. La autonomía de la voluntad en el derecho privado y su aplicación en la contratación estatal

Es cierto que los particulares, por mandato constitucional (artículo 6°), se encuentran autorizados para realizar todas las actividades que no estén expresamente prohibidas por las leyes; pero esa autorización tiene precisamente el límite previsto por la citada norma, esto es que en ejercicio de tal potestad *no podrán transgredir el régimen normativo que les impone la sujeción a los principios generales de derecho, y la observancia de las normas cuyo contenido corresponda a los conceptos de interés o utilidad pública, orden público y moralidad pública*.

Así, será válido, todo convenio que no esté expresamente prohibido por las leyes; y están prohibidos los pactos derogatorios de disposiciones de orden público o pretendan desconocer las prohibiciones impuestas por el legislador en determinadas materias, estarán viciadas, desde su nacimiento, de nulidad absoluta o ineficacia jurídica, según los efectos legales señalados en las disposiciones que regulen la materia (artículos 15 y 16, C. C.)

Es así como, de conformidad con la legislación civil, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario, además de contar con la capacidad legal al efecto y prestar libremente su consentimiento, que el objeto de la obligación sea lícito, esto es, que su celebración no se encuentre prohibida por las leyes y que no contrarie principios inderogables de orden superior (artículo 1502

del C. C.). Y “hay objeto ilícito –dispone el artículo 1519 del C. C.– *en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación*”. “Hay así mismo objeto ilícito –reza el artículo 1523 del mismo estatuto– en todo contrato prohibido por las leyes”.

Por otra parte, las estipulaciones de los contratantes tendientes a desconocer los principios enunciados, se hacen acreedoras a la sanción legal de nulidad o invalidez. “Los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie a la acción de nulidad” (artículo 1526 C. C.).

La normativa que se comenta ha sido interpretada y precisada en sus alcances por la Corte Suprema de Justicia<sup>16</sup>, en el contexto del derecho privado, así:

“En virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada les está permitido a los particulares crear, modificar o extinguir obligaciones mediante actos jurídicos de carácter unilateral, bilateral o plurilateral (...)”.

“La sola existencia de la voluntad no es suficiente para producir efectos en derecho. Es necesario que dicha voluntad se presente bajo la forma de una manifestación externa, la cual puede ser interpretada, con base en las reglas de la hermenéutica jurídica. Estas reglas en general buscan no sólo hacer prevalecer la intención de los contratantes, sino la realización de principios superiores como la buena fe, la eficacia, la equidad y el equilibrio de las prestaciones en la ejecución de los contratos”.

En esta materia, entonces, se perfilan como principios rectores de la autonomía de la voluntad en derecho privado, de una parte, el que enseña que todo contrato *legalmente celebrado* es ley para las partes, y de otra, el que permite a las partes *derogar las normas supletivas de la voluntad*, no así las contentivas de principios y normas de derecho público o en las que tengan interés la moral, las buenas costumbres o el orden público (artículos 15 y 16 del C. C.).

Es por ello que no encuentra razón el argumento que pretende establecer que en el derecho privado, “todo está permitido”. No es así. La autonomía de la voluntad se encuentra tan cercada por un cúmulo normativo de limitaciones, que atienden a la realización del interés público. A los particulares se les “permite todo aquello que no se encuentre prohibido, restringido o condicionado”.

.....

16. Sentencia del 27 de marzo de 1996, expediente 4714, M. P.: doctor. Pedro Lafont Pianetta.

Se concluye entonces, que, como lo estableciera el profesor Peña<sup>17</sup>, “podríamos decir que en Colombia esa autonomía de la voluntad y esa libertad contractual del derecho privado deben respetar estos límites, por lo menos:

- La buena fe (artículos 1602 del C. C. y 871 del C. de Co.);
- El objeto y la causa lícitos (artículos 1523 y 1524 del C. C.);
- El orden público y las buenas costumbres (artículo 16 del C.C.);
- Que si se trata de renunciaciones, no estén prohibidas (artículo 15 del C. C.);
- Que lo pactado sólo aprovecha o perjudica a las partes (efecto relativo de los contratos), y su consecuente interpretación restringida a ese sólo contrato (artículo 1619 del C. C.);
- Que no se puede abusar del derecho (artículo 830 del C. de Co.), de la posición dominante (una disposición especial en el Decreto 2153 de 1992, artículo 50 y ss.), ni enriquecerse indebidamente a costa de otro (artículo 831 del C. de Co.);
- Que no se puede negociar en fraude a la ley (desarrollo jurisprudencial del artículo 8° de la Ley 153 de 1887);
- Que no se puede inducir o crear una situación generalizada de error porque en ese caso se debe responder por la apariencia jurídica propiciada (*error communis facit jus*), principio incorporado en el artículo 842 del C. de Co.”

Lo anterior, nos lleva necesariamente a concluir con el citado autor<sup>18</sup>, *que bajo la óptica del derecho común –Civil y Comercial–* “la autonomía de la voluntad se expresa en una libertad contractual cada vez más reglada, en la medida en que por la vía de normas expresas el legislador ha tenido que entrar a precaver situaciones abusivas de la parte dominante, a su vez lesivas de la parte débil de la relación contractual”. Así, no existe la tan sonada “libertad absoluta” que en materia contractual, muchos han querido atribuirle al derecho privado.

Concordante con la ley y la jurisprudencia sobre los alcances y limitaciones de la autonomía de la voluntad en derecho privado, ha sido la doctrina comercial y civilista que ha incursionado en este tema, y en relación con los límites de la voluntad privada en materia contractual y la inclusión del concepto en la contratación pública, ha sido especialmente prolija.

.....

17. PEÑA CASTRILLON, Gilberto. *Aspectos controversiales de la Ley 80 de 1993*, Universidad de los Andes, septiembre de 1994.

18. *Ibidem*.

Para mayor ilustración, parece conveniente transcribir algunos apartes de la opinión que en relación con este tema, consignó en su libro *Derecho Privado, Estudios del Derecho Civil y Comercial*, el tratadista Jorge Suescún Melo<sup>19</sup>:

*"2.4.1 Fijación de términos, condiciones y demás cláusulas principales".*

"La libertad para definir el contenido del contrato tiene, ante todo, límites infranqueables representados en las normas inderogables y en consideraciones de orden público o interés general y en imperativos de carácter ético, plasmados en la noción de buenas costumbres".

"Con estas excepciones en desarrollo de la autonomía de la voluntad, los particulares pueden apartarse y sustituir toda la legislación restante consistente en normas de carácter indicativo o supletivo".

"Recuérdese al respecto que la legislación contiene, en materia contractual, ciertas normas imperativas o prohibitivas, que siguen siendo minoría. Estas normas fijan claros límites a la autonomía de la voluntad. De otra parte, se encuentran el resto de las normas, que son mayoritarias; son las dispositivas o supletivas. Estas disposiciones son expresamente permisivas, o por no contener una prohibición, se entiende que autorizan un determinado comportamiento. Igualmente son las que complementan la voluntad declarada de las partes, en el sentido de que si no se pacta otra cosa, se considera que lo previsto por la norma es lo querido por los contratantes. Estas normas confieren un poder regulador a las partes, quienes pueden derogarlas y sólo se aplican a falta de pacto que establezca otra cosa".

"(...) Ahora bien, ¿cómo se integra el ordenamiento jurídico en los contratos entre particulares? Es decir, ¿cuál es la jerarquía de normas que conforman el régimen? En primer término, si se trata de un contrato típico esa jerarquía tiene el siguiente orden: a) Las normas imperativas aplicables al contrato de que se trate; b) Las estipulaciones lícitas de las partes, bien sea que versen sobre elementos esenciales, naturales o accidentales del contrato; c) Las normas supletivas del contrato tipo correspondiente; d) Las normas generales de los actos jurídicos; e) La analogía de la ley; y f) Las reglas o principios generales de derecho".

"Tratándose de contratos atípicos la escala de prelación se conforma así: a) Las normas imperativas aplicables; b) Las estipulaciones lícitas de las partes sobre cualquier elemento del contrato; c) Las normas generales de los actos jurídicos; d) La analogía de la ley; y e) Las reglas o principios generales del derecho".

"Estas escalas que muestran la jerarquía de las normas en la elaboración del régimen contractual ponen de manifiesto que la única cortapisa a la autonomía de la voluntad, en

.....

19. SUESCUN MELO, Jorge. *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, pp. 270 y ss.

cuanto a la determinación del contenido del contrato, son las normas imperativas y que los particulares pueden dejar de lado cuantas normas supletivas o dispositivas deseen”.

“De acuerdo con la Ley 80 ¿cómo se conformaría ese régimen normativo en materia de contratación de las entidades estatales? a) Ante todo deben ubicarse las normas imperativas de la Ley 80, o las normas imperativas que se encuentren en disposiciones especiales sobre contratación de entidades públicas (es decir normas de orden público...); b) Los pactos lícitos celebrados por las partes relativos a elementos esenciales, naturales o accidentales del negocio; c) Normas indicativas del contrato tipo que se celebre; o si es atípico, las normas generales de los actos jurídicos”.

“Según lo anterior, para medir el alcance de la autonomía de la voluntad en la contratación pública, es necesario ante todo, precisar los aspectos que fueron regulados imperativamente por la Ley 80 para deducir así el juego que se permite a la mencionada autonomía”.

“De entrada se observa que la ley contiene ciertos principios básicos como el de la transparencia, la economía, la responsabilidad. Estos principios tienen dos propósitos mayores. El primero, guiar la labor de los servidores públicos en todas las etapas contractuales; y el segundo, servir como instrumento de interpretación de las cláusulas contractuales”.

En el mismo sentido, el doctrinante Guillermo Ospina Fernández, dijo en su obra *Teoría general de los actos jurídicos*<sup>20</sup>:

“La subordinación de la voluntad privada al orden público. Por otra parte, la conveniente generosidad que nuestro Código muestra hacia la autonomía de la voluntad privada no se opone, como ya quedó dicho, a que también la haya situado en la justa posición que le corresponde en el ordenamiento jurídico y social”.

“Si la iniciativa particular no se limita adecuadamente, en forma tal que opere siempre con la debida subordinación al orden público, deja de ser benéfica para la satisfacción de las necesidades individuales y para el progreso de la sociedad; pasa entonces a constituir grave amenaza para los asociados y para ésta. Los primeros quedan expuestos a sucumbir en una lucha egoísta y despiadada, en la cual prevalecerán la avaricia, la astucia y la inescrupulosidad sobre la penuria, la inexperiencia y la buena fe; y la segunda queda expuesta a derrumbarse, tanto por el debilitamiento y la pugna entre sus miembros, como porque la voluntad privada sin freno, por satisfacer el interés particular, que es su objetivo inmediato, pierde de vista el interés general y el menoscabo que pueda irrogarles al derecho ajeno, a las buenas costumbres y, en general, a los principios angulares del orden social”.

.....

20. Editorial Temis, Bogotá.

Con el fin de abundar en la argumentación que sobre la materia han dejado sentada representativos tratadistas de la doctrina en el derecho privado, transcribimos el análisis realizado por el autor Gilberto Peña Castrillón, en su escrito *Solución de controversias contractuales en la Ley 80*, al tratar la autonomía de la voluntad en la citada ley:

“(…) La pretendida autonomía de la voluntad del ente estatal debe moverse dentro de esta alambrada de limitaciones:

— En primer lugar, todas las que correspondan al comportamiento del ente estatal y del servidor público, de tal manera que sigue en pie el *principio de legalidad* y autonomía de la voluntad no significa –como podría significar en el derecho privado– disponer a discreción y hasta abusar de lo propio sin un relativo peligro de sanción. El servidor público, representante del ente estatal, no realiza un negocio propio, ni compromete su propio patrimonio. ¿Cuándo tomaremos suficiente conciencia ellos –los servidores públicos–, y nosotros –los ciudadanos–, de que al final de cuentas se trata del manejo de *nuestros impuestos*?

— La actuación del ente contratante y el clausulado del contrato deben respetar los *principios* de la Ley 80, principios que no son más que normas generalísimas, imperativas, por supuesto, encaminadas a la solución de casos concretos y particulares. So pretexto de la autonomía de la voluntad no podría pactarse una demora arbitraria de un pago o un pago incompleto al contratista (ello atentaría contra los principios de la plenitud de la retribución del contratista y contra los del pago oportuno y completo); tampoco podría llenarse el contrato de solemnidades innecesarias, ni de garantías redundantes (se atentaría contra el principio de economía y contra el de la dulcificación o reducción de las formalidades) (…)

Y es que si el Estado procede a contramano de los principios de la Ley 80 no puede pretender convalidar su conducta bajo el manto de la autonomía de la voluntad, y si bien tal conducta no llegaría a viciar el negocio jurídico, de lo que sí estamos seguros es que tarde o temprano justificaría una reclamación patrimonial del contratista y una responsabilidad personal del servidor público.

— A voces del inciso segundo del artículo 40, podemos también afirmar que la autonomía de la voluntad queda limitada por el cumplimiento de los fines estatales, de tal manera que si un contrato no realiza un cometido estatal o no lo coadyuva, podría configurarse una especie de falta de causa o motivo determinante del contrato, no valiendo como tal la mera liberalidad, al contrario de lo que ocurre en el Derecho Privado (Cfr. artículo 1524 del C. C.). Y si ello deja a salvo los derechos del contratista compromete, en todo caso, la responsabilidad del servidor público”.

*Por último, debe tenerse en cuenta que la anuencia o el consentimiento del particular a las actuaciones de la administración contrarias a la ley, no subsanan los vicios de la actuación y omisión del Estado ni lo liberan de sus obligaciones constitucionales o legales, tal como lo dispone el artículo 24, numeral 5, inciso final de la Ley 80 de 1993.*

NOTA: Con el fin de que pueda ser consultada la evolución doctrinaria sobre la teoría de la autonomía de la voluntad, se citan otros dos autores y sus obras que se detienen en él:

1. *Estudios de Derecho Privado*, Fernando Cancino Restrepo, Editorial Temis, 1982, Bogotá.

2. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Guillermo Ospina Fernández, Editorial Temis, Bogotá.

## V. El contrato estatal y el principio de legalidad

### A. La competencia administrativa: su fundamento constitucional

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por *omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*”, manda el artículo 6° de la Constitución Política, imponiendo el cerco normativo de la actuación administrativa”.

“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley”, prescribe el artículo 121 de la Carta; y concordantemente, dispone el artículo 122 que “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (...)”. El artículo 123 constitucional remata el concepto de legalidad inmerso en la función pública, fijando a los funcionarios la finalidad de las funciones a su cargo e imponiéndoles su conformidad con la Constitución y la ley. Así lo dispone el segundo inciso del artículo 123 mencionado, al establecer que “(...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento...”.

Constituyen las normas transcritas la esencia misma del Estado de Derecho: *El principio de legalidad* que rige toda manifestación del poder público. Así, el ejercicio del poder jurídico de la administración estará siempre sujeto al imperio de la ley que determina los límites de su actuación en protección de los legítimos derechos de los administrados. Será legítima la actuación administrativa, en cuanto y en tanto, ella se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional previamente definido por el legislador, y estará viciada dicha actuación, cuando ella desborde la órbita normativa cuya observancia le impone el Constituyente.

“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 (...)”, dispone el artículo 209 de la Carta al formular los principios que gobiernan los actos de la administración”.

Y el artículo 29 del Estatuto fundamental impone a la administración la obligación de seguir el debido proceso en todas sus actuaciones.

Aparejado al principio de legalidad, encontramos el principio de responsabilidad, según el cual la administración pública responderá patrimonialmente al apartarse de los postulados constitucionales que rigen su actuación, en los términos del artículo 90 de la Constitución. Los alcances de la norma constitucional en relación con la contratación estatal y la responsabilidad patrimonial del Estado en esta materia, ha sido decantada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencia C-333/96 de la Corte Constitucional, en la que, al declarar la constitucionalidad del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, define los alcances de la responsabilidad contractual del Estado como contrapartida del derecho del contratista al equilibrio económico del contrato estatal. Dijo la Corte en esta ocasión:

“(...) La actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado, pues el artículo 90 señala con claridad que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

“(...) Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual, por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento (...) según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable al campo contractual”.

“La Corte Constitucional coincide entonces con los criterios desarrollados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, juez especializado en este campo. En efecto, según esa Corporación, los criterios lentamente construidos por la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado han recibido una expresión constitucional firme en el artículo 90, que representa entonces “la consagración de un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto la de naturaleza contractual como la extracontractual”.

“(...)”

“(...) La doctrina española ha definido entonces el daño antijurídico no como aquel que es producto de actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esta concepción fue la base de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90”.

“(...)”

“Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades ese Tribunal ha definido el daño antijurídico como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar”, por lo cual “se ha desplazado la antijuridicidad de la causa del daño al daño mismo”. Por consiguiente, concluye esa Corporación, “el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa lícita. Esta doble causa, corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva”.



“(...)”

“Se trata pues de un perjuicio especial sufrido por la víctima en favor del interés general, por lo cual el daño debe ser soportado no por la persona sino por la colectividad, por medio de la imputación de la responsabilidad al Estado”.

“Por ello, la Corte coincide con el Consejo de Estado en que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño “es menester que además de constatar la antijuridicidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un ‘título jurídico’ distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la *imputatio juris* además de la *imputatio facti*”.

“En síntesis, el anterior análisis lleva a la Corte a compartir las consideraciones del Consejo de Estado sobre los alcances del inciso primero artículo 90 de la Carta, tribunal que ha resumido su criterio en los siguientes términos:

(...) La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera que sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en *la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber de soportar*”.

‘La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal’.

‘Así, (...) en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, los mandatos de la buena fe y la igualdad y el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza los contratos conmutativos’” (artículo 28, Ley 80 de 1993)

...

“(...)”

“La Corte coincide con los intervinientes en que el estatuto contractual incorpora como deberes de las entidades y derechos de los contratistas gran parte de los fundamentos clásicos de la responsabilidad contractual del Estado, de suerte que, en general, todo daño antijurídico supone en este campo una conducta antijurídica, pues si la entidad incumple esas normas legales, su conducta es contraria a derecho. Así por ejemplo, en general se ha considerado que en el campo contractual el llamado “hecho del príncipe” constituía una base de responsabilidad del Estado que no implicaba una conducta antijurídica de la administración. Según esta concepción proveniente del derecho francés, una medida global que el Estado efectúa por razones de interés general, como una reforma tributaria, puede romper el equilibrio financiero de un contrato administrativo. La medida estatal es legítima y el contrato también debe ser cumplido pues es importante para la comunidad. Sin embargo, no es equitativo que a raíz de la norma general dictada que rompe la ecuación financiera de su contrato, el contratista reciba un menoscabo patrimonial sin indemnización, por lo cual la administración debe reparar el daño o restablecer el equilibrio contractual. Ahora bien, frente al estatuto contractual es claro que si la entidad no restablece el equilibrio financiero del contrato su conducta es antijurídica pues el contratista tiene derecho a que tal equilibrio sea mantenido, por lo cual debe ser indemnizado, de conformidad con la norma impugnada”.

“Con todo, la Corte considera que puede haber casos en materia contractual que impliquen un daño antijurídico sin que se pueda establecer la existencia de una conducta antijurídica de la administración. Así, sin que medie una conducta contraria a derecho de la administración, puede ocurrir que se incremente el patrimonio de la entidad pública y se empobrezca correlativamente el del contratista, en virtud de una mayor cantidad de obra que la pactada por razones de interés general. En ese caso, en función de la teoría de la imprevisión (C. C. artículo 2060 ord. 2º) habría un enriquecimiento de la administración sin causa que implica un deber indemnizatorio, pues el contratista no tiene por qué soportar ese perjuicio. Así, si en tales eventos se aplicara el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 como fundamento único de la responsabilidad contractual del Estado, se estaría admitiendo que ese daño no fuera reparado, lo cual vulnera el artículo 90 de la Carta”.

Así las cosas, la función administrativa encuentra el fundamento de su ejercicio y la razón jurídica que justifica la imperatividad y coercibilidad de sus decisiones, en el precepto legal que le sirve de causa y que predetermina la finalidad de su actuación. Cuando ello no ocurre, la misma ley señala los efectos jurídicos de la omisión o extralimitación funcional de la administración y despoja a los actos que en tal virtud sean expedidos, de las potestades propias de los actos administrativos –imperio y ejecutabilidad– para sancionarlos con la nulidad que retrotrae sus efectos y restituye a la juridicidad el ordenamiento lesionado.

## B. El restablecimiento del equilibrio económico del contrato como principio de orden público. La ecuación económica del contrato estatal: una noción de orden público

Es bien sabido que el derecho administrativo avanzó poco a poco en el desarrollo de normas y principios que tradujeran en forma adecuada a la contratación pública el principio genérico y fundamental del *rebus sic stantibus* y, casi siempre a instancias y por vía de la jurisprudencia y la doctrina, se fueron sentando y consagrando ciertos principios particulares, todos los cuales se originaban en la misma idea de justicia: así sucedió con la teoría del “hecho del príncipe”, con la teoría de las “sujeciones imprevistas”, las “dificultades materiales imprevistas”, el principio de la “intangibilidad de la remuneración del contratista”, la “teoría de la imprevisión”, etc. En nuestro país, ese andamiaje construido en el derecho público comparado a partir de elaboraciones parciales, dio lugar a la consagración legal de un principio general, que englobaba o integraba todos los otros, a saber, el principio del “mantenimiento del equilibrio económico del contrato”. Ello ocurrió con la expedición del Decreto 222 de 1983 y se sistematizó y aclaró con la expedición de la Ley 80 de 1993.

Es así como el deber legal de la administración pública de adoptar, en su actividad contractual, "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" (artículo 4º, numeral 8º, Ley 80 de 1993), que es obligación de hondas raíces constitucionales, encuentra su origen en el artículo 209 superior que ordena a la administración observar los principios de moralidad e imparcialidad como garantía del ejercicio de los derechos fundamentales concedidos a los particulares por el constituyente, entre ellos el de la propiedad, que en materia contractual, se integra con las utilidades a que tiene derecho el contratista como producto lícito del ejercicio de una actividad económica legítima. (artículos 2º, 58, 209 y 333 de la Constitución; 3º, 4º, 5º y 24 a 27 de la Ley 80 de 1993).

Es pues el equilibrio económico del contrato un derecho contractual del contratista y un deber legal de la administración pública. Es principio que entre nosotros constituye norma de "orden público" y como tal, no es materia derogable por pactos o convenciones (Código Civil, artículos 15 y 16), su cumplimiento deriva de la exigencia constitucional de la moralidad administrativa (artículo 209 de la Constitución), de la sujeción constitucional de la administración pública a los expresos mandatos de la ley y de la garantía superior al derecho fundamental de la propiedad y los elementos que lo integran, como son las legítimas utilidades derivadas por los particulares del ejercicio de actividades económicas lícitas (artículos 58 y 333 de la Constitución), que en materia contractual, encuentra expresa consagración legal en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993.

En este contexto, la actividad contractual de la administración, es también esencialmente una actividad administrativa, y en tal virtud está sometida en su desarrollo a los principios constitucionales y legales que rigen aquella. Es por esto, que los contratos estatales se celebrarán por los entes públicos *de acuerdo con las autorizaciones legales, de conformidad con los mandatos de la ley, con la plena observancia de procedimientos y principios que el legislador le impone*. No escapa la administración en su actividad contractual al principio de legalidad. Por el contrario, y dado que la realización de los fines del Estado constituye la única finalidad del contrato estatal, este principio opera quizás con mayor rigorismo.

El derecho público al imponer la legalidad a la administración, y determinar los alcances de los compromisos que válidamente pueden asumir las partes en un contrato estatal, establece distinciones entre las situaciones jurídicas de carácter general de las situaciones subjetivas de carácter particular; las generales, gobiernan imperativamente los contratos; las segundas, surgen de la autonomía de la voluntad de las partes, y derivan su validez de su conformidad con las primeras.

“El contrato es acto típico entre los que crean situaciones jurídicas de carácter particular. Los contratantes modelan la situación jurídica según su voluntad. Crean derechos y obligaciones. *Pero el acuerdo de voluntades para que sea válido debe producirse dentro del marco de la ley que señala la capacidad y competencia de los contratantes, los procedimientos y formas del acuerdo y los fines que pueden constituir su objeto lícito (...) En derecho privado es principio jurídico el de la libertad contractual, que permite a los particulares obligarse a todo aquello que la ley no prohíbe. En derecho público, por el contrario, es la ley la que rige toda la actividad de la administración, que no puede ejecutar sino los actos autorizados u ordenados por ella.*”

“*Toda ley es en sí misma de interés general. Las que se relacionan con la organización y funcionamiento del Estado, son, además, de orden público.*”

“En derecho privado se discute frente al principio que entre nosotros consagra el artículo 16 del C. C., qué leyes afectan el orden público y no pueden “derogarse por convenios entre particulares”.

“Las teorías individualistas que buscan darle prelación al acto jurídico contractual sobre la ley, salvo casos excepcionales de leyes de orden público, no tienen campo en el derecho administrativo”.

“Aún los intérpretes más extremos del individualismo jurídico admiten que las leyes sobre organización del Estado y las que determinan las relaciones del Estado y de sus agentes con los particulares son, en principio, de orden público”<sup>21</sup>.

A título de referencia resulta pertinente traer a colación algunos apartes de recientes fallos proferidos por la justicia ordinaria y arbitral en las que se ratifica el concepto jurídico anteriormente expuesto.

“f) En el ordenamiento jurídico del contrato administrativo juega especial importancia las nociones del interés general y de orden público, ya que está de por medio el derecho de la comunidad a que las obras destinadas a los servicios públicos se ejecuten y, a que éstos se presten y no se interrumpen”.

“Entre las nociones de orden público que integran el régimen jurídico del contrato administrativo, se destaca la del equilibrio financiero del contrato como su gran principio rector, que responde al interés general de darle estabilidad a la contratación administrativa en beneficio directo de los servicios públicos, regulando con nuevos criterios de equidad y buena fe, las relaciones de la administración con sus contratistas”.

“g) Es punto de partida, en la aplicación de este principio, el del equilibrio financiero del contrato, que se proyecta sobre situaciones previstas y no previstas que puedan presen-

.....

21. Sala de Consulta y Servicio Civil, sentencia del 11 de marzo de 1972. Radicación 561. Consejero Ponente: ALBERTO HERNANDEZ MORA.

tarse en la ejecución de los convenios contractuales de la administración, la intangibilidad de la remuneración pactada, que la doctrina jurídica califica como propia "de la naturaleza del contrato de obra pública y, por lo tanto, debe ser considerada de orden público". (Barra - Contrato de Obra Pública T. III.; p. 1209 [citado por Raúl Enrique Granillo, *Ibidem*]).

"h) Es opinión de Laubadere (*Contrats Administratifs*, T. III, p. 110, Edic. 1956) al considerar la posibilidad de que un contratante renuncie en una cláusula contractual al invocar la teoría de la imprevisión que:

*'Una tal cláusula carecía de valor; la aplicación de la teoría de la imprevisión debe ser considerada como una regla de orden público por la razón de que ella no constituye solamente, como se ha visto, una ventaja pecuniaria para el cocontratante, sino, primordialmente un medio para asegurar, en el interés general, la continuidad de funcionamiento del servicio público'*".

"El tratadista argentino Raúl Enrique Granadillo, al referirse a estos temas, y a las opiniones del profesor Laubadere y de otros tratadistas, expresa:

*'Es que conforme a esos mismos autores resaltan cuando hablan de la irrenunciabilidad del derecho a invocar la imprevisión en los contratos de la Administración, las normas que establecen la responsabilidad derivada de la fuerza mayor, son normas de orden público, ya que ellas no constituyen una ventaja patrimonial del contratista y (por ende renunciable), sino un medio de asegurar en beneficio del interés público (y por lo tanto no renunciable), que la obra pública se ejecute o que el servicio público no se interrumpa. Así lo ha entendido también la jurisprudencia administrativa y judicial, al resaltar el carácter de orden público de todo el régimen normativo que regula el contrato de obra pública, régimen al cual deben someterse tanto el administrado como la Administración y que es inderogable por convenciones o contratos administrativos'*" (artículos 21 y 953, C. C.).

"Es que si se analiza uno y otro problema (caso fortuito e imprevisión), se advierte que no existe posibilidad lógica de aplicar diferentes soluciones. En ambos casos el objetivo es el mismo (mantener la equivalencia contractual en beneficio del fin superior del contrato público, esto es, la satisfacción del interés general) y, en consecuencia, el resultado tiene que ser necesariamente el mismo". (*Distribución de los riesgos en la Contratación Administrativa*, p. 51, Astrea 1990).

"i) El análisis jurídico que se hace en relación con las nociones de imprevisión y fuerza mayor, es aplicable también al principio de equilibrio financiero del contrato, principio que está en el corazón de las reglamentaciones de orden público en el régimen jurídico del contrato administrativo, como expresión del interés general que debe guiar en todo momento a la administración".

"(...)"

"m) En este análisis jurídico, forzosamente se llega a la conclusión de que a las partes, en general, y en particular a una entidad administrativa, no les es permitido estipular, en convenios de ejecución de un contrato de obra pública encaminados al reconocimiento y pago al contratista del precio de la obra realizada, cláusula que de una u otra forma alteren, afecten o sean contrarias al mantenimiento del equilibrio financiero de las mutuas prestaciones que las partes originalmente establecieron en su contrato, relación económica que

ellas deben respetar y que la administración además, está obligada a preservar; cláusulas que tengan por ejemplo el alcance de desconocer o impedir que el contratista acceda a la justa y plena remuneración por la obra realizada en ejercicio de derechos que la ley o el propio contrato le confieran, que resultan contrarias al propio contrato y a preceptos de orden público que consagra la ley y que hoy, la propia Ley 80 de 1993 (artículo 50.-3), expresamente prohíbe”.

“n) De todo lo anterior concluye el Tribunal, que en un acto de ejecución del contrato 025 de 1985, como es el acta suscrita por las partes el 28 de marzo de 1990, no eran legalmente admisibles estipulaciones ni soluciones que fueran contrarias al contrato o a normas y principios legales, como lo fue la renuncia consignada en el otrosí de dicha acta, según la cual el contratista *declara que renuncia a cualquier reclamación o acción judicial contra el INCORA en relación con los reajustes que aquí se le reconocen en su favor y de cualquier derecho que de los mismos pueda derivarse*, sin que se incurriera por las obligaciones que se derivaban para ellas del contrato que pretendían ejecutar y en la infracción de ordenamientos jurídicos que interesan al orden público”.

En cuanto respecta al juez, obligado como está a aplicar la ley con arreglo a la jerarquía normativa que estructura el derecho positivo, deberá dar aplicación al precepto superior frente al inferior, en esa secuencia normativa en la que el legislador debe respetar la Constitución al expedir la ley, y el Gobierno la ley al expedir los decretos reglamentarios, principio que se proyecta sobre el contrato, obliga al fallador a darle aplicación prioritaria a las estipulaciones del contrato ante cualquier acuerdo subalterno de las partes en instancias de ejecución del convenio, y con mayor razón, cuando en esto las partes han incurrido en errores de interpretación de las estipulaciones contractuales, sin que sean óbice en su misión de aplicar la ley, renunciadas de las partes a este efecto, porque no se trata de intereses particulares renunciables (artículos 15 y 16 del Código Civil).

“Por lo tanto la renuncia a que se refiere el otrosí del acta suscrita por las partes el 28 de marzo de 1990, carece de valor y eficacia jurídica y el juez del contrato debe desestimarla, para resolver los conflictos a que haya dado lugar la ejecución del contrato 25/85, con aplicación de sus cláusulas, que son ley para los contratantes de preferente aplicación.”

“(…)”

“El punto en síntesis, se mueve dentro del análisis que el juzgador debe hacer respecto de la asunción de los diferentes riesgos del contrato y en general de la responsabilidad que pueda corresponderle al Estado tanto en lo contractual como en lo extra contractual, pues la Constitución Política no diferencia para efectos de ordenar la reparación del daño antijurídico la relación jurídica que exista o deje de existir entre el perjudicado y el Estado”.

“A propósito del tema y en relación con un hecho de aquellos que la misma ley contempla como *fuera mayor*, nuestro Consejo de Estado ha dicho:

“(…) en el evento de que el daño llegue a realizarse por ocurrencia del riesgo, sin culpa de la víctima ni de la propia administración responsable, ésta debe, con todo, indemnizar al perjudicado” (Sección Tercera, sentencia 20 de febrero 1989, expediente 4655, actor Alfonso Sierra, ponente: doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo).

“Y Laubadere, citando la jurisprudencia francesa, expresa:

‘La Jurisprudencia hace igualmente aparecer la posibilidad de una indemnización de las consecuencias perjudiciales de la fuerza mayor, fuera de las estipulaciones contractuales. Ella afirma expresamente que los retardos imputables, sea a la fuerza mayor, sea al hecho de la administración, fuera de las estipulaciones del contrato, son de naturaleza a justificar la concesión de una indemnización a la empresa contratista”.

“Es que desde el momento en que se consideró al contratista de la administración como su colaborador, aunque interesado pecuniariamente y subordinado jurídicamente, el derecho público ha venido señalando con base, además, en los fundamentos de la buena fe contractual, la equidad y el principio de igualdad ante las cargas públicas, esto es, el principio general del equilibrio económico y financiero del contrato. Al contratista debe respetársele la utilidad esperada en todos los casos en que el daño se haya causado sin su voluntad, porque esos principios deben presidir la responsabilidad de la administración tanto contractual como extracontractual”.

“La mayor onerosidad se concreta en los costos de la inactividad así producida, que debe ser reconocida o compensada económicamente por la administración contratante en la medida y grado en que se ha producido el daño a la economía del Contratista. Para el caso no interesa que se haya o no llenado la formalidad de las actas de suspensión de la obra, porque basta la existencia de la parálisis temporal de la actividad contratada para que surja la obligación indemnizatoria”<sup>22</sup>.

### 1. La ecuación contractual y el riesgo profesional del contratista en los contratos de obra pública

El contrato estatal, y el contrato de obra pública es un contrato estatal, es entonces esencialmente conmutativo, y es precisamente esta conmutatividad o equivalencia prestacional, la que está llamada a garantizar el principio del equilibrio económico del contrato.

En providencias antes transcritas en sus apartes pertinentes, de marzo 27 de 1992 y de mayo 9 de 1996 proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro de los expedientes N°. 6353, actor: Ceat General de Colombia S. A. y 10.151, actor: Societé Auxiliaire D'Enterprises –SAE–, respectivamente, se encuentra la esencia de las prescripciones aplicables sobre la materia aquí analizada, textos a los cuales remito nuevamente en esta oportunidad.

.....

22. Laudo arbitral Mora-Mora, Conciviles Vs. Incora, árbitros: Marta Cediel de Peña, Alberto Hernández Mora y Carolina Rodríguez Ruiz, 19 de marzo de 1996.

Dentro de las limitaciones y prohibiciones constitucionales y legales expuestas, como ya antes se expuso en el acápite 3 de este escrito bajo la denominación de "Álea ilimitada - indeterminada", corresponde a la administración, al elaborar los pliegos de condiciones para cada proceso licitatorio, determinar cuáles de los riesgos del proyecto (de los trasladables legalmente) debe asumir en el caso concreto el proponente y futuro contratista.

Debe reiterarse que la selección del contratista de obra pública, por expresa disposición legal, siempre deberá ser hecha, por lo menos inicialmente, a través de procesos licitatorios, esto es, por licitación pública. En esta medida, los pliegos de condiciones de la licitación deberán, por expreso dispositivo legal, establecer los requisitos mínimo-legales que deben incluir los proponentes en sus ofertas. Así, la administración pública al diseñar el negocio objeto de la invitación a contratar, deberá, en forma explícita, dar a conocer a los eventuales proponentes- contratistas las condiciones en las que ella está dispuesta a celebrar el contrato y los riesgos que asumirá el contratista que resulte favorecido. Éstos, a su vez, deberán estar dispuestos a aceptar las condiciones del contrato licitado, como requisito contractual. Y ofrecimiento y aceptación serán legítimos, en tanto y en cuanto, ambas partes tengan pleno e inequívoco conocimiento del contenido obligacional de los compromisos asumidos, y que con ellos no se vulneren las leyes.

Debe tenerse en cuenta, además, que el traslado de ciertos riesgos, únicamente será operante en los contratos de obra pública en los que el contratista tenga a su cargo, además de la financiación, la obligación del diseño. De lo contrario, no podría darse la exención de responsabilidad y el consiguiente traslado de riesgos, en tanto que tal estipulación resultaría violatoria de la normativa contenida en el artículo 24, numeral 5, literal d), en concordancia con el 25, numeral 12 de la Ley 80 de 1993. Normas que no podrán ser derogadas por pactos o convenios, por tener interés directo en su observancia el orden y las buenas costumbres. Se trata en últimas de la "moralidad administrativa" que hoy goza de rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 209 de la Constitución Política).

Ahora bien, si este fuere el caso, corresponderá al proponente al elaborar su oferta, prever la asunción de riesgos –que expresamente se han consignado en los pliegos de condiciones– y el impacto que su eventual materialización pudiera tener en la remuneración pactada, cuyo monto deberá corresponder a las prestaciones debidas por el contratista y hallar equivalencia en la asunción de los riesgos contractuales.

Esta premisa es consecuencia lógica de la categoría jurídica del contrato estatal: es, como se vio, un contrato conmutativo. Y de esta misma connotación, surge la necesidad de guardar, aún en esta hipótesis, el equilibrio financiero del contrato, sólo que su preservación y restablecimiento durante la vida del contrato, se predica-



rán respecto de las condiciones reales bajo las cuales se celebró el contrato. De allí que sea indispensable la precisión del objeto a contratar y las condiciones bajo las cuales se obliga el contratista, desde el momento mismo en que se formula la invitación (Pliegos de Condiciones), y el entendimiento, aceptación expresa y medición de los alcances de los riesgos que asume por el contratista desde el instante en que acepta la invitación del Estado.

Ello es así, puesto que Pliegos y Oferta, se integrarán en el contrato estatal, cuyo contenido no podrá rebasar los límites impuestos por los documentos que antecedieron su celebración y en los que debe encontrarse consignada la verdadera intención de las partes al contratar. El contratista se obliga a la ejecución del contrato estatal, pero dentro de los precisos linderos establecidos en el contrato, determinados por las condiciones vigentes al momento de la celebración del contrato y, por supuesto, dentro del marco de la Constitución y la Ley. Son estas condiciones, reflejadas y proyectadas en los riesgos trasladados al contratista en virtud del contrato, las que constituyen la base de la ecuación económica a cuya preservación tiene derecho el concesionario en virtud del principio del equilibrio económico del contrato, que como vimos, informa la contratación pública. Esta ecuación se romperá cuando esas condiciones desaparezcan por hechos o circunstancias no imputables al contratista y que no pudo *razonablemente* prever en el momento de celebrar el contrato: es el álea extraordinaria que ningún contratista del Estado está llamado a asumir en su función de colaborador del Estado en la consecución de sus fines, so pena de que se quiebre el principio constitucional fundamental de la igualdad de los administrados ante las cargas públicas.

Por lo anterior, y de conformidad con lo expuesto antes, en el estudio jurídico inicial, son esencialmente riesgos no trasladables al contratista por la naturaleza misma del contrato estatal, y en especial del contrato de obra pública:

- Los derivados del ejercicio de las potestades excepcionales del Estado.
- Los derivados de las modificaciones o variaciones de la obra contratada por causas no imputables al contratista.
- La imprevisión: la ecuación contractual o el mantenimiento del equilibrio económico del contrato.
- El “hecho del príncipe”.
- Los derivados de la mala conducta contractual del Estado o el incumplimiento del Estado (deficiente preparación de pliegos, desconocimiento de los derechos contractuales del contratista, imposición de variaciones a la obra no compensada, etc.).

Ha sido reiterativa la jurisprudencia en entender que el desconocimiento de los principios aludidos, implica el abuso de la autoridad que ostenta la administración pública contratante, que, a su vez, incurriría en un claro enriquecimiento sin causa. Estos principios, entonces, tendrán aplicación en todos los contratos estatales, aun

cuando no hubiere disposición expresa de la ley, porque ellos encuentran su esencia misma en la Constitución Política. Así lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado inveteradamente.

“(…) Constituyen síntesis o apotegmas de derecho cuya enunciación se remonta a tiempos inmemoriales del pensamiento jurídico, pero cuya elaboración analítica y refinamiento teórico se deben a los tratadistas y al Consejo de Estado franceses, artífices indiscutibles de los más considerables avances de la ciencia del derecho en el mundo contemporáneo. Ambas teorías, como lo anotan los autores, confinan tangencialmente y aún llegan a exhibir evidentes interferencias con otras, tales como las del enriquecimiento sin causa y la del abuso del derecho. Estas últimas descriptivas de situaciones aberrantes a la luz del derecho y la equidad, en que, como en las teorías analizadas, el remedio ideado toma el nombre del mal que busca corregirse, aparecen participando de bulto en la morfología de aquellas. En efecto, en la teoría de la imprevisión, el mantenimiento del desequilibrio sobreviniente significaría un enriquecimiento incausado para la parte que, no soportando la sobrecarga, va a disfrutar de iguales o mayores beneficios a los que inicialmente era materia del pacto. Y si es la administración la que, so pretexto del bien común, impone el mantenimiento de tal desequilibrio, es ella la que en tal evento está pisando los terrenos del desvío de poder, que es una de la especies pertenecientes a la protoforma genérica del abuso del derecho. El “hecho del príncipe”, se ha visto, causa una perturbación contractual en perjuicio del contratista privado, que de subsistir implicaría el desafuero o abuso de autoridad. Como se ve, las anteriores configuraciones aberrantes se entremezclan y amalgaman en complejos antijurídicos que la ciencia del derecho, en sus manifestaciones teóricas y jurisprudenciales, busca corregir a todo trance. También la ley los corrige”.

“19.- Tanto la teoría de la imprevisión como la del “hecho del príncipe” se hallan implícitas en la ley colombiana, por cuanto ésta previene contra los estragos que pueden causar al contratista las alteraciones sobrevinientes del equilibrio económico por la variación de cualquier factor determinante de los costos preestablecidos en el momento de la celebración del contrato (...)”.

“(…) No se puede entender, pues, ninguna estipulación contractual, por claro que sea su significado literal, en el sentido de que es fuente ad infinitum a cargo de una de las partes y en beneficio de la otra, sin que ésta, por su parte, retribuya a aquélla la mayor onerosidad causada por la mayor carga (...)”<sup>23</sup>.

.....

23. (Sentencia de septiembre 20 de 1979, Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente N° 2742 Actor: Alegría Fonseca de Jacobus, providencia en la que transcribe apartes de otras providencias y Laudos Arbitrales en ella citados).

En conclusión, la imposibilidad de ejecución del contrato por el contratista debido a su quiebra o a los sobrecostos u onerosidad sobreviniente, o por cualquier otra causa, no relevarán al Estado del cumplimiento de sus fines constitucionales, y, por lo mismo, si pretende deshacerse de todos los riesgos en la ejecución de los proyectos, en el fondo lo que está es corriendo el mayor riesgo: que el contratista le incumpla o que se vea colocado por fuerza de las circunstancias en imposibilidad de ejecutar el objeto del contrato y que, debido a ese incumplimiento, la entidad contratante se vea forzada a asumir directamente o por medio de otro demorado proceso de contratación con particulares, el compromiso con la comunidad, muy seguramente a costos mucho más altos que los que hubiera significado asumir racionalmente ciertos riesgos del proyecto desde el comienzo. Por esto, la administración pública al invitar a los particulares a celebrar con ella un contrato de obra pública, debe siempre tener presente, en el estudio de asignación de riesgos, esa obligación constitucional y legal, la cual jamás podrá ser objeto de traslado hacia los particulares contratistas.

Al hacer el análisis de la traslación por los entes públicos de ciertos riesgos contractuales a su colaborador-contratista en el ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual, y con el fin de mostrar, otros enfoques en relación con el tratamiento jurídico de las materias objeto de este estudio, bajo la óptica de especialistas en derecho privado, transcribo en lo pertinente al doctor Jorge Suescún Melo, que en su obra "*Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*"<sup>24</sup>, consignó:

"(...) Respecto de los medios de exoneración de responsabilidad, la administración podría tratar de suprimir el de la prueba de la diligencia y cuidado, allí donde la ley le permitiera esa defensa al contratista, con lo cual éste al igual que las entidades estatales, quedaría sometido a una especie de responsabilidad objetiva y en pie de igualdad con aquellas, pues sólo podría oponer la demostración de que un hecho extraño fue el causante del incumplimiento y del daño".

"Un campo que parecería propicio para la autonomía de la voluntad es el de la fuerza mayor, pues, según vimos, el artículo 1732 del Código Civil permite que el deudor asuma los riesgos del acaecimiento de cualquier fuerza mayor. En el fondo, de lo que se trata es de establecer quién asume determinados riesgos. Así por ejemplo, en un contrato de obra el contratista puede lícitamente obligarse a cumplir en un plazo perentorio, asumiendo las eventualidades de una escasez de materiales, de huelga de transportadores, de huelga de los obreros, etc., aunque todos estos eventos tengan las características de eventos de fuerza mayor, como también podría asumir el riesgo de alzas inusitadas y abruptas de los precios".

.....

24. Pp. 289 a 301.

*“Sin embargo, en la contratación de las entidades estatales podría verse muy reducida la perspectiva para la negociación sobre transferencia de riesgos, en general, y de los constitutivos de fuerza mayor en particular. Esto, en razón de la necesidad de que en estos contratos se preserve la ecuación financiera, o el equilibrio económico del mismo. Al respecto, el tercer inciso del artículo 5° de la ley 80 les da el derecho a los contratistas a solicitar que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación contractual del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Así mismo, el artículo 27 de la ley dispone: 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”.*

*“Estos apartes permiten deducir que la ley en el fondo desea que la administración asuma los riesgos que le corresponden y que cuando circunstancias imprevistas y no imputables al contratista rompan el equilibrio contractual inicial, se le indemnice a éste de tal forma que, al menos, no reciba una pérdida. Con esto, la viabilidad de transferencia de riesgos mediante estipulaciones fruto del ejercicio de la autonomía de la voluntad, resulta sustancialmente mermada”.*

### C. El contrato de concesión: “Por cuenta y riesgo del contratista”

En el Decreto-Ley 222 de 1983, la concesión de obra pública no constituía en sí misma un contrato administrativo, con categoría distinta al contrato de obra pública, este sí tipificado, definido y catalogado como un contrato administrativo por expresa disposición legal. En el anterior estatuto, la concesión no era sino una modalidad de pago que la ley autorizaba al ente contratante para los efectos de la contraprestación pactada en el contrato de obra pública.

En efecto, el artículo 16 del Decreto 222 de 1983 no incluía dentro de la enumeración taxativa de los contratos denominados administrativos, la concesión de obra pública. Sólo en los artículos 82 y 102 de ese estatuto se reguló la misma como una “forma de pago” de los contratos de obra pública. Al definirla, previó el artículo 102 del Decreto 222 de 1983:

*“Mediante el sistema de concesión, una persona llamada concesionario, se obliga por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, restaurar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas, que con aprobación de la autoridad competente, el primero cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas”.*

Igualmente, no obstante tener una mención separada, en la Ley 80 de 1993, los contratos de obra pública y de obra pública por el sistema de concesión, son contratos estatales, y por ello mismo, se encuentran sometidos al régimen jurídico de este contrato. La ley define en su artículo 32, el contrato de obra pública por concesión como aquel que celebran las entidades estatales con el objeto de construir, explotar o conservar, total o parcialmente, una obra destinada al servicio público, *“así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra por cuenta y riesgo del concesionario* y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

De conformidad con la definición transcrita, tenemos:

– El contrato de concesión de obra pública es un contrato estatal, y su celebración, ejecución y terminación deberán darse dentro del marco normativo, los principios del Estatuto de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), y las precisas disposiciones legales que regulan las relaciones entre las partes y establecen limitaciones a la libertad de pacto en esta materia.

– En este orden de ideas, y conforme con la misma definición legal, los riesgos trasladables al contratista en el contrato de concesión de obra pública, en tanto contrato estatal, sólo podrán ser aquellos cuantificados, determinados y precisos en el momento de celebrar el contrato como en cualquier otro contrato estatal, en los términos anteriormente estudiados, pues la Ley 80, artículo 24 numeral 5, literal e), prohíbe que en los pliegos se incluyan condiciones o regulaciones que conduzcan a ofrecimientos de extensión ilimitada.

– Así mismo, de conformidad con el artículo 28 y lo dicho por la Corte Constitucional –sentencia C-333/96, antes transcrita–, la conmutatividad o equivalencia prestacional es característica esencial de los contratos estatales. En efecto, la ley ordena que *“en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán 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.”*

En consecuencia, no asiste competencia alguna a la administración o al particular contratista para derogar por la vía del convenio, la norma legal que se encuentra incorporada al contrato, por expreso mandato de la ley<sup>25</sup>.

.....

25. Ley 153 de 1887, artículo 38. Código Civil, artículos 15 y 16.

– Por lo anterior, el riesgo asumible por el contratista en el contrato de concesión de obra pública, como en cualquier otro contrato estatal, es aquel determinado en las condiciones de licitación, correspondiente y equivalente con los ofrecimientos realizados y con las contraprestaciones pactadas. No podrá, trasladarse al contratista—so pretexto de la expresión legal “por cuenta y riesgo del concesionario” incluida por el legislador al definir la concesión— riesgos sobre cuya traslación pesa expresa prohibición legal. Tal cláusula, de conformidad con lo expuesto en este documento carecería de eficacia jurídica. Así lo dispone el artículo 24, numeral 5 inciso final, de la Ley 80 de 1993, que dispone:

“Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”.

– Nótese, además, que la expresión “por cuenta y riesgo del contratista” utilizada en el Estatuto Contractual vigente, por su ubicación en la definición legal del contrato de concesión de obra pública, no puede entenderse sino sometida al marco regulatorio constitucional y legal (ya analizado en este documento), y en todo caso, ateniéndonos al texto de la norma, únicamente referida a *todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio* las que, de conformidad con la misma ley, se realizarán por cuenta y riesgo del concesionario.

Debe concluirse, entonces, que no son trasladables al contratista de conformidad con la Constitución –artículo 90– y el Estatuto Contractual –Ley 80 de 1993, en especial el numeral 5 del artículo 24–, los siguientes riesgos:

- a) *Los riesgos derivados de la imprevisión (Teoría de la Imprevisión).*
- b) *Los riesgos derivados de la capacidad regulatoria del Estado (administración) o “hecho del príncipe”.*
- c) *Los riesgos derivados del incumplimiento de la entidad contratante.*

## D. Los riesgos contractuales

### 1. El riesgo empresarial

Por las razones antes expuestas, en el contrato estatal de obra pública no es jurídicamente viable la asunción por el contratista de un álea ilimitada, indeterminada, incierta o extraordinaria.

Ahora bien, no existe prohibición expresa que inhiba la asunción de riesgos empresariales por el contratista de la administración pública, dentro de las opciones

jurídicamente viables. En esa medida, podría pensarse que sería factible el traslado de riesgos al contratista, siempre que dicha traslación se produzca dentro de los postulados de la Constitución y la ley. *Es decir, que sería válida la estipulación, siempre que ella haya sido explícita desde la invitación a contratar, que con ella no se vulnere una norma o principio constitucional y que, por lo mismo, tenga la opción de ser cubierta adecuadamente en la propuesta y, por supuesto, en el contrato, esto es: el riesgo que asume el contratista del Estado debe ser cuantificable.* En otros términos, desde la invitación que se formula por el ente estatal debe permitirse la formulación de propuestas coherentes, completas, suficientemente cubiertas en sus riesgos, todo lo cual debe ocurrir dentro del marco legal antes señalado.

Sin embargo, es necesario que con el traslado de riesgos al contratista, no se esté desvirtuando la naturaleza eminentemente conmutativa de los contratos estatales, como se dejó analizado, pues no es posible legalmente convertir este contrato en un contrato aleatorio; por consiguiente, es preciso concluir que no es posible trasladar al contratista aquellos riesgos no cuantificables o que no sean mesurables, pues por ese sólo hecho se convertiría la naturaleza del contrato en aleatorio; pero, además, como lo ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado, no puede obligarse al contratista a renunciar, en forma general, al derecho a la indemnización (restablecimiento del equilibrio económico o financiero del contrato) que proviene tanto de la Constitución Política (artículos 13, 58 y 90) como de la ley sobre contratación estatal, cuando la afectación de su patrimonio proviene del acaecimiento de hechos imprevisibles o que dependen de la voluntad de la administración pública contratante, aún en aquellos casos en que por el ejercicio de sus facultades legítimas y excepcionales bajo el contrato, cause una lesión patrimonial a su contratista-colaborador.

Permitir esta situación equivaldría a colocar al contratista en situación de desigualdad frente a las cargas públicas, haciéndole más gravosa su situación ante el costo-beneficio que derivaría la comunidad de la ejecución de la obra. Es decir, que son irrenunciables por vía general y *a priori*, las garantías constitucionales sobre igualdad de trato a todos los habitantes del territorio (artículo 13 C. N.) y las relacionadas con la protección al patrimonio (artículo 58 C. N.) y su renuncia por vía general sería nula, tal como lo ha definido la jurisprudencia.

En este orden de ideas, no es procedente en los contratos estatales de concesión de obra pública la asunción por el contratista de un álea ilimitada, indeterminada, incierta o extraordinaria. En consecuencia, no es posible trasladar al contratista aquellos riesgos no cuantificables o que no sean mesurables o definibles (riesgo por cambio legislativo-fiscal, ambiental, imprevisión etc.). En este sentido, se reitera la apreciación del Consejo de Estado, en providencia de marzo 27 de 1992 (Sección Tercera, expediente 6353), analizada y transcrita en la parte pertinente en escrito anterior.

Todo lo dicho se ratifica en la sentencia C-333/96 de la Corte Constitucional, antes transcrita.

## 2. El riesgo cambiario

Por todo lo expuesto anteriormente en este documento, salvedad hecha de los límites legales a la autonomía de la voluntad privada, los contratantes en un contrato estatal podrán pactar todas aquellas estipulaciones permitidas por la ley en la contratación entre particulares. Así, nada se opone a que las partes, libremente escojan la moneda en que han de realizarse los pagos pactados, e incluso la referencia de tasa a efectos de su convertibilidad a pesos colombianos.

De esta forma, las devaluaciones o revaluaciones que registre la moneda en que se ha acordado la contraprestación es, *salvo fuerza mayor* o pacto en contrario, esto es, *asunción expresa del mismo por la entidad contratante*, un riesgo que en principio debe asumir el contratista, sea éste nacional o extranjero, pues el estimativo de sus costos y utilidades debió realizarlo en la moneda del contrato.

Para mayor ilustración en relación con este tema, se transcribe, en lo pertinente, el laudo arbitral que resolvió la controversia contractual surgida entre IMPREGILO S.P.A y ESTRUCO S.A., y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, con ocasión del contrato de obra pública N° 502 AB -IV-01- a que tuvo por objeto la construcción del túnel de Los Rosales y obras anexas.

“Por fenómenos de cambios internacionales que afectan los valores del US\$ frente a otra moneda extranjera como es la lira italiana, no es pertinente, por lo menos en principio, apelar a la Teoría de la Imprevisión para respaldar y justificar el reclamo de pagos de indemnizaciones basados en que una moneda se devaluó o revaluó frente a otra. El tema de fluctuaciones de los valores de las monedas es de normal y previsible ocurrencia. Por ello escapa a la Teoría de la Imprevisión. Ni el equilibrio y estabilidad del contrato se podían basar en hechos o circunstancias mutables y fluctuantes por su esencia y su naturaleza como es el valor comparativo de una moneda frente a la otra. No es jurídicamente aceptable basar el equilibrio financiero del contrato en hecho tan fluctuante y relativo, como es el factor que sirva para comparar la tasa de cambio de dos monedas en un momento dado. En efecto: siendo como es, esencialmente mutable esta relación de valores, es contradictorio pretender que se mantenga constante e inmodificable. La modificación persistente de los valores comparativos de las monedas en estudio, que ha venido ocurriendo desde hace muchos años con anterioridad a la formulación de los pliegos de condiciones, a la adjudicación y a la firma del contrato, y que continúa ocurriendo en la actualidad, tiempo después de finalizada la obra, sirve para destacar que no se trata de factores sobre los cuales se pueda jurídicamente aplicar la Teoría de la Imprevisión, salvo, quizás, que el hecho haya tenido una inusitada gravedad que implique ruina económica”.



“(…)”

“Sin profundizar en este capítulo como sí se hace en otros, sobre los fundamentos de la Teoría de la Imprevisión, basta, en concepto del Tribunal, tener en cuenta que para que sea aplicable esta teoría es indispensable que hayan ocurrido, como lo expone el tratadista argentino José Roberto Dromi, “circunstancias extraordinarias, anormales e imprevistas, que configuren lo que se denomina el *riesgo imprevisible*”. (*Contratos Administrativos*. Edic. Astrea).

“Estos requisitos que exponen los tratadistas (...), no aparecen ni surgen de los hechos vinculados a esta segunda pretensión. Las circunstancias que se expusieron para fundamentar el reclamo, son ordinarias y comunes; son normales y son previsibles, por lo cual se concluye que el *riesgo* sí era previsible”.

### 3. El riesgo por estudios y diseños

En el análisis de este riesgo deberá tenerse en cuenta a cuál de las partes corresponde la obligación de realizar los estudios y diseños previos al inicio de la construcción.

Si se prevé —porque así lo quiso la administración desde los pliegos de condiciones, para lo cual tiene competencia y autonomía— que los diseños estén a cargo del contratista concesionario, y en tal virtud su elaboración integra el objeto del contrato, el riesgo por mayores costos que se presenten en la etapa constructiva debido a la deficiencia de estos diseños estarán a su cargo integralmente si los estudios base de los mismos constituían igualmente parte de su obligación contractual.

En caso contrario, esto es si *la información requerida para la elaboración de los diseños* debía ser suministrada por la entidad (prediseños, estudios de suelo, etc.), entonces, no podrá imputarse al contratista una responsabilidad integral por los mayores costos en la construcción de la obra atribuibles a deficiencias en el diseño derivadas de errores provenientes de la información base suministradas por el ente público contratante. En este supuesto, no podrá la administración exonerarse de responsabilidad mediante estipulaciones contractuales, puesto que las mismas, por ministerio de la Ley, son jurídicamente ineficaces, vale decir, se tendrán por no escritas. Así lo dispone el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que dice:

“En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

(...)”

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, *ni exenciones de la responsabilidad derivadas de los datos, informes y documentos que se suministren*”.

Con todo, si se presentan situaciones que configuren la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, serán concurrentes la parte de riesgo del diseñador y la parte atribui-

ble a ese margen absolutamente imprevisible y, por lo mismo, concurrirán los dos riesgos: el del contratista y el de la entidad contratante. Un ejemplo de esta hipótesis se puede verificar con facilidad en relación con los estudios y diseños en túneles en donde la diligencia y cuidado del contratista puede verse superada por ese riesgo impredecible del suelo y subsuelo (riesgo geológico).

#### 4. El riesgo de tráfico y de tarifas

Si bien es cierto que como se explicó suficientemente antes, la Ley 105 de 1993 autoriza a los entes públicos contratantes, incluir en los contratos de concesión de obra pública cláusulas tendientes a garantizar ingresos mínimos al contratista con independencia del tráfico vehicular —cuando el sistema de pago adoptado es el peaje o pontazgo—, a manera de mecanismo pactado para preservar el equilibrio económico del contrato, ésta facultad es una mera potestad contractual de la entidad a cuyo pacto no está constreñida en forma imperativa por la ley. En consecuencia, el riesgo de tráfico vehicular podrá trasladarse al contratista y éste podrá asumirlo válidamente, siempre y cuando sea de su cargo la labor de efectuar los estudios de tráfico correspondientes.

En este caso, únicamente procedería el reclamo por desequilibrio contractual del concesionario —a cuyo cargo estaba el estudio y evaluación de tráfico para presentar su oferta— cuando la variación del tráfico sea generada en tal magnitud y por causas que no haya sido posible para el contratista prever con anterioridad al contrato, que responda, entonces, a la hipótesis de la Teoría de la Imprevisión.

Por supuesto que este riesgo no es trasladable si los estudios han sido suministrados por la entidad.

En relación con el riesgo por tarifas, éste, en la medida en que su fijación es privativa del Estado —Ministerio del Transporte— mediante actos administrativos, su variación por decisión unilateral de la autoridad competente, es un riesgo que no puede trasladarse al contratista, en cuanto la misma constituiría uno de los supuestos de la teoría del “hecho del príncipe”.

De otra parte, en los pliegos de condiciones de la licitación respectiva, la administración debe informar al contratista sobre las tarifas que podrán ser establecidas durante la ejecución del contrato de concesión y su metodología de ajuste o, si se prefiere, los topes máximos de tarifa permitidos durante la concesión, de modo tal que el proponente pueda proyectar sus ingresos por el término contractual. De esta forma, la tarifa se regula en el contrato, siendo obligación del ente público contratante mantener la fórmula establecida y pactada. Si ella llegare a variarse por la admi-

nistración por fuera de los límites contractuales, nos encontraríamos frente al incumplimiento del contrato por la entidad, riesgo éste que, como vimos, tampoco es trasladable al contratista.

## 5. El riesgo ambiental

Este riesgo consiste en la imposibilidad de establecer en los pliegos de licitación los costos y obras que la autoridad medio ambiental pueda llegar a exigir para otorgar la licencia ambiental y, por lo mismo, es imposible calcular los costos que dichas obras de mitigación del impacto ambiental puedan llegar a tener.

Como definiciones que están a cargo de otra autoridad administrativa no son más que una modalidad del riesgo genérico por el "hecho del príncipe", y que podrían tener también respaldo en la Teoría de la Imprevisión en la medida en que son hechos no conocidos ni calculables al momento de la preparación de la oferta.

En consecuencia, y por las razones antes expuestas en este escrito, es un riesgo no trasladable al contratista.

Sin embargo, vale la pena mencionar que este riesgo será mayor o menor según que el proyecto específico cuente de antemano o no con licencia ambiental. Igualmente la magnitud del riesgo dependerá de las eventuales nuevas exigencias que en el curso del proyecto puedan determinar nuevas leyes ambientales o determinaciones administrativas que afecten o encarezcan el proyecto.

## 6. El riesgo de disponibilidad de predios

En los proyectos de infraestructura para transporte vial, dado que no hay traslado de la propiedad de las zonas de vía al concesionario y, por el contrario, la Ley 105 de 1993 prevé que los predios deben adquirirse siempre para la entidad responsable de este servicio, sea por el contratista o directamente por la entidad contratante, el riesgo de la disponibilidad para el desarrollo del proyecto siempre será de cargo del ente público contratante.

Ahora bien, la posibilidad de delegar la función de adquisición de predios no conlleva la asunción del riesgo por el contratista por no obtener el resultado buscado y, por lo mismo, tendrán que ser de cargo de la entidad los sobrecostos generados por las demoras en la obtención de los predios por el mecanismo de la expropiación, sea ésta administrativa o judicial.

## 7. Tratamiento de los riesgos en la concesión de obras públicas en las legislaciones chilena y argentina

Con el fin de remitir al lector a análisis sobre otras legislaciones latinoamericanas sobre la materia objeto de este trabajo, se citan los siguientes trabajos que se refieren a los aspectos jurídicos en la distribución de los riesgos en los contratos de concesión de obra pública:

1. "El riesgo en la concesión de obra pública", publicado por el profesor Guillermo E. Fanelli Evans en la revista *La Ley*, Buenos Aires, año LVI, número 139.

2. "Aspectos legales asociados al financiamiento de concesiones de obras públicas (Distribución de riesgos y de resultados entre la sociedad concesionaria y el Estado. El equilibrio del contrato), presentado por la doctora Dolores M. Rufian Lizana, funcionaria de la Coordinación General de Concesiones de Chile ante el seminario "Conferencia Internacional sobre Concesiones" realizado en Santafé de Bogotá en octubre de 1996, con el auspicio de FIIC - RHUDO/AID - IULA (Oficina de Desarrollo Urbano para Sudamérica de la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional), CAMACOL Colombia y Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá".

## VI. Tratamiento del tema del equilibrio de los contratos y asignación de riesgos en contratos de concesión: antecedentes y distintas opiniones

Como resulta de interés para los fines de este trabajo, se efectuó una revisión de los pocos documentos publicados o con acceso público hasta ahora existentes en Colombia respecto del tema de los contratos de concesión para infraestructura, en los cuales se encontraron las siguientes posiciones de tipo jurídico:

### A. Documento CONPES "Contratos de Obra Pública por el Sistema de Concesión" distinguido con el número DNP - 2597 -UINF- MOPT de junio 15 de 1992

Con base en este documento, el Gobierno Nacional inició el proceso de apertura de licitaciones con el fin de entregar por el sistema de Concesión, algunos proyectos para el desarrollo de la infraestructura vial del país.

Al mencionado documento CONPES pertenecen los siguientes apartes:

**“Introducción:**

El país requiere de grandes inversiones en infraestructura vial para fortalecer el proceso de apertura que ha puesto en marcha el presente Gobierno. Para apoyar las inversiones del Plan Vial de la Apertura el Gobierno ha establecido la importancia de concentrar la acción del Gobierno central en vías de carácter nacional y descentralizar la ejecución de las vías regionales. Como complemento a la acción gubernamental en ambos tipos de proyectos, es necesario el esfuerzo privado en la financiación, construcción, mejoramiento y mantenimiento de vías. Este documento propone desarrollar los contratos de obra pública por el sistema de concesión como un sistema de grandes posibilidades de logro durante el presente Gobierno (...)

**“1. El nuevo esquema: descripción y ventajas**

**a. Descripción**

Ante la escasez de recursos públicos y teniendo en cuenta la necesidad de apoyar la política de apertura, el Gobierno ha iniciado la búsqueda de recursos complementarios para la ejecución de aquellas obras con alta demanda y mayores índices de congestión. El contrato de obra por el sistema de concesión es un mecanismo exitoso para atraer recursos adicionales para la construcción de vías. En este esquema, los concesionarios privados realizan la inversión y explotan las obras cobrando por su uso. El Gobierno, a su vez, prepara las condiciones para hacer atractiva la ejecución de los proyectos y controla el cumplimiento de las obligaciones del concesionario (...).

“(...)”.

**B. Simposio “Participación del Sector Privado en el Financiamiento de la Infraestructura Nacional”, llevado a cabo en los salones de la Biblioteca Luis Angel Arango los días 27 y 28 de enero de 1995, con el auspicio del Banco Mundial y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público**

*Intervención del doctor Guillermo Gaviria, para la época Director General del Instituto Nacional de Vías*

En el documento entregado durante su intervención como ponente en el simposio en el tema “El diagnóstico de los procesos de concesión en el sector vial”, capítulo 5, su autor se refiere al tema de *riesgos y cubrimientos*, y después de describir los tipos de riesgos identificados en los proyectos por concesión afirma:

**“5.2. CUBRIMIENTOS**

Las condiciones sociales y políticas de cada país demandan del gobierno anfitrión garantías que cubran los diferentes tipos de riesgo identificados y mantengan los retornos esperados, y por supuesto las tarifas, en niveles manejables para el mercado de capitales y para la sociedad en general. Las garantías se diseñaron para disminuir las primas por

riesgo que se aplicaría el retorno esperado de un proyecto en caso de que no existieren. Prima que en algunos casos y debido a las condiciones sociales del país llegaría a producir retornos esperados muy altos, disminuyendo el espectro de proyectos que puedan llegar a ser entregados en concesión (...)

A continuación, en el texto se describen los sobrecostos cubiertos con las garantías otorgadas por el gobierno, tales como sobrecostos de construcción, tránsito mínimo y ajuste del valor de las tarifas de peaje.

A esta filosofía responden todos los primeros proyectos de carreteras por concesión otorgados entre 1994 y principios de 1997, proyectos hoy conocidos como de primera generación.

### Otras intervenciones

En el mismo simposio, fueron múltiples las intervenciones de participantes de diferentes sectores del país (energía, gas, carreteras, Minhacienda) y de representantes de los empresarios nacionales e internacionales, y en todas ellas fue unánime la manifestación respecto de la necesidad que desde los pliegos de condiciones es indispensable que haya definición y distribución de los riesgos del proyecto, asignando a quien esté en mejores condiciones para asumirlos, tomando la carga correspondiente, evitando, de esta manera, sumar al proyecto costos excesivos por concepto de cubrimiento de riesgos, pero entendiendo en todos ellos que debía ser claro el mantenimiento del equilibrio de los contratos por concepto de hechos imprevistos, fuerza mayor, caso fortuito, riesgo político, etc.

En ninguna de las intervenciones efectuada en el simposio, incluyendo la del doctor Gaviria, se hizo una presentación del análisis jurídico de la viabilidad de la asignación de cada uno de los riesgos al concesionario. Lamentablemente no se ha encontrado una publicación de las memorias del simposio aunque están al alcance apuntes de algunos asistentes al mismo.

### C. Documento CONPES-2775- "Participación del Sector Privado en Infraestructura Física", abril de 1995

En el capítulo III del documento, se lee:

"La definición y estructuración de los esquemas de participación privada debe motivar a capitales privados, tanto nacionales como extranjeros, a invertir en proyectos que desarro-

llen la infraestructura del país. A pesar de los importantes desarrollos logrados, existen aspectos en los cuales las condiciones actuales pueden ser mejoradas, en particular en relación con: 1) la asignación de riesgos; 2) el sistema de compensación; 3) el esquema de responsabilidades; 4) los aspectos financieros; 5) la programación macroeconómica de los proyectos; 6) la protección a la inversión; y 7) aspectos de tipo legal y procedimental”.

“(...)”

“Adicionalmente, se buscará licitar los proyectos con el mayor nivel de especificidad técnica y contractual posible, con un esquema de riesgos definido previamente. Igualmente se buscará contar con mecanismos financieros de largo plazo que permitan reducir las tarifas a los usuarios (...)”.

### **A. Asignación de Riesgos**

Como en toda actividad de inversión, la participación en infraestructura conlleva la transferencia de la mayoría de los riesgos asociados a los proyectos correspondientes, que han sido asumidos tradicionalmente por el sector público, aunque con características propias que exigen que parte de ellos continúen en cabeza de este último. La asignación de riesgos entre el inversionista privado y el público es, por lo tanto, uno de los aspectos más importantes de la política de participación privada en este sector.

“Los proyectos de infraestructura se caracterizan por tener diversas clases de riesgos que involucran tanto al sector público como al privado. Una deficiente asignación de ellos puede limitar el atractivo de la inversión para el agente privado o, en el extremo opuesto, generar unos sobrecostos injustificados para el sector público. La asignación de los riesgos debe estar de acuerdo con los mecanismos de mitigación y el nivel de control que sobre ellos tenga cada una de las partes. De esta manera, el sector público debe asumir, en principio, aquellos riesgos que dependen estrictamente de sus acciones, en tanto que el sector privado debe asumir aquellos que estén bajo su control.

“En la fase inicial del proceso de participación privada en la infraestructura no se ha contado con una política predefinida de asignación de riesgos y otorgamiento de garantías. La política que se define a continuación busca estimular la asunción de la mayoría de los riesgos por parte del sector privado a través de un sistema de incentivos. Las diferentes experiencias de asignación de riesgos se presentan en el Cuadro N° 2.

#### **“1. Riesgos de construcción**

“Como principio general, los riesgos de construcción, operación y mantenimiento deben ser transferidos al inversionista privado. Lo anterior implica que dicho inversionista debe tener en operación el proyecto en la fecha pactada y a un precio fijo, y supone una mayor libertad a la iniciativa privada en los aspectos de ingeniería, diseño y utilización de nuevas tecnologías. En aquellos proyectos de construcción que presenten complejidades técnicas y geológicas, el Gobierno Nacional podrá considerar el otorgamiento de garantías limitadas para cubrir eventuales sobrecostos de construcción. En todo caso, el Gobierno Nacional establecerá incentivos para que el inversionista asuma los riesgos correspondientes”.

## **"2. Riesgos comerciales**

"Como regla general, el riesgo comercial debe ser transferido igualmente al inversionista privado, dejando además, bajo su responsabilidad, la realización de estudios de mercado que le permitan cuantificar y limitar dicho riesgo. En los casos en los cuales las entidades públicas contraten los estudios de mercado, éstos serán realizados por firmas con experiencia internacional en este tipo de investigaciones".

"En los casos en los cuales la Nación otorgue una garantía comercial, que implique un sobrecosto o una garantía de ingreso mínimo, debe estar acompañado de mayores ingresos para el Estado en caso de menores costos o mayores ingresos para el inversionista".

## **"3. Riesgo de fuerza mayor**

"Los riesgos de fuerza mayor son aquellos que son ajenos a la voluntad de las partes y están asociados a eventos imprevisibles e irresistibles que impiden a alguna de ellas el cumplimiento de una obligación determinada".

"Para este tipo de riesgos se definirán en detalle los acontecimientos considerados como fuerza mayor y la participación de las partes en la asunción de la responsabilidad, considerando la disponibilidad en el mercado de mecanismos de aseguramiento para el inversionista privado. Igualmente se definirán los mecanismos de compensación que se utilizarán, considerando la etapa de desarrollo del proyecto en la cual ocurran".

## **"4. Riesgos regulatorios**

"En desarrollo de los términos de la Ley 80 de 1993, el Estado hará explícito en los términos de contratación las garantías otorgadas para cambios regulatorios, administrativos y legales que afecten significativamente el retorno de la inversión. En aquellos casos permitidos por la ley, se eliminarán esas garantías si se consideran innecesarias. Igualmente, en el caso de pactar tarifas, peajes o cargos, se deben especificar en detalle los mecanismos de ajuste a los mismos".

## **"5. Riesgos ambientales**

"Las entidades serán titulares de las licencias ambientales en los casos que se requieran. Sin embargo, incluirán en los contratos de proyectos con participación privada la delegación total de las responsabilidades ambientales a los inversionistas, incluyendo las sanciones por incumplimiento de los planes de manejo ambiental. Igualmente, los pasivos ambientales que se generen durante las etapas de construcción y operación del proyecto estarán bajo la responsabilidad del inversionista privado".

## **"6. Otros riesgos**

"Riesgos tales como los costos financieros (tasas de interés), tributarios, cambiarios y de convertibilidad, deben ser asumidos por el inversionista".



### **"B. Sistema de Compensación**

"La falta de mecanismos efectivos de compensación puede tener un impacto en el flujo de caja del proyecto, afectando gravemente su liquidez, rentabilidad y viabilidad. Los sistemas de compensación aplicados han sido diferentes dependiendo del tipo de proyecto (Cuadro 3). De otra parte, y en términos generales, no se han cuantificado las implicaciones presupuestales para la Nación de tener que honrar eventualmente las garantías correspondientes".

"(...)".

### **D. Seminario "Infraestructura 96", auspiciado por CORFIVALLE, marzo de 1996**

La Corporación Financiera del Valle ha preparado un documento contentivo de los análisis y planteamientos realizados durante este seminario, complementado con otras informaciones adicionales, el cual aún no ha sido publicado oficialmente pero al que pertenecen los siguientes apartes relacionados con el capítulo denominado *Sector Vías, 4. Esquema Actual de Asignación y Manejo de Riesgos*:

"El nivel de riesgo percibido por los inversionistas tiene incidencia directa en la disponibilidad de recursos de capital y deuda para un proyecto específico, al igual que en el costo de los mismos. Los inversionistas se agrupan de acuerdo con sus preferencias respecto a niveles de riesgo y rentabilidad (clientelas). Así, si un proyecto excede la tolerancia al riesgo de una "clientela", el número de inversionistas potenciales se reduce, independientemente del nivel de rentabilidad ofrecido. Las "clientelas" dispuestas a proveer recursos para niveles altos de riesgo son escasas y exigen compensaciones conmensurables al riesgo asumido".

"El esquema actual de concesiones tiene un alto riesgo de incertidumbre. (...) Un esquema más razonable en cuanto a asignación de riesgos situaría las concesiones viales colombianas dentro de las preferencias de un rango de clientelas más convenientes".

"(...)".

"La ambigüedad en las condiciones de partida de los procesos licitatorios, ha llevado a que la factibilidad económica de las concesiones viales descansa en forma importante en la expectativa del '*Restablecimiento del equilibrio económico*', una vez se conozcan las condiciones reales de los proyectos. Esta incertidumbre es uno de los mayores limitantes para que los proyectos puedan atraer recursos en las etapas tempranas de su desarrollo. Los inversionistas institucionales dispuestos a invertir aumentan sus exigencias de retorno y establecen la viabilidad financiera de los proyectos bajo escenarios marcadamente conservadores. Esta circunstancia reduce el número de proponentes y eventualmente restringe la competencia".

“Resulta de fundamental importancia la revisión profunda de estos aspectos, que se debe reflejar en una mejora en la calidad de los contratos, que finalmente se constituye en el elemento que define la viabilidad técnica y financiera del proyecto. Un contrato mal elaborado conduce a una situación en la que el gobierno no logra sus objetivos en materia de desarrollo de la infraestructura y el concesionario no obtiene los resultados esperados acordes con su inversión y nivel de riesgo”.

“Con el propósito de proporcionar una idea más precisa de la situación, a continuación se presentan las variables de riesgo con mayor impacto sobre la estabilidad de los flujos de caja globales de los proyectos viales y su tratamiento dentro del esquema contractual vigente”.

#### **“4.1. Riesgos constructivos**

“Los principales riesgos constructivos a que están expuestos los agentes proveedores de fondos para un proyecto vial son: i) diferencias en el valor de la inversión con respecto a lo presupuestado; ii) retrasos en la entrada en operación del proyecto; iii) disminución de la calidad de la obra, que conlleva el incremento en los costos de mantenimiento del proyecto”.

“(…)”

#### **“4.2. Riesgos comerciales**

“El riesgo comercial que afecta un proyecto de concesión vial consiste en la probabilidad de la obtención de ingresos menores a los proyectados. Dado que las tarifas de peaje, al igual que los mecanismos de reajuste, se establecen en el contrato de concesión, el riesgo comercial se reduce a la disminución en la demanda”.

“Este riesgo por su naturaleza debe ser asumido por el concesionario. Si esto no es posible, seguramente implica que la carretera en cuestión no constituye un buen sujeto de concesión”.

“Los procesos licitatorios abiertos hasta 1995 han contado con estudios de tráfico de baja confiabilidad. Por esta razón el Estado tradicionalmente ha asumido parcialmente dicho riesgo, mediante el establecimiento de un tráfico mínimo garantizado. Este nivel es propuesto por el concesionario y es uno de los parámetros de competencia dentro de los procesos licitatorios”.

#### **“4.3. Riesgos regulatorios**

“El principal riesgo regulatorio es el asociado a incrementos tarifarios diferentes a los estipulados en el contrato (tarifa real diferente a la tarifa contractual). El Estado conserva el derecho de reajustar las tarifas por debajo del nivel de variación del IPC. En estos casos, el diferencial entre el ingreso percibido con la tarifa establecida por el Gobierno y el que se hubiera obtenido con la tarifa contractual, es reembolsado por el Gobierno bajo mecanismos de prolongación del período de la concesión o mediante aportes presupuestales, con el consiguiente deterioro de la liquidez del proyecto”.

#### **"4.4. Riesgos macroeconómicos**

"Hasta la fecha los riesgos macroeconómicos diferentes al de inflación (volatilidad de variables como tasa de interés base y tasa de cambio), vienen siendo asumidos por el concesionario, lo cual unido a la limitada disponibilidad local de instrumentos de cobertura, se ha traducido en una dificultad para la participación de inversionistas extranjeros y para la obtención de deuda en los mercados internacionales (...)"

"La indexación de tarifa sólo al IPC implica que la financiación en moneda extranjera conlleve riesgos importantes. Esto tiene como consecuencia la limitación de las fuentes de fondos aplicables y/o el aumento de las tasas de retorno requeridas (...)"

#### **"4.5. Riesgo por terminación temprana**

"En la mayoría de los casos los contratos de concesión vigentes no cuentan con fórmulas de liquidación claras en caso de terminación anticipada, ya sea por causa imputable a una de las partes o la ocurrencia de un evento de fuerza mayor".

"Esta deficiencia afecta negativamente la calidad crediticia (...)"

#### **"4.6. Riesgo de conflicto de intereses de los agentes (Administración de Recursos)**

"Las compañías constructoras juegan un doble papel dentro de las concesiones (socio y subcontratista), estando dispuestas a flexibilizar sus metas de rentabilidad en la concesión, a cambio de beneficios en su actividad principal (la construcción) (...)"

"La premisa fundamental para hacer financiable un esquema contractual es asignar a cada parte únicamente riesgos cuyos efectos pueda absorber. La asignación de riesgos dependerá también de la injerencia que los agentes tengan sobre la prevención de su ocurrencia. Por estas razones es altamente deseable que el concesionario traslade los riesgos asociados a la actividad constructiva a sus subcontratistas o socios activos (...)"

#### **"4.7. Determinantes de la calidad crediticia bajo el esquema actual**

"La calidad crediticia de los proyectos viales varía ampliamente de caso a caso. Está determinada por la prudencia con que los concesionarios han proyectado sus resultados y por la estructura contractual específica. La solidez del esquema contractual depende de las particularidades de los contratos de concesión, construcción y fiducia. Dadas las características del esquema actual, las variables que mayor riesgo generan y sobre las cuales es fundamental hacer supuestos conservadores son: el presupuesto de inversión, los niveles de tráfico proyectados y las condiciones de tasa y plazos de repago de la deuda".

"(...)"

#### **"5. Implicaciones financieras"**

"(...)"

#### **"6. Mecanismos para mejorar el esquema de concesiones**

"Entre las acciones que se deberían desarrollar para acotar el riesgo de los proyectos, está el mejoramiento de las condiciones de partida de los procesos licitatorios, dar mayor

claridad a los esquemas contractuales y reenfocar las garantías técnicas y financieras reales del proyecto y por lo tanto, el Estado y el concesionario obtengan beneficios mutuos en el desarrollo del proyecto”.

“(...)”.

### E. Seminario “Concesiones en infraestructura” llevado a cabo en Bogotá, en marzo de 1996, con el auspicio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Coinvertir y la CAF

Las memorias de este seminario fueron recogidas en un documento publicado por Coinvertir, denominado “Concesiones en Infraestructura”, 1996.

De las diferentes intervenciones realizadas, vale la pena destacar la opinión del doctor Clemente del Valle, Director de Crédito Público, quien en la presentación y con relación al tema de interés para este documento, manifestó:

“(...) En el área contractual se han encontrado dificultades en las interpretaciones sobre el concepto de equilibrio económico financiero en los contratos y en la definición del concepto que determina el monto de las compensaciones, así como ineficiencia en la asignación de riesgos. Por esto el gobierno viene trabajando desde hace más de un año en la definición de la política de asignación de riesgos para cada una de las áreas de infraestructura. Por ejemplo, se ha considerado trasladar los riesgos de construcción y de comercialización en el área de carreteras al sector privado, siempre que las garantías ofrecidas estén mejor estructuradas, se incluyan la generación de estudios de tráfico e ingeniería suficientemente desarrollados para reducir el nivel absoluto de riesgos”.

“Adicionalmente serán estructurados mecanismos de compensación más líquidos y seguros que maximicen el impacto financiero positivo de las garantías. Las conferencias que contiene este libro examinan los temas de equilibrio financiero, asignación de riesgos y manejo de compensaciones en los esquemas de participación privada. De otra parte hemos detectado algunas posibilidades de mejoramiento del marco normativo frente a la selección de contratistas, especialmente en lo que hace referencia a los aspectos procedimentales. También hemos visto esa posibilidad en las actividades que deben desarrollarse previa o paralelamente al perfeccionamiento de los contratos de concesión, como la adquisición de predios, la consecución de licencias ambientales y la elaboración de los diseños, que también se tratan en este libro. (...)”.

En el mismo seminario, el doctor Hugo Palacios Mejía, presentó ponencia denominada “La cláusula de equilibrio económico contractual y sus efectos en los contratos de concesión”, de la cual se extractan los siguientes apartes:

“EL RIESGO EN EL CONTRATO DE CONCESION:

“Una de las pocas oportunidades en que la Ley 80 de 1993 alude al problema del reparto del riesgo en los contratos es al referirse al de concesión; en el artículo 32, numeral 4, señala que éste es *por cuenta y riesgo del concesionario*”.

“En Francia donde el contrato de concesión es una parte sustancial de las instituciones administrativas, se considera que es de la naturaleza del contrato que el riesgo comercial corresponda, íntegramente, al concesionario”.

“Vale la pena resaltar que la Ley 80 no distingue entre el riesgo comercial y otros riesgos cuando habla del contrato de concesión; dice, simplemente, que el contrato se hace por cuenta y riesgo del concesionario. Ello, naturalmente, debe tener consecuencias, pero éstas deben encontrarse a la luz de la interpretación sistemática de todas las normas que regulan la acción y la contratación de los entes estatales”.

“Es obvio, por lo tanto, que la expresión no implica que el concesionario deba correr los riesgos del incumplimiento oficial, ni con las cargas resultantes de los actos administrativos unilaterales del contratante. De la misma manera, a la luz de la Ley 80, parece que todos los contratistas, e inclusive los concesionarios, tienen, dentro de los límites expuestos, derecho a una protección contra la inflación. En estos casos, como expliqué, hay reglas especiales y de aplicación preferente”.

“Como he subrayado, corresponde a las autoridades prever los riesgos y los mecanismos de restablecimiento; creo que puede sostenerse que, por virtud de la expresión en comento, en las concesiones este deber se comparte entre aquellas y el concesionario. No puede éste limitarse a cumplir el deber de buena fe, anotado arriba, de informar sobre los riesgos de los que tenga conocimiento especial, sino que debe desplegar una diligencia mayor para identificarlos, y para acordar remedios. De este modo, la consecuencia más inmediata de la expresión según la cual el contrato es por cuenta y riesgo del concesionario, extiende a éste los deberes especiales de previsión, que usualmente corresponden a la entidad estatal”.

“Además, la expresión *por cuenta y riesgo del concesionario* limita, sin duda, la posibilidad de negociación de riesgos entre las partes de un contrato estatal, pero no la elimina (artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993)”.

“Dentro de estos criterios, la expresión *por cuenta y riesgo del concesionario* implica que ciertos *hechos*, que otro contratista podría calificar como *ruptura* del equilibrio económico, y que le darían derecho a un restablecimiento pleno, no producirían los mismos efectos para el concesionario. Las dudas deberían interpretarse contra él. Un enfoque similar se advierte en el *New Engineering Contract (NEC)*, el modelo de contrato de construcción de obras de la *Institution of Civil Engineers* del Reino Unido”.

“Pero, aun así, la doctrina francesa acepta, y sería admisible en Colombia, que aparte de los casos arriba anotados (incumplimiento, uso de facultades estatales excepcionales, inflación), podrían haber circunstancias que, a pesar de lo esfuerzos del concesionario, no fueron previstas, o no pudieron resolverse por los medios acordados. Tales circunstancias serían, entonces, no sólo *ruptura* sino desquiciamiento del contrato y darían lugar a una reparación”.

“Aun en estos eventos, en los que el concesionario tendría derecho a un restablecimiento, éste no sería pleno; la jurisprudencia generalmente lo reduce para obligar al concesionario a asumir una parte del álea que se convirtió en siniestro”.

“En síntesis: la expresión *por cuenta y riesgo del concesionario* obliga a considerar en forma más estricta no sólo los hechos que puedan dar lugar a una *ruptura* del equilibrio, sino también la imputabilidad del contratista, y el monto de la reparación a la que tiene derecho. La *ruptura* tendría que ser un verdadero *desquiciamiento* del contrato”.

También participó en el seminario el profesor Guillermo Fanelli Evans, de la Argentina, quien intervino con otra ponencia sobre el mismo tema, intitulada “La ecuación económico-financiera en las concesiones de obra y de servicios públicos”, sosteniendo tesis contraria a la expuesta por el doctor Palacios. Manifestó lo siguiente:

“En Argentina, siguiendo la doctrina francesa, no existe controversia entre los autores que podemos denominar ‘clásicos’ en que uno de los derechos fundamentales del cocontratante consiste en el mantenimiento de la ecuación económica del contrato celebrado” (Miguel S. Marienhoff, *Derecho Administrativo*, T. III A, p. 469 y ss., As, 1970, y autores allí citados).

“Dicho eminente tratadista la define como “una relación establecida entre las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de éste, considerados equivalentes”(Op. cit., p. 470).

“(…)”

“Una más moderna doctrina habla inclusive de la “intangibilidad de la remuneración del contratista particular” (Rodolfo C. Barra, *Contrato de Obra Pública*, T. I p. 56 y ss, Bs As 1984), como exacta contrapartida del principio de mutabilidad del contrato administrativo.

“(…)”

“Acerca del fundamento del instituto, las opiniones también difieren”.

“En la jurisprudencia francesa, lo constituye, como dijimos, el contrato mismo. Para Marienhoff, se basa en el principio constitucional de la garantía de la propiedad, en virtud del cual a nadie puede imponérsele el sacrificio de sus intereses particulares en beneficio público sin el respectivo resarcimiento. Finalmente, para Barra es el principio de igualdad como base del impuesto y de las cargas públicas, también previsto en nuestra Constitución Nacional”.

“Inclusive, en un reciente artículo de elocuente título “El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistema de Economía de Mercado (Hacia una Nueva Concepción)”, en *Régimen de la Administración Pública*, N° 208, pp 10/11, Bs, enero de 1996, Juan C. Cassagne señala lo que a su juicio constituyen nuevos principios interpretativos de este instituto (que a nuestro juicio son extensibles a la obra pública), los que incluyen, entre otros:

1) Subsistencia de la gestión privada; por imperio del principio de subsidiariedad del Estado, y

2) Flexibilidad interpretativa a favor de la estabilidad de la concesión y su finalidad específica (incluyendo el equilibrio económico de la concesión...).

“Es que el principio de la operación de los servicios públicos (y de la construcción de obras públicas, agregamos nosotros) por parte de particulares, a tenor de la subsidiariedad que en la materia se asigna en las economías de mercado al Estado, se impone la mayor cantidad de esfuerzos por parte de este último para que ello no revierta al concedente, como ocurriría en una ruptura de la ecuación económica de estos contratos no restablecida a tiempo”.

“(...)”

“De lo expuesto se infiere una larga tradición doctrinaria y legislativa en Argentina que acoge la existencia de la ecuación económico-financiera de las concesiones, en los términos ya reseñados”.

#### “LA LEGISLACION COLOMBIANA”

“(...)”

#### “LA *RATIO LEGIS* DE LA ECUACION”

“Tradicionalmente se admite que la contratación administrativa se encuentra sujeta a diversos “áreas”. El primero es el área económica, es decir los avatares de la economía en general”.

“El segundo es el área denominada “administrativa”, que admite ser subdividida en dos: la que emana del órgano o ente contratante por un lado y la que surge del Estado en su conjunto”.

“Existe a nuestro modo de ver otra área que va adquiriendo día a día mayor importancia y que denominaríamos “área tecnológica” y que consiste en el cambio de materiales, métodos constructivos, implementos, transportes, comunicaciones, etc., a consecuencia del avance de las ciencias y técnicas aplicadas, y los consiguientes cambios que ellos producen en los hábitos de los usuarios y consumidores”.

“(...)”

“La opción contraria, es decir la transferencia de todos los riesgos al concesionario (concepción superada del contrato “a riesgo y ventura”) no conlleva beneficios. Llevada al extremo implicaría la quiebra del contratista, lo que dejará no sólo la normal lamentable secuencia habitual en estos casos (proveedores impagos, despidos etc.), lo que generalmente en obras y servicios públicos además altera la paz social, sino por añadidura –y principalmente– insatisfecha la necesidad pública que el contrato tendía a satisfacer. La selección de un nuevo contratista, a los gastos que ello de por sí ocasiona, adicionará el inconveniente que difícilmente pueda efectuarse a precios inferiores a los que habían debido reconocerse al contratista anterior”.

#### “LA CONMUTATIVIDAD DEL CONTRATO DE CONCESION”

“En artículo anterior hemos sostenido que la concesión no es un contrato aleatorio sino conmutativo (“El Riesgo en la concesión de obra pública”, Revista Jurídica *La Ley*, Bs. As 22.07.92; LL 1992-C-1084). No integra la esencia ni la naturaleza de este contrato la transferencia de riesgos al contratista”.

“(...)”

“Por otra parte, no debe olvidarse que la ecuación económico financiera juega a favor y en contra de ambas partes en la relación”.

“En efecto, si la concesión llegase a tornarse excesivamente rentable, el concedente no sólo puede sino que debe exigir el restablecimiento de la relación costo - beneficio originaria. Así parece ocurrir actualmente en Argentina en materia de concesiones viales (...)”

“(...)”

“Ello lleva a pensar que la supresión o retaceo de la garantía de la ecuación económica-financiera de la concesión llevaría a la situación de considerar al Estado concedente como un “socio en las ganancias, pero no en las pérdidas (...)”.

Otro de los expositores en el citado foro, fue el señor Roger Thomas, quien disertó sobre el tema “Experiencias internacionales en la asignación de riesgos en los esquemas de concesión y propuesta para Colombia”. Sobre el particular, manifestó:

“Es difícil hablar de asignación de riesgos en las concesiones en términos teóricos, ya que cada proyecto tiene características especiales: sus propios participantes, su propia estructura, tipo de tecnología y diferentes factores que inciden en el reparto o asignación de riesgos dentro de los distintos partícipes; sin embargo, quiero empezar aboliendo un par de mitos que existen todavía en Colombia que involucran al Gobierno de una manera u otra”.

“El primero se puede resumir en que “nunca hay comida gratis en el mundo”; un *project finance* es una manera de repartir, de asignar riesgos, pero no de evitar los riesgos involucrados en él. En el fondo se trata de una mecánica para financiar proyectos en que todas las partes que participan en el proceso aceptan de un modo u otro ciertos riesgos relacionados con el proyecto, y sobre todo frente a los prestamistas u otras fuentes de financiamiento del proyecto”.

“(....)”

“Por tanto, el promotor de un *project finance*, sea el gobierno o una empresa del sector público, tiene que definir desde el comienzo la manera como se van a asignar los riesgos, cuáles va a asumir en el curso de la negociación y cuáles no”.

“No hay milagros en este proceso, la regla principal consiste en que al analizar los riesgos que el promotor o auspiciador del proyecto debe aceptar, hay que preguntarse cuál es la parte en el *project finance* que debe asumir el riesgo. Obviamente hay ciertos riesgos que el gobierno o una empresa estatal debería aceptar porque son riesgos que sabe analizar, sabe cuantificar y puede dominar”.

“Para dar un ejemplo, Colombia tiene un riesgo muy especial que es el problema de la guerrilla, sobre todo en la construcción de vías que involucra una parte estimable del territorio nacional, y hay que pensar si es el contratista internacional el que debería aceptar ese riesgo, o si por el contrario es la empresa estatal, que ha tenido el problema, lo sabe manejar y sabe cuantificar el costo para la empresa según la experiencia de los últimos años sobre el tema. En mi opinión, la parte indicada para aceptar este tipo de riesgo en un grado u otro es el auspiciador nacional que sabe manejar problemas en la materia”.



“Por tanto, la regla principal al analizar la asignación de los distintos riesgos involucrados en un proyecto es que quien conoce el riesgo, quien lo sabe manejar, quien lo puede solucionar más fácil entre todos los partícipes del *project finance*, es quien debe asumirlo. La razón económica de este principio es que si el riesgo es asumido por el contratista internacional, va a incrementar los costos en la licitación para poder cubrir los riesgos”.

“Imponer riesgos sobre el contratista o el financista puede representar un mayor costo del proyecto, porque ellos pueden sobrestimar el costo de dominar este tipo de riesgo; la lógica indica que hay que entrar a definir quién puede hacerse responsable de un determinado riesgo a un menor costo, para evitar aumentos innecesarios del costo final de la propuesta frente al auspiciador del proyecto”.

“(…)”

“En la cuestión de fuerza mayor hay un tema que tiene que analizarse. En principio la fuerza mayor normal es responsabilidad compartida entre contratista y auspiciador. Muchas veces el contratista tiene derecho a aumentar el plazo para terminar y entregar el proyecto por ocurrencia de casos de fuerza mayor normal. Pero en cuanto a riesgos especiales, considero que la regla debe ser responsabilidad del auspiciador y tiene que responder con un aumento del plazo, quizás con una participación en el costo relacionado con reponer instalaciones afectadas por los riesgos especiales, etc”.

“(…)”

La señora Margareth Calvet, como experta en manejo de *projects finance* intervino también sobre el tema de asignación de riesgos, y lo hizo en el mismo sentido del señor Thomas. Su intervención aparece publicada en el mismo texto antes citado.

NOTA: En ninguna de las intervenciones parcialmente transcritas, hay un análisis sistemático y pormenorizado de la teoría jurídica como sustento legal y constitucional; en algunos por tratarse de análisis de tipo económico y en otros, por cuanto el estudio efectuado se detuvo en el texto de la Ley 80, artículo 32 sin remontarse a los principios constitucionales.

## F. Documentos CONPES-2852- “La participación privada en Proyectos de Infraestructura y Seguimiento, junio 26 de 1996

“ANEXO G. Avances institucionales en el esquema de participación privada–transporte”

“1. Carreteras”

“a. Recomendaciones Comité de Participación Privada en Infraestructura”

“1) Con el fin de brindar mayor seguridad a los inversionistas y disminuir las garantías a otorgar para las nuevas concesiones, antes de la apertura de licitaciones, el Instituto Nacional de Vías deberá contar con los diseños definitivos de los proyectos”.

"2) El Instituto Nacional de Vías adoptará un esquema de garantías de riesgo en el cual asumirá sobrecostos de construcción hasta por el 20% del valor del proyecto para construcción nueva, y hasta de 10% para segundas calzadas, sin asumir sobrecostos de construcción en proyectos de rehabilitación. Igualmente, se establecerán límites a las garantías de tráfico mínimo, siendo éstas menores en los casos de construcción de segundas calzadas, rehabilitación y mantenimiento. El cubrimiento del riesgo regulatorio se realizará a través de una garantía de ingreso mínimo la cual establece que, en caso de incumplir con el reajuste de tarifas pactado, el INVIAS deberá pagar al inversionista las diferencias correspondientes en el término de 12 meses".

"3) A nivel de presentación y evaluación de propuestas, el INVIAS exigirá la proponente acreditación de la experiencia en proyecto de infraestructura similares, así como una adecuada capacidad financiera para adelantar el proyecto".

"4) En la minuta del contrato se incluirán de forma específica: los plazos de cumplimiento de las obligaciones de las partes, los mecanismos de solución de las controversias contractuales a través de terceros, las responsabilidades de las partes sobre la consecución de la licencia ambiental y el cumplimiento de las disposiciones ambientales durante la ejecución del proyecto".

"5) El Instituto asumirá la responsabilidad sobre la negociación de predios y la consecución de licencias ambientales".

#### "b. Procesos en ejecución

"Adicionalmente, se adelanta el desarrollo del diseño de la estructura financiera, la documentación legal y el proceso de promoción ante inversionistas internacionales del proyecto piloto Tobiagrande - Puerto Salgar. El asesor contratado para tal fin, deberá aportar una estrategia para el manejo de riesgos en proyectos complejos. Los estudios de tráfico de este proyecto fueron realizados por una firma de reconocida experiencia internacional".

#### "c. Acciones futuras

"En el futuro, se deberán incorporar los resultados obtenidos por el asesor de Tobiagrande - Puerto Salgar al programa de concesiones viales. Igualmente, para proyectos viales complejos se deberá aplicar la metodología utilizada por los consultores internacionales para la estimación del tráfico futuro. Adicionalmente, se adelantará un estudio con el fin de formular y estructurar el programa de concesiones viales para el mediano plazo, el cual considerará la totalidad de la red de carreteras a cargo del INVIAS. De otra parte, se encuentra en marcha el proceso de fortalecimiento institucional del INVIAS".

"(...)".

**G. Conferencia Internacional sobre Concesiones llevada a cabo con el auspicio de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, Oficina de Desarrollo Urbano para Sudamérica (RHUDO/SA de la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional USAID-IULA) , la Federación Interamericana de la Industria en la Construcción –FIIC– y Camacol. Bogotá octubre 7 y 8 de 1996**

En el desarrollo de esta Conferencia Internacional, se presentaron los proyectos desarrollados en México, Chile, Colombia y Argentina, aunque el análisis de los aspectos legales asociados al financiamiento de concesiones de obras públicas, y dentro de ellos el tema de los riesgos y su posibilidad de traslado al contratista, solamente fue analizado por la doctora Dolores Ruffián, en su calidad de coordinadora de abogados del Ministerio de Obras Públicas de Chile, y aparece en documento denominado *Complementación al estudio del marco normativo de la contratación estatal en general, la contratación de obras públicas en infraestructura del transporte y la regulación sobre las concesiones en el sector transporte*.

De las demás intervenciones en las cuales hubo referencia tangencial a la problemática, no existe publicado un documento y, por lo mismo, solamente se conocen algunos apuntes de los participantes por lo cual no es posible extractarlas. En todas ellas se insistió en la necesidad de definir la asignación de riesgos, calificando algunos como de responsabilidad del Estado y otros del concesionario. Sin embargo, al igual que en el seminario indicado anteriormente, ninguno de los participantes se detuvo en los fundamentos constitucionales y legales de la asignación de riesgos, limitando sus intervenciones a referirse a la conveniencia de una o otra forma de asignarlos, analizando el problema desde el punto de vista económico.

**H. Documento CONPES-2928 - “La participación privada en infraestructura-seguimiento”, junio 11 de 1997**

**“II. Aspectos críticos para la inversión privada en infraestructura**

“Al identificar los principales aspectos críticos que enfrentó la participación privada en infraestructura durante 1996, es necesario hacer una distinción entre aquellos aspectos ya identificados en documentos de seguimiento anteriores y aquellos nuevos aspectos identificados en cada sector, a través de la ejecución de los distintos proyectos (Cuadro 3)”.

**A. Garantías**

“En la fase inicial de los procesos de participación privada, el Gobierno reconoció la procedencia de otorgar, en algunos proyectos, garantías de cobertura de riesgos de construcción, comerciales y regulatorios, entendiendo que la percepción de riesgo de los agen-

tes privados así lo requería para que los proyectos pudieran asegurar su viabilidad. En este sentido, estimaciones preliminares establecen que, en promedio, el nivel de exposición de las garantías otorgadas por entidades estatales en proyectos viales, de telefonía, de generación eléctrica, equivalen aproximadamente al 20% del costo total de los proyectos. Estos pasivos contingentes que están asumiendo las entidades del orden nacional y territorial pueden inducir efectos fiscales negativos sobre las finanzas públicas y llegar a comprometer la capacidad financiera de dichas entidades”.

“De otra parte, para los proyectos en los que se podrían hacer efectivas las garantías, se ha identificado como limitante la liquidez. Lo anterior se hace importante, sobre todo, al considerar la necesidad del sector privado de atender compromisos de deuda, y al reconocer la liquidez exigida por el mercado financiero”.

“La falta de liquidez es un obstáculo para el sector privado, ya que el desembolso de la compensación correspondiente a garantías, se encuentra sujeta a disponibilidad presupuestal del período y del Programa Anual de Caja (PAC) autorizado a la entidad correspondiente. Con esto se dificulta no solo atender la deuda contraída en forma líquida, sino también la consecución de nueva financiación para el proyecto y por lo tanto la ejecución misma de la obra”.

“Para subsanar estas deficiencias el Gobierno dispuso, a través del CONFIS, la presupuestación del valor contingente de las garantías otorgadas mediante vigencias futuras, previo a la apertura del proceso licitatorio”.

“(…)”

## **“B. Financiación**

“(…)”

## **“C. Adquisición de predios**

“(…)”

## **“D. Estructuración de proyectos**

“Con el fin de lograr una mejor calidad en la estructuración de proyectos que contarán con participación privada se ha realizado, previo a la apertura del proceso licitatorio, la contratación de diversas asesorías técnicas, legales y financieras y de promoción, tanto nacionales como internacionales, para brindar apoyo a la Nación y a las entidades ejecutoras”.

“(…)”

“Para evitar en el futuro atrasos en los diversos programas que cuenten con la participación del sector privado, las entidades ejecutoras deberán prever e incluir en su proceso de planeación y programación la elaboración de las actividades necesarias para estructurar adecuadamente los proyectos. En este sentido, se ha establecido la necesidad de realizar la contratación de las asesorías especializadas para paquetes o grupos de proyectos (…)”.

“Con estas asesorías especializadas se obtendrán, entre otros, los siguientes beneficios: i) adecuada asignación de riesgos; ii) menores costos para los usuarios; iii) reducción de la demanda de garantías otorgadas por la Nación; iv) mayor concurrencia y mejor calidad de proponentes; v) mejores procedimientos de atención a los proponentes; vi) transparencia del proceso licitatorio”.

“(...)”.

## I. Seminario Conservación del patrimonio vial de Las Américas, provial de Las Américas, llevado a cabo en Cartagena entre los días 16 a 19 de septiembre de 1997

En el documento denominado “Programa de concesiones viales, valioso aporte en la modernización y mantenimiento de la red vial nacional”, preparado por el doctor Javier Darío Toro Zuluaga, entonces Subdirector de Concesiones del Instituto Nacional de Vías, con el apoyo de la doctora Gladys Agudelo, el cual fue presentado durante el seminario, consignó lo siguiente:

“(...)”

### “Riesgos y garantías”

“Siendo el Contrato de Concesión una figura nueva, que se creó para buscar salida a las dificultades de orden presupuestal que enfrenta el Estado para la prestación de los servicios públicos, fue necesario analizar de manera juiciosa los posibles riesgos que podrían presentarse en su desarrollo y establecer mecanismos idóneos que permitieran enfrentar estas situaciones de manera eficaz, con el fin de que la figura pudiera consolidarse en nuestro país”.

“A continuación, se indicarán los riesgos importantes que pudieron detectarse y la manera de solucionarlos:

### “Riesgo comercial”

“Lo constituyen las disminuciones de la demanda proyectada, por reducción del tráfico vehicular promedio diario lo cual se traduce en reducciones en los ingresos, pues el análisis de la viabilidad financiera del proyecto se sustenta en gran medida en los estudios de tráfico y las proyecciones de la tarifa”.

“La entidad concedente garantiza al concesionario unos ingresos mínimos a través del recaudo del peaje de los vehículos que transitan por la vía; si esos mínimos garantizados no se cumplen, la concedente con sus propios recursos presupuestales acude a la compensación correspondiente. De esta manera asegura la recuperación mínima de la inversión y el equilibrio financiero del contrato”.

### “Riesgo técnico”

“Ocurre en la fase de construcción por generarse sobrecostos por mayores cantidades de obra bien sea por cambios en el diseño para mejorar técnicamente el proyecto o por condiciones del suelo”.

“Para no trasladar la totalidad del riesgo al concesionario, el Instituto diseñó el mecanismo de la garantía por mayores cantidades de obra cuyo porcentaje es directamente proporcional a la complejidad de la obra”.

**“Riesgo financiero”**

“Está dado por el déficit de los ingresos frente a los egresos, durante la etapa de operación del proyecto, ocasionado por el desajuste de las tarifas de peaje en relación con el incremento de la inflación”.

“La entidad concedente otorga una garantía al crecimiento de la inflación, que se refleja en un crecimiento periódico de las tarifas de peaje sobre la base del índice de precios al consumidor del país”.

“Con el fin de cumplir con estas garantías, se establecieron tres mecanismos de compensación, a saber: (...)”.

Tampoco en este documento se analiza el por qué de las garantías otorgadas ni su sustento constitucional y legal, pero se menciona la necesidad de mantener el equilibrio económico de los contratos.

## J. Comentarios generales sobre los documentos parcialmente transcritos

Hecha la investigación necesaria con el propósito de obtener el mayor número de documentos con autoría conocida, en los cuales se explicara el concepto y el análisis sobre el tema específico de la asignación de riesgos como parte del equilibrio económico de los contratos por concesión para la infraestructura vial, solamente se pudieron encontrar los relacionados en este documento.

Efectuada su revisión y estudio, se optó por transcribir los apartes pertinentes relacionados con el tema objeto de estudio con el fin de reflejar exactamente el pensamiento de sus autores.

Con la presentación cronológica escogida, es fácil establecer la evolución de la orientación dada desde el CONPES al desarrollo de las instrucciones relacionadas con los proyectos de infraestructura vial con participación privada, desde el comienzo cuando se busca atraer la inversión privada ofreciendo amplias garantías y protecciones, hasta las metas últimas donde se propone la eliminación de ellas y la distribución de riesgos, procurando trasladar la mayor cantidad al inversionista privado.

A cada época o período en el desarrollo de los documentos CONPES se presentó la coincidencia de la realización de un simposio o seminario sobre el tema de concesiones en infraestructura y en ellos se obtuvieron opiniones de los diferentes expositores.

Respecto de las distintas ponencias e informes presentados en los diferentes eventos realizados sobre el tema, también debe llamarse la atención en el mismo sentido: la gran mayoría aborda el tema de la distribución de los riesgos exclusivamente desde el punto de vista económico sin detenerse en el análisis de la legalidad, salvo en dos casos, en las ponencias presentadas por los doctores Hugo Palacios y Guillermo Eduardo Fanelli Evans, el primero de los cuales se detiene en el texto de la Ley 80 de 1993 y, el segundo, además desarrolla la teoría jurídica de las instituciones. □

