

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO



TESIS

LA CONMUTATIVIDAD EN LOS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN

PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA

POR

WALTER EPIFANIO ASPRILLA CÁCERES

BOGOTÁ D.C.

2018

UNIVERSIDAD LIBRE



DIRECTIVAS NACIONAL Y SECCIONAL

PRESIDENTE NACIONAL

JORGE ALARCÓN NIÑO

VICEPRESIDENTE NACIONAL

JORGE GAVIRIA LIÉVANO

RECTOR NACIONAL

FERNANDO D'JANON RODRÍGUEZ

CENSOR NACIONAL

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

SECRETARIO GENERAL

FLORO HERMES DE SAN JOSÉ GÓMEZ PINEDA

PRESIDENTE SECCIONAL

JULIO ROBERTO GALINDO

RECTOR SECCIONAL

JESÚS HERNANDO ÁLVAREZ MORA

DECANO FACULTAD DE DERECHO

FERNANDO SALINAS SUAREZ

DIRECTORA (E) INSTITUTO POSTGRADOS

NOHRA PARDO POSADA

RESUMEN

El presente trabajo comprende tres capítulos, cada uno de los cuales está encaminado al desarrollo puntual de unos objetivos específicos que darán solidez a la hipótesis planteada y a las conclusiones; en el primer capítulo, se aborda la evolución de las concesiones en Colombia, el objetivo fijado es determinar el origen de esta tipología contractual, de manera descriptiva, hasta llegar al modelo que en la actualidad se desarrolla bajo el esquema de asociaciones público privadas, haciendo especial énfasis en la importancia económica de las mismas; posteriormente, en el segundo capítulo, se tratan los aspectos atinentes a la conmutatividad contractual bajo un enfoque económico, de variabilidad de la información y sus fundamentos jurídicos con miras a entender los supuestos que alteran la conmutatividad y la equivalencia de prestaciones en los contratos estatales en términos generales; finalmente, en el tercer capítulo, se desarrolla la problemática o hipótesis planteada, esto es, la inoperancia de la alteración de la conmutatividad en los contratos desarrollados bajo el esquema de asociaciones público privadas de iniciativa privada, ello a partir de la resolución de interrogantes detectados a lo largo de la investigación con miras a fijar una postura coherente desde el punto de vista jurídico y económico a partir de las diversas variables encontradas.

ABSTRACT

The present work comprises three chapters, each of which is aimed at the specific development of specific objectives that will give solidity to the hypothesis and the conclusions; In the first chapter, the evolution of concessions in Colombia is addressed, the objective set is to determine the origin of this contractual typology, in a descriptive way, until reaching the model that is currently developed under the scheme of public-private partnerships, making special emphasis

on the economic importance of them; Later, in the second chapter, the aspects related to contractual commutativity are dealt with under an economic approach, the variability of the information and its legal bases with a view to understanding the assumptions that alter commutativity and the equivalence of benefits in state contracts in general terms; finally, in the third chapter, the problematic or hypothesis raised is developed, that is, the inoperativeness of the alteration of commutativity in the contracts developed under the scheme of private public associations of private initiative, this from the resolution of questions detected throughout the investigation with a view to establishing a consistent position from the legal and economic point of view from the various variables found.

Tabla de Contenido

Capítulo I Evolución de las Concesiones en Colombia

Aspectos Previos

 Evolución de la Contratación Estatal en Colombia

 Incorporación del Derecho Privado a la Gestión Contractual del Estado

 Efectos prácticos de la incorporación del derecho privado a la contratación estatal.

 El Contrato de Concesión

Evolución del Contrato de Concesión

 Concesiones de primera generación

 Concesiones de segunda generación

 Concesiones de tercera generación

 Contratos Plan como Antesala de los Contratos de cuarta generación

 Concesiones de cuarta generación.

Las Asociaciones Público-Privadas

 Las asociaciones público privadas de iniciativa privada.

 Riesgos en las asociaciones público-privadas de iniciativa privada.

Capítulo II La Conmutatividad en la Contratación Estatal

La mutabilidad del contrato

 Elementos que alteran la conmutatividad

 La Imprevisión

 El Hecho del príncipe

 El ius variandi

 Las Situaciones naturales imprevistas

Costo de Transacción en los Contratos Estatales

Conmutatividad del contrato de concesión

Capítulo III

La Conmutatividad en los Contratos de Asociación Público-Privada de Iniciativa Privada

Conmutatividad de la información

Los Incentivos en contratos de asociación público - privada de iniciativa privada

La utilidad como incentivo positivo

Límites de la conmutatividad

El hecho del príncipe, el ius variandi, y la imprevisión en los proyectos de asociación público-privada de iniciativa privada

Conclusiones

Introducción

La contratación estatal, es el principal instrumento del que, por excelencia, se sirve el estado, a través de las diversas entidades, órganos y organismos que lo personifican para cumplir con sus fines más esenciales, es decir, es una herramienta de concreción de los propósitos estatales la cual ha sufrido cambios significativos predeterminados, o bien, por aspectos legislativos coyunturales como sucedió con la expedición de los primeros estatutos contractuales, a saber, el Decreto Ley 150 de 1976 y el Decreto Ley 222 de 1983, o bien, determinados por la modificación del paradigma estatal imperante en un momento determinado como sucedió con la expedición de la Constitución Política de 1991, a partir de la cual se abandonó la concepción del estado intervencionista para abordar un estado que permite más el desarrollo de la libre iniciativa privada y se plantea la posibilidad de competir en un plano de igualdad con los particulares.

A partir de la adopción del nuevo modelo sociopolítico y la forma de estado, se determinó que éste debe competir en un plano de igualdad de condiciones con los particulares en el mercado de bienes y servicios, ello sin desmedro del régimen de exorbitancia; al abordar esta ideología y teniendo en cuenta la naturaleza rígida del estatuto general de contratación contenido en el Decreto Ley 222 de 1983, el cual tenía sus génesis en el Estado de Derecho, siendo por tanto una norma altamente ineficaz para los propósitos pretendidos, para desarrollo del nuevo modelo planteado, resultó menester expedir la Ley 80 de 1993 y se determinó que la misma estaría integrada, por regla general, por normas tipo principio con miras a abolir la excesiva reglamentación de sus antecesoras y de permitir un mayor margen de discrecionalidad con ocasión de la gestión contractual que desarrollan los agentes del estado dotados de competencia para tal fin.

Así entonces, el esquema de gestión contractual planteado supone, además de la aplicación de las disposiciones especiales, la aplicación de normas tipo reglas y principios contenidas en disposiciones de derecho privado cuyo fundamento principal es el ejercicio de la autonomía de la voluntad con los límites que la misma supone.

Atendiendo lo anterior, es claro que al estructurar concesiones y otras tipologías contractuales, al fijar las reglas que reinaban los pliegos y la minuta del contrato a celebrar se afianzaba más y más la noción de huida del derecho administrativo, y en tales instrumentos se incorporaban, y aún se incorporan, figuras como la contenido en el artículo 868 del código de comercio, en virtud de la cual, las partes contratantes tienen la posibilidad de solicitar la revisión del contrato para mantener la conmutatividad o equivalencia de las prestaciones convenidas al momento de su celebración.

Bajo las nociones referidas, a partir de 1994 se inició el desarrollo de las concesiones en Colombia y, en aras de optimizar la inversión pública y de darle cabida a la inversión social, se analizó la posibilidad de desarrollar gran parte del sector de la infraestructura con recursos de los privados, por lo que se implementó un esquema normativo que sirviera de vehículo para lograr tal fin, dicho esquema es el de los contratos de concesión financiados mediante la asociación de capital público-privado.

En este tipo de concesiones, cuya característica principal es la de permitir la financiación de obras de infraestructura pública con capital privado, se ha advertido una creciente ola de reclamaciones de reajuste de la conmutatividad contractual, por lo que resulta pertinente indagar sobre la posibilidad que tienen las entidades responsables de los proyectos y los jueces de la república de conceder tales reclamaciones y sobre las alternativas jurídicas para la resolución de las mismas.

Problema de investigación

El manejo del equilibrio económico de un contrato ejecutado bajo el esquema de asociación público privada de iniciativa privada y la posibilidad de reestablecerlo o no están determinados por muchos factores, verbigracia, al estructurar el proyecto, el responsable tiene un dominio absoluto de la información y a partir de la experiencia adquirida y del conocimiento del sector puede prever un sinnúmero de vicisitudes que se pueden materializar durante la ejecución del contrato, sin embargo, también pueden suceder que la administración tome decisiones que impacten el proyecto de manera positiva o negativa, por lo que resulta menester el análisis particular del efecto de tales eventos en los esquemas de asociación público privadas de iniciativa privada, en aras de poder establecer ¿si se puede o no solicitar el restablecimiento de la conmutatividad de un contrato estatal ejecutado bajo el esquema de asociación público privada de iniciativa privada?

Hipótesis

La conmutatividad del contrato estatal constituye uno de sus elementos de la naturaleza, ello por cuanto aunque no se exprese en el clausulado del contrato la posibilidad de reestablecerla, por ministerio de la ley esta se puede solicitar cuando se configure uno de los elementos o figuras que rompen tal conmutatividad y dan derecho al extremo contractual que sufre la excesiva onerosidad de alegarlos como fundamento para solicitar el restablecimiento de la equivalencia de las prestaciones contraídas.

Atendiendo lo anterior, es claro que figuras como la del *ius variandi* y el hecho del príncipe la cuestión propuesta no ameritan análisis pues no resisten argumento en contrario, ello debido a que si el estado, producto de una decisión general o particular causa un daño a un particular, le asiste el deber de repararlo (Ruiz, 2013). Sin embargo, resulta importante analizar

si en tratándose de la imprevisión, le es dable al estado o no reestablecer la conmutatividad de contratos ejecutados bajo el esquemas de asociación público privada de iniciativa privada.

Lo anterior teniendo en cuenta que el sponsor o responsable del proyecto elabora los estudios del mismo y el modelo financiero en fase de factibilidad, es consciente de que el riesgo imprevisible es un incentivo negativo que debe soportar, y que la entidad, debido a la limitante presupuestal contenida en la ley, no puede rescatarlo como sucede en una concesión tradicional.

Objetivos

Objetivo general

Establecer si procede o no el reajuste de la conmutatividad de un contrato ejecutado bajo el esquema de asociación público privada de iniciativa privada.

Objetivos específicos

Analizar la evolución de las concesiones en Colombia a partir de la primera generación y su mutación en las asociaciones público privadas.

Caracterizar los diferentes elementos que rompen la conmutatividad de los contratos estatales.

Señalar los elementos de alteración de la conmutatividad del contrato estatal que alteran la conmutatividad de un contrato ejecutado bajo el esquema de asociación público privada de iniciativa privada.

Para alcanzar un adecuado cumplimiento del objetivo planteado, la orientación metodológica se basó en dos elementos fundamentales, el primero de ellos, correspondiente al análisis jurídico de la naturaleza y alcances de los contratos desarrollados bajo el esquema de asociaciones público-privadas, para ello, se realizó un estudio conjunto de la doctrina administrativa, la Jurisprudencia y de la legislación vigente; en segundo lugar, se adelantó la

revisión de casos prácticos en los que se ha pretendido el reajuste de la conmutatividad contractual.

Además de utilizar un método investigativo como el descrito, se realizó un análisis de la información recolectada a través de diferentes fuentes bibliográficas que se especifican en el capítulo correspondiente.

CAPÍTULO I

Evolución de las concesiones en Colombia

Aspectos previos

Entender la contratación que se desarrolla a través de las asociaciones público privadas de iniciativa privada, supone un entendimiento previo del contrato de concesión y la evolución que ésta tipología contractual ha sufrido, a su vez, es complejo realizar un análisis descriptivo del contrato de concesión, sin antes abordar aspectos atinentes a la contratación estatal en términos generales, por lo que, resulta menester referir cual ha sido la evolución de la contratación estatal en nuestro ordenamiento jurídico para luego referir de manera particular la evolución del contrato de concesión como génesis de las asociaciones público privadas.

Evolución de la Contratación Estatal en Colombia

Desde el advenimiento del estado clásico liberal, que trajo consigo el sometimiento del actuar del estado al principio de legalidad, se erigió como categoría jurídica de vital importancia la responsabilidad del estado cuando este actuara por fuera de los lineamiento que lleva implícito aquel principio de legalidad; en virtud de tal principio el estado debe someterse y actuar conforme a todo un esquema normativo con apego al cual garantiza en la mayor medida de lo posible el cumplimiento de los fines del mismo. (CCons, T – 406 /1992 M.P. Angarita, C.)

Tales fines, se consiguen a través de una serie de mecanismos o herramientas jurídicas en cabeza de la Administración que le permiten concretar sus cometidos, entre los que se destaca en contrato estatal entendido por Yong (2013) como el instrumento mediante el cual, la entidad estatal con el concurso de un tercero levanta obras públicas, presta servicios públicos o adquiere bienes para satisfacer las necesidades e intereses de la comunidad.

El régimen contractual de las entidades públicas en Colombia, ha presentado un sinnúmero de modificaciones dinámicas y extremas que deben entenderse a la luz de circunstancias históricas, administrativas y jurídicas que han inspirado tales cambios, desde sus inicios, hasta concretarse la vigencia de la ley 80 de 1993 (Rico, 2012, Pág. 48)

Por lo anterior, referir la evolución que ha sufrido la contratación estatal en el ordenamiento jurídico colombiano, supone un análisis descriptivo de las normas que se han expedido en cada momento para regular esta materia, así entonces se tiene que, la adopción del derecho administrativo y de las teorías justificativas de su existencia trajo consigo la adopción de la noción de un contrato especial para la administración regido también por normas especiales. (Rodríguez, 2010)

La primer norma que atendió la noción del contrato estatal como un contrato diferenciable de los que ordinariamente celebran los particulares fue el Decreto 528 de 1964, en efecto, a partir de la expedición de esta norma, se hizo referencia, por primera vez, a los contratos administrativos desde un punto de vista procedimental al fijar que el órgano competente para dirimir las controversias que se presentaran con ocasión de los contratos administrativos celebrados por la nación o por un establecimiento público era la Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado.

Posteriormente, se expidió el Decreto Ley 150 de 1976, si bien esta norma no diferenciaba expresamente los contratos administrativos de los contratos de derecho privado de la administración, si tenía importantes disposiciones que constituyeron el antecedente más cercano a la clasificación de contratos administrativos que introdujo el Decreto Ley 222 de 1983, pues estableció que las normas de dicho decreto sólo eran aplicables a los contratos que enunció taxativamente en su artículo 67, en efecto dicha norma estableció:

Según el objeto para el cual se celebren, los contratos pueden ser de obras públicas, de suministros, de compraventa o permuta de inmuebles, de arrendamiento, de prestación de servicios, de venta de bienes muebles, de donación y para la recuperación de bienes ocultos.

Las normas del presente estatuto sólo son aplicables a los contratos señalados en el inciso anterior; las demás clases de contratos, continuarán rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos. (Decreto Ley 222 de 1983, artículo 67)

Luego de los avances referidos, se expidió la Ley 19 de 1982, a través de la cual se optó por caracterizar el contrato administrativo, a partir de una clasificación y definición de las diferentes tipologías contenidas en dicha clasificación, en efecto, dicha Ley estableció en su artículo 1 que los contratos administrativos, además de los que señalara el ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas mediante tal norma, eran los que se celebraran para la realización de actividades de construcción, reparación, mantenimiento e instalación que implicaran el ejercicio de una actividad material sobre un inmueble del estado, lo cual constituía un contrato de obra pública; los de prestación de servicios; los celebrados para otorgar protempore a un particular, llamado concesionario, la explotación de una obra o bien del estado o la prestación de un servicio público, esto es, los contratos de concesión de servicios públicos y, finalmente, se hizo referencia en dicha norma a los contratos de suministro. (Ley 19 de 1982, artículo 1)

Atendiendo facultades legislativas otorgadas mediante la Ley 19 de 1982, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 222 de 1983, a través del cual confirmó y amplió la clasificación de los contratos administrativos, y verdaderamente, pretendió diferenciarlos de los

contratos de derecho privado que celebra la administración al establecer la jurisdicción competente para unos y otros. De igual manera, la norma en comento en su artículo 17 establecía que:

...en los contratos de derecho privado de la administración, en cuya formación o adjudicación haya lugar a la expedición de actos administrativos, se aplicarán a éstos las normas del procedimiento gubernativo conforme a este estatuto, y las acciones administrativas que contra dichos actos sean viables, estarán sometidas a las reglas de la justicia contencioso administrativa. (Decreto Ley 222 de 1983, artículo 17)

Desde el año 1986, con el acto legislativo 01, se inició en nuestro país la tarea de dotar a las entidades descentralizadas de un mayor grado de autonomía en la gestión de sus asuntos; es así como en 1991, el nuevo modelo socio político, económico, territorial adoptado en la Constitución Política de Colombia generó la transferencia de recursos por parte de la Nación a las diferentes entidades descentralizadas desde el punto de vista administrativo, con miras a efectivizar el cumplimiento de la función administrativa en los términos de los artículos 209 y 333 de la Constitución Política; lo anterior, claramente generó la necesidad de agilizar la gestión contractual de las entidades, órganos y organismos del estado, por lo que se procedió a la expedición de un estatuto contractual para la administración pública que estuviera acorde con la nueva forma de estado adoptada y que garantizara la participación del estado en la economía en un plano igualdad de condiciones frente a los particulares en cuanto a temas de eficiencia se refiere.

Es así como se llega a la expedición de la Ley 80 de 1993, esta norma, conocida como el pilar del estatuto general de la contratación pública, superó la dicotomía de los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la administración, unificándolos en la

categoría de contrato estatal. El criterio determinante acogido fue la presencia de la administración en la celebración del contrato. (Benavides, 2004), es decir, que un contrato es estatal si en uno de sus extremos concurre como parte contratante una entidad, órgano u organismo del estado y no deja de ser tal por el régimen jurídico que le sea aplicable, es así como los contratos que celebran las entidades con regímenes especiales como los entes universitarios autónomos o por algunas empresas industriales y comerciales del estado, son contratos estatales sin mayores miramientos no obstante su contenido estar permeado por normas de derecho privado.

Existe un sector doctrinal mayoritario, que defiende el avance, en cuanto a la eficiencia se refiere, en la gestión contractual del estado incorporado a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993, hace parte de dicho sector el profesor Betancourt, (2009) quien considera que con el concepto de contrato estatal se colmó un anhelo expuesto por quienes propugnaban por la celebración de un solo tipo de contratos de la administración sometidos a un mismo régimen legal y a un mismo juez especializado, el administrativo, quedando así la tradicional distinción teórica en el campo de la mera especulación.

Sin embargo, es importante precisar que la afirmación del profesor Betancourt no contempló los contratos estatales sometidos a regímenes especiales de contratación en los términos de los artículos 13 y 15 de la Ley 1150 de 2007, así como tampoco los contratos estatales que celebren las entidades públicas que tienen el carácter de financieras cuando tales contratos versan sobre el giro ordinario de los negocios de tales entidades, verbigracia, los contratos de garantías hipotecarias que celebran entidades como el Fondo Nacional del Ahorro o Findeter, estos contratos, en los términos del artículo 105 de la Ley 1437 de 2011 no se someten ni al estatuto de la contratación estatal, en cuanto a su contenido se refiere, ni al juez

de lo contencioso administrativo en cuanto a las controversias que durante la ejecución de los mismos se susciten.

Al margen de lo anterior, el estatuto general de la contratación estatal unificó la denominación de las categorías contractuales de la administración en los llamados contratos estatales, pretendiendo superar el debate tradicional de la distinción de los contratos que celebra la administración, fijando exclusivamente, con la excepción referida, en la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para el conocimiento de los litigios que se originen en aquellos.

Sin embargo, esta normatividad introdujo otro asunto no menos problemático e importante, cual es la aplicación del derecho privado como regla general a la actividad contractual de las entidades estatales, salvo en las materias particularmente reguladas por el estatuto general de contratación de la administración pública, es decir, salvo los temas atinentes a las partes o sujetos contractuales; la capacidad para contratar con el estado; las modalidades o procedimientos de selección de los contratistas; el régimen de exorbitancia y; el manejo de la conmutatividad de los contratos la regla general es la aplicación del derecho privado, este fenómeno jurídico ha generado múltiples modificaciones que introducen importantes cambios al régimen jurídico de la contratación estatal.

Las medidas antes referidas, tendientes a dotar de mayor eficiencia la gestión contractual, se han concretado en mecanismos efectivos para la gestión de los asuntos públicos, ello ha significado un dinamismo en las normas aplicables a la actividad contractual de la administración pública que por esencia y dadas las necesidades de la sociedad, son particularmente variables, de ahí que la normatividad administrativa establezca una primacía de lo sustancial sobre lo formal.

Es por eso que, como lo sostiene Palacios, (2002) la contratación estatal no es ni puede ser un asunto eminentemente jurídico y normativo, ni tampoco se puede circunscribir al ámbito de lo domestico, por el contrario, es la puerta de entrada al comercio internacional, a las tecnologías de la información y comunicaciones, a la unión eficiente y armónica entre los sectores público y privado dentro de un mundo globalizado y sin fronteras, todo esto en pro del desarrollo sostenible y la redistribución equitativa de la riqueza y las oportunidades, lo que a todas luces refleja una de las características más importantes de cualquier gestión realizada producto de la manifestación del derecho administrativo, cual no es otra distinta a su dinamismo; además, lo anterior guarda una estrecha relación con la idea de permanencia en organismos multilaterales como la OCDE.

En este propósito, la Constitución Política de Colombia de 1991 a partir del contenido del artículo 333 abrió las posibilidades a un mundo desmonopolizado, globalizado, haciéndose urgente un análisis detenido y una comprensión cabal del nuevo rumbo que ha tomado el país y que ha permeado toda la normativa, en especial la concerniente a la gestión contractual del Estado, dentro del postulado de la libre competencia como un derecho de todos, sustentado en los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la norma superior.

Así las cosas, es menester comprender que la ley de contratos, no es simplemente un estatuto que fija reglas o trámites para hacer negocios estatales, sino que es la respuesta a un nuevo Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho, estructurado a partir de la Constitución de 1991 y orientado a la libre competencia en la que el Estado adopta un papel protagónico en el movimiento de la riqueza, como un agente más, democratizando la economía y enmarcando la actividad pública dentro de los principios de igualdad, economía, moralidad, publicidad, eficacia y eficiencia que dan el nuevo contexto al principio de legalidad y sirven de

sustento para valorar el desempeño de la función pública y sus operadores y principalmente del resultado de su Gestión, en búsqueda de un desarrollo con crecimiento social sostenible, dentro de los más estrictos principios éticos. (Palacios, 2013)

El entendimiento exacto de los principios que permean la actividad contractual y su gestión, así como su aplicación en el diario vivir del mundo público, es de enorme importancia no solo para lograr un engranaje perfecto entre la teoría y la práctica de los negocios estatales, a través de la unión eficiente y armónica de los distintos sectores que interactúan en la contratación, sino para marcar el camino que conduzca al desarrollo sostenible para la redistribución equitativa de la riqueza, dentro de una clara conciencia de responsabilidad social.

Incorporación del derecho privado a la gestión contractual del estado.

Sin duda, desde la expedición del nuevo estatuto general de la contratación estatal, se ha buscado aterrizar a esta actividad el principio en virtud del cual se busca hacer más ágil el ejercicio de la actividad administrativa, de tal suerte que el estado pueda competir en igualdad de condiciones con los particulares para poder garantizar el desarrollo, entre otros del artículo 333 de la Constitución Política, que en su tenor establece

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.
(...)”

Por lo anterior, se ha propendido por abandonar algunas categorías propias del derecho administrativo y se han incorporado figuras del derecho privado. En esta tendencia conocida según Cordero, (1994) como la iusprivatización, despublicación o “huida del derecho

administrativo” se identifican dos modalidades de concreción a saber; por un lado la adopción de formas jurídicas propias del derecho civil y comercial, y por otro la aplicación de derecho privado en formas institucionales propias del derecho público, ya sea en función de la naturaleza de la actividad desarrollada o por la determinación legal o constitucionales de regímenes especiales, como en el caso que nos ocupa. (Restrepo, 2007)

Este fenómeno planteado como un reto o tendencia actual del derecho administrativo y denominado incluso como la desbandada o el éxodo casi permanente, ha sido ampliamente estudiado tanto por doctrinantes extranjeros como nacionales. Por ejemplo, según el tratadista español Gaspar, (2004), existen tres vías fundamentales en las que se ha manifestado la tendencia de la huida del derecho administrativo respecto a la actuación del Estado: primero, a través de la empresa pública; en segundo lugar, a través de la utilización de formas y régimen jurídico para la realización de actividades típicamente administrativas; y en tercer lugar, a través de privatización del propio derecho administrativo.

Otros autores consideran que esta particular situación ha dado lugar a la existencia de una combinación de elementos de derecho público y de derecho privado, que se denomina precisamente derecho administrativo privado, lo cual incide determinadamente no sólo en el régimen jurídico aplicable, sino también en el control por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.(Sánchez, 2000)

En este orden de ideas, se pueden identificar en nuestro ordenamiento jurídico dos manifestaciones concretas del fenómeno de la huida del derecho administrativo en materia de contratación estatal: i) La adopción de instituciones contractuales propias del derecho civil y comercial; y ii) La aplicación como regla general del derecho privado a algunas entidades públicas.

Efectos prácticos de la incorporación del derecho privado a la contratación estatal.

La primera manifestación de la huida del derecho administrativo al derecho privado arriba señalada, tiene su referente histórico principal en la dicotomía contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración. Inicialmente, se discutió la posibilidad de celebrar contratos por parte de la administración, es decir, se examinó la eventualidad de que la administración celebrara actos jurídicos bilaterales de la misma forma en que lo hacían los particulares.

Para un grupo de doctrinantes, la administración siempre actúa de manera unilateral por lo que no podrían existir contratos en la actividad administrativa, ni en su denominación de contratos administrativos, ni tampoco en los llamados contratos de derecho privado de la administración.

Como un exponente de este sector doctrinal se encuentra Sayagués, (1963) quien sostenía que la administración tiene una personalidad única de derecho público, y sólo celebra actos unilaterales y no contratos.

No obstante ello, la posición doctrinal más generalizada admitió que la administración, además de dictar actos unilaterales, también puede celebrar contratos, tanto administrativos como de derecho privado.

Admitida la posibilidad de celebrar contratos por parte de la administración, surge otra discusión frente a dicha ambivalencia referida al derecho aplicable a cada cual y la jurisdicción competente para resolver los conflictos que en aquellos se originen.

La distinción de los dos tipos de contratos celebrados por la administración, tienen su origen en la también dicotomía actos de autoridad y actos de gestión, que significó la primera sistematización del derecho administrativo. Cuando expide los primeros, lo hace en ejercicio

del *ius imperium*, y en los segundos, se despoja de esas prerrogativas situándose al nivel de los administrados. De este modo, los actos de autoridad se rigen por el derecho público siendo la Jurisdicción Contencioso Administrativa la competente para resolver sus conflictos. Por su parte, los actos de gestión se rigen por el derecho privado y su conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. En este contexto, los contratos celebrados por la administración pública se ubicaban dentro de la categoría de actos de gestión, pues en estos se actuaba al mismo nivel de los particulares (García de Enterría, 1999).

Como consecuencia de lo anterior, se hizo necesario instituir unos elementos con la intención de establecer una diferenciación de contratos celebrados por la administración con la consecuente aplicación del derecho público o privado según el caso, y del mismo modo el conocimiento de sus conflictos por la jurisdicción contencioso administrativa o la jurisdicción ordinaria. Por ello, resulta de vital importancia, para la interpretación, validez y ejecución del contrato, determinar la naturaleza del contrato de que se trate.

Al margen de la discusión ya resuelta a que he hecho referencia, lo cierto es que desde la adopción del modelo económico neoliberal inserto, entre otros, en el artículo 333 superior, tenemos que el estado en su gestión contractual aplica disposiciones del derecho privado y debe propender cada vez más por optimizar los recursos que se destinan para la prestación oportuna, eficiente e ininterrumpida de los servicios a su cargo.

El contrato de concesión

La administración siempre ha desarrollado un sinnúmero de actividades, las más comunes entre tantas según afirma Santofimio, (2004) son la de policía administrativa y la de servicio público, ésta última entendida como la facultad a través de la cual el estado ejerce su papel prestacional frente a los administrados.

El legislador, como sujeto encargado de encausar la actividad de la administración pública, ha notado que esta tiene la posibilidad de responder de manera más rápida y precisa respecto a las cuestiones que suceden en los distintos aspectos de la vida ordinaria. En esa medida, le otorga herramientas enmarcadas en estas actividades que, si bien existen desde hace algún tiempo, deben mutar y ajustarse a los nuevos parámetros de la vida cotidiana.

Entre otras herramientas se encuentra la posibilidad de autorizar a los particulares a que adelanten ciertas actividades, mecanismo en el cual se levanta la restricción que establecía la ley o un reglamento para llevar a cabo tales actividades. (Covilla, 2014)

Atendiendo lo anterior, es claro que las concesiones crean un derecho a la persona natural o jurídica destinataria de la misma, al margen de que tal concesión sea unilateral, verbigracia, el acto que concede la ciudadanía a una persona, o bilateral, verbigracia, la tipología contractual, esto es, el acto bilateral, a través del cual la administración pública transfiere a un particular una competencia asignada a aquella.

En nuestro ordenamiento jurídico, el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, consagra una tipología contractual especial y autónoma definida como aquella que celebra una entidad pública con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, 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.

La norma que se deja expuesta destaca como características principales del contrato el hecho de que la entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública; el particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga.

El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública; el particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público; la entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; el particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe 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 general en cualquier otra modalidad de contraprestación; el concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.

Como lo ha sostenido Meléndez, (2015) la definición de concesión es omnicompreensiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública, se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato.

En Colombia desde 1992, se inició un proceso de apertura a las licitaciones con el fin de entregar por el sistema de concesión algunos proyectos de la infraestructura vial del país, a los cuales contribuyó de manera definitiva la expedición de la Ley 105 de 1993, mediante la cual se dictaron disposiciones básicas en materia de transporte, se redistribuyeron competencias entre la nación y las entidades territoriales y se expidieron normas especiales sobre concesión para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial del país.

A raíz de ello se consideró oportuno ejecutar los proyectos de construcción y operación del sistema vial, bajo el sistema de concesión, en el objetivo fundamental de vincular el capital privado a la infraestructura de transporte con el fin de lograr mayores niveles de competitividad y liberar recursos de inversión requeridos para otros sectores prioritarios

Evolución del contrato de concesión.

El contrato de concesión, ha sufrido un sinnúmero de cambios determinados en algunos casos por la garantía de la utilidad por parte de la entidad concesionaria al contratista, y en otros más por la forma de distribución de los riesgos entre las partes, por lo que resulta menester entender dicha evolución para efectos de determinar con un alto grado de certeza la forma en la que opera uno y otro aspecto en los contratos que se desarrollan bajo el esquema de asociación público – privada de iniciativa privada.

Concesiones de Primera Generación.

La primera generación de concesiones en Colombia, según lo descrito por el Consejo de Estado mediante auto del 9 de diciembre de 2004, se caracterizó porque entidades como INVIAS, otorgaban a un concesionario la construcción, operación, explotación, conservación total o parcial, de una obra o bien destina la prestación de un servicio público o al uso público atendiendo la noción de distribución de riesgos contenida en la Ley 80 de 1993, esto es, por

cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que podía consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien. Sin embargo, en estas concesiones, según Palacios, (2012) teniendo en cuenta que no se contaba con estudios de ingeniería de detalle para determinar el periodo o plazo del retorno de la inversión realizado por el concesionario, y que existía un riesgo de inseguridad muy alto, se estableció el concepto de ingreso mínimo garantizado para atraer a los inversionistas, Urueta, (2010) afirma que:

Este tipo de contratación permitió constatar demoras en el desembolso de las garantías causadas, demoras en la aprobación de las licencias ambientales, cambios en los diseños inicialmente establecidos que originaron inversiones no previstas y mayores cantidades de obra, las cuales se imputaron a cargo de la Nación; cambios en el inventario predial como consecuencia de la variación en los diseños originales y retrasos en la adquisición y entrega de predios; problemas de concertación con las comunidades que provocaron el establecimiento de tarifas diferenciales y por consiguiente un impacto en el nivel de recaudo del concesionario que fue cubierto por la administración. (Urueta, 2010)

Sin duda, las concesiones de primera generación constituyeron una inversión poco eficiente en infraestructura por parte del estado, tanto así que hubo que generar una contribución para solventar el déficit financiero que generaba garantizar un ingreso mínimo a los concesionarios, en efecto, en el artículo 123 de la Ley 104 de 1993 se estableció que todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes, deberán pagar a favor de la Nación, departamentos o municipios, según el

nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante, una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición. (Ley 104 de 1993, artículo 123)

Las vicisitudes que generó la expedición de la norma antes referida, dieron lugar a la necesidad de realizar contratos de concesión más inteligentes para la administración, en los que se entendiera más la naturaleza conmutativa de los mismos, ello generó las concesiones de segunda generación.

Concesiones de Segunda Generación.

Producto del yerro del modelo financiero de las concesiones de primera generación aunado a la necesidad de ampliar corredores viales, se concibieron las concesiones de segunda generación con miras a solucionar los problemas descritos, corrigiendo las equivocaciones que se identificaron en las concesiones de primera generación y desde luego, con la idea de disminuir los aportes de la Nación, mediante una redistribución de los riesgos y una mayor exigencia en los niveles de detalle de los estudios y diseños requeridos para adelantar los proyectos de concesión, puesto que al concesionario se le asignó la responsabilidad total por los diseños complementarios dentro de un esquema de distribución de riesgos más clara y sustentada.

En la presente generación el INVIAS debía entregar los predios y la licencia ambiental al concesionario previamente a la construcción. Se cambió el esquema de plazo fijo de la concesión, por un plazo variable donde lo que interesaba era un valor de ingreso acumulado para la Nación. En efecto, en este sistema se introdujo el concepto de ingreso esperado que es la estimación que hace el concesionario de los ingresos que le puede generar la concesión durante la ejecución del proyecto, con base en los estudios de demanda de tráfico disponibles.

Una vez que los ingresos generados eran iguales al ingreso esperado por el concesionario se termina el plazo de concesión y la infraestructura se revierte al Estado. Si el nivel de tráfico era más bajo que el esperado, el concesionario tardaba más tiempo en recibir el ingreso esperado.

El concesionario asumía el riesgo comercial del proyecto debido a que el retorno de su inversión era variable y dependía del tiempo que tardara en recibir su “ingreso esperado”.

El riesgo constructivo y el riesgo comercial fueron trasladados casi en su integridad al concesionario, y el plazo quedó sujeto al momento en que el concesionario obtuviera el nivel de ingreso esperado en el proceso de licitación en reemplazo del plazo fijo. Igualmente se modificó el mecanismo de adjudicación puesto que se puso a competir los aportes de la Nación y las garantías de construcción, tráfico y riesgo cambiario. En la estructuración de los proyectos se contó con la participación de las bancas de inversión que a su vez colaboraron en la promoción de los mismos. (Meléndez, 2014).

Concesiones de Tercera Generación.

Los procesos de concesión de tercera generación, dirigidos a la ejecución de grandes corredores viales que deben conectar los grandes centros productivos, que se encuentran en el centro del país con los puertos, de modo que dicho corredor integre los principales centros de consumo con los centros de producción y éstos a su vez con los puertos.

La asignación de riesgos no difiere sustancialmente de los de segunda generación; no obstante, se introdujo el concepto de gradualidad que consiste en ejecutar la inversión de infraestructura de transporte al ritmo que determine la demanda de tráfico.

En cuanto a la asignación de los riesgos, el de construcción estará a cargo del concesionario exceptuando el caso de alto riesgo geológico; las licencias ambientales deberán

existir antes de iniciarse la etapa de construcción y los aportes de la Nación serán diferidos en el tiempo, aparte de que estarán debidamente programados como vigencias futuras.

El mecanismo de selección de la firma ganadora es más sencillo porque se tendrá en cuenta el menor ingreso esperado. Este sistema de concesiones, que incluye una serie de ajustes y políticas producto de la experiencia, exige que el INVIAS y el concesionario realicen estudios de demanda y no de tráfico, para lo cual se deberá tener en cuenta el PIB, el ingreso, las condiciones socio económicas, exportaciones y producción petrolífera.

La responsabilidad será tanto del INVIAS como del concesionario. Los demás estudios serán responsabilidad netamente del concesionario. En relación con el plazo, se mantendrá el esquema utilizado en la segunda generación donde se tendrá en cuenta solo ingreso y no tráfico garantizado; los bienes revertirán a la Nación cuando se superen los ingresos calculados, de modo que el plazo será variable sujeto al volumen de ingresos que debe generar el proyecto o ingreso esperado. El plazo variable representa flexibilización de las condiciones del contrato, reducción de posibilidades de renegociación del contrato, reducción de riesgos al concesionario. (Palacios, 2002)

Contratos Plan como Antesala de los Contratos de cuarta generación.

El Gobierno Nacional a través de la expedición de la Ley 1450 de 2011 estableció como instrumento fundamental en el proceso de articulación de recursos y de coordinación administrativa entre los distintos niveles de gobierno la figura de los contratos plan; así mismo, la Ley 1454 de 2011 estableció que los contratos plan constituirían el mecanismo ideal para lograr la asociatividad territorial.

Los Contratos Plan son una herramienta de coordinación interinstitucional cuya principal función es permitir la realización y el cofinanciamiento de proyectos de desarrollo

territorial con proyección estratégica a mediano y largo plazo mediante contrato entre el Gobierno nacional, las entidades territoriales y eventualmente otros actores locales del desarrollo. En efecto, a través de este instrumento de la gestión administrativa, entidades del orden nacional canalizan recursos de organismos internacionales como el BID para lograr el desarrollo de la infraestructura local. (Guía de Contratos de Cooperación Internacional de Findeter (2014))

La Ley orgánica de Ordenamiento Territorial refiere los contratos plan como el mecanismo mediante el cual las entidades territoriales podrán constituir los nuevos “esquemas asociativos territoriales”. (Ley 1454 de 2011).

Así las cosas, es claro que, a través del instrumento de la gestión administrativa denominado contratos plan, el legislativo y el Gobierno Nacional determinaron la creación de un instrumento que le apunta a la planificación regional y al desarrollo territorial coordinado.

Atendiendo la importancia de los contratos plan, el Departamento Nacional de Planeación emitió una guía general para dar a conocer a las entidades territoriales las características generales de los contratos plan, para fomentar su implementación en las políticas públicas de municipios y departamentos y para orientarlas sobre cómo podrían organizar sus ejercicios de planificación, presupuestación y ejecución, con miras a provechar tal instrumento. En dicha guía se establece la posibilidad de que agentes privados participen activamente en la modelación de los contratos planes, en efecto, en la guía se estableció que:

El contrato plan es un acuerdo de voluntades que sirve como herramienta de coordinación interinstitucional entre diferentes niveles de gobierno para realizar y cofinanciar proyectos estratégicos de desarrollo territorial con proyección a mediano y largo plazo, mediante acuerdos y compromisos entre el Gobierno nacional y las

entidades territoriales, entre estas independientemente, y eventualmente con la participación de otros actores públicos o privados del desarrollo territorial. (DNP 2014)

Atendiendo lo anterior, es claro que la implementación de los contratos plan, al crear nuevas relaciones entre la Nación y las entidades territoriales y privados para desarrollar infraestructura con recursos públicos de cooperación internacional, abre la puerta para la posterior incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de un modelo de corte francés que permite la realización de infraestructura con recursos del sector privado para efectos de priorizar los recursos públicos en inversión social.

Concesiones de cuarta generación.

El documento CONPES 3413, consagró la necesidad de aportar una matriz especial de riesgos para el desarrollo de las concesiones que se desarrollarían en Colombia a partir de 2006, ello con miras a individualizar los riesgos en cada etapa del proceso de concesión, esto es, durante la fase precontractual, de ejecución y pos contractual y establecer en las mismas que los riesgos de estudios previos, autorizaciones administrativas, de diseños, de construcción, rehabilitación, mantenimiento, de operación, de financiación y de retorno de la inversión los asume el concesionario; así entonces, en las concesiones de cuarta generación se produce un desplazamiento de la asignación de riesgos de la concedente al concesionario. (Meléndez, 2015).

Las Asociaciones Público-Privadas

La necesidad de realizar inversión social para atender el núcleo de los derechos básicos del estado social de derecho ha generado, según el DNP, (2016) en los últimos 25 años un rezago en el desarrollo de la infraestructura pública en el país afectándose de esta manera muchos de los aspectos de la vida cotidiana, estos es, desde el servicio de acueducto y alcantarillado, hasta

las carreteras que se usan en el día a día, lo que el últimas constituye el motor que jalona el desarrollo económico de las regiones.

No obstante lo anterior, desde el año 2012, con la expedición de la Ley 1508, se decidió vincular capital privado para desarrollar el sector de la infraestructura y jalonar el crecimiento económico del país, el vehículo para lograr tal menester es el de las asociaciones público privadas de iniciativa pública o privada.

Las asociaciones público-privadas constituyen un mecanismo de alianza estratégica a largo plazo entre los sectores público y privado, para compartir la responsabilidad en el diseño, planeación, financiación, construcción u operación de proyectos encaminados a la prestación de servicios tradicionalmente prestados por el estado (Urueta, 2010). Es decir, que las asociaciones público privadas, constituyen un esquema de ejecución de cualquier tipo de proyecto de inversión en donde el sector público y el sector privado trabajan conjuntamente y alinean sus objetivos en donde el socio del sector privado asume un rol importante en la administración y mitigación de los riesgos del proyecto.

Las asociaciones público-privadas de iniciativa privada.

Si bien no se conoce literatura especializada sobre este particular, el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012 establece que:

Los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes.

De la norma citada se colige que en las asociaciones público privadas de iniciativa privada, el riesgo del proyecto recae sobre el privado, sin embargo, nada se dice sobre el alea

empresarial y sobre la posibilidad de reajustar o no la conmutatividad del contrato que se celebre si sobrevinieren circunstancias que lo alteren, por lo que resulta pertinente analizar los riesgos en este especial tipo de m proyectos.

Riesgos en las asociaciones público-privadas de iniciativa privada.

El Departamento Nacional de Planeación, afirma que los países más innovadores y productivos han optado por utilizar las asociaciones público privadas de iniciativa privada para desarrollar su infraestructura, ello debido a que mediante un bajo costo institucional imponen una disciplina, que evita y controla los factores de riesgo que usualmente producen los sobrecostos y los sobreplazos durante la ejecución de los procesos que tiene por objeto el desarrollo de obras de infraestructura, estos es, el riesgo de alteración de la conmutatividad del contrato es casi nulo.

En una APP de iniciativa privada el socio privado adquiere la obligación de entregar el objeto del contrato bajo un presupuesto fijo y en una fecha determinada; si existen demoras, el socio público no paga hasta tener la disponibilidad requerida del activo y los sobrecostos en la etapa del diseño, construcción, o en la fase de operación y mantenimiento, no son responsabilidad de la entidad pública por cuanto el socio privado es el encargado de obtener el financiamiento de la etapa de diseño y construcción, y de su amortización, en consecuencia, si este incurre en demoras, deberá realizar los pagos convenidos al financiador incluso cuando aún no haya cumplido con las obligaciones del contrato.

Lo anterior, según Sánchez (como se citó en Urueta, 2010) supone un plus poderoso para que el socio privado realice la entrega a tiempo del proyecto y obliga a sus acreedores a realizar un estudio serio de la habilidad de éste para cumplir sus obligaciones contractuales, por lo que es necesario que el socio privado invierta más tiempo en definir los niveles de servicio

y estándares de disponibilidad de una forma objetiva y medible, pues si se materializa un riesgo imprevisible o se rompe la conmutatividad del contrato, este deberá asumir la onerosidad que por tal evento sobrevenga.

Dada evaluación de riesgos que supone una asociación público privada de iniciativa privada, una gran parte de los mismos o los de mayor impacto son asumidos por el socio privado. Sin embargo, como lo afirma el Departamento Nacional de Planeación, las APP no crearán valor si el sector privado es obligado a tomar riesgos para los cuales no está preparado, por ejemplo, solicitar al privado asumir todos los riesgos en un proyecto de transporte público cuando el privado no tiene ningún tipo de control sobre las condiciones del proyecto como rutas, tarifas, subsidios, entre otras variables, o asignarle el riesgo que emana de figuras como el hecho del príncipe o el ius variandi. (DNP, 2016, Guía de Asociaciones Público-Privadas. Sitio web)

Como corolario de lo anterior, se puede afirmar que el riesgo que asume el privado es el derivado de eventos imprevisibles, esto es, aquellos en los que no interviene la voluntad de ninguno de los sectores, lo contrario, supondría llevar al privado a una incertidumbre frente al comportamiento de la entidad contratante y del estado en general por cuanto a través de normas generales o particulares puede romper la conmutatividad del contrato.

CAPÍTULO II

La Conmutatividad en la Contratación Estatal

En nuestro ordenamiento jurídico, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, ha cobrado una fuerza incontenible la idea clásica consistente en que todo contrato legalmente celebrado en una ley para las partes, tal enunciado le da al contrato una fuerza normativa que obliga a los contratantes a atender bajo cualquier circunstancia los compromisos adquiridos en ejercicio de la autonomía de la voluntad, a lo que se le ha denominado la cláusula del “pacta sunt servanda” sin embargo, en la práctica jurídica contractual, esta cláusula se ha matizado debido a que durante la ejecución de los contrato, pueden sobrevenir situaciones imprevisibles que generan una excesiva onerosidad a una de las partes o que alteran de manera extraordinaria el equilibrio que se debe mantener entre las prestaciones a cargo de los contratantes como sucedió, según Melendez, (2014), poco antes de la primera guerra mundial cuando una sociedad que había celebrado un contrato con la municipalidad de Burdeos para el suministro de carbón y acero se vio gravemente afectada y abocada al incumplimiento debido a que la ruta que utilizaba para transportar tales materiales había sido ocupada por los alemanes, a partir de la resolución de dicha controversia por parte del contencioso francés, tomo fuerza la cláusula del “rebus sic stantibus”.

Con fundamento en la cláusula anterior, en el artículo 868 del Código de Comercio se establece que:

Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o 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 regla no aplica en materia de contratación estatal debido a que faculta la revisión de contratos producto de la alteración económica por imprevistos, lo cual en contratos del estado sería una clara violación del principio de planeación, además solo consagra la posibilidad de reajustar las prestaciones futuras, sin embargo, si es un referente importante para sentar los cimientos de la revisión de los contratos que celebran las entidades sometidas al estatuto general de la contratación estatal.

Así las cosas, con la expedición de la Ley 80 de 1993, se establecieron reglas especiales en pro del rebus sic stantibus, en efecto al establecer los fines de la contratación estatal se precisó que las entidades deben garantizar los derechos de los asociados que le colaboran a la administración en el cumplimiento de los mismos así así:

De los Fines de la Contratación Estatal: (...) 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. (...) (Ley 80 de 1993, artículo 3).

De igual manera, al consagrar los derechos y deberes que le asisten a las entidades públicas con ocasión de la gestión contractual, se estableció que éstas:

(...) Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

(...)

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

(...) (Ley 80 de 1993, artículo 4).

Además de lo anterior, frente a los derechos y deberes de los contratistas la norma en comento estableció:

(...) Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato” (Ley 80 de 1993, artículo 5)

Si bien dicho artículo resulta en la práctica poco eficaz por el temor natural que genera en los gestores de la contratación hacer reconocimientos o reajustes en sede administrativa debido a la complejidad que representa explicar tales reconocimientos a los órganos de control, si es una expresión clara de la posibilidad de reajustar el contrato o de solicitar dicho reajuste

ante el juez de lo contencioso, administrativo; finalmente, la norma primigenia del estatuto general de la contratación estatal consagró que:

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. (Ley 80 de 1993, artículo 27).

A la luz de las disposiciones citadas, es clara la vocación de preservar la igualdad o equivalencia entre las obligaciones y los derechos de las partes nacidos al momento de celebrar el contrato frente a las vicisitudes que muten o alteren el equilibrio económico del mismo, (Urueta, 2010, p.181).

La conmutatividad del contrato estatal es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del co-contratante y un conjunto de obligaciones de éste, considerados como equivalentes, de ahí el nombre de ecuación. (Marienhoff, 1998, p. 469)

La mutabilidad del contrato

La clásica expresión, evocada por Shakespeare en el Mercader de Venecia atinente al *pacta sunt servanda*, entendido como principio de inmutabilidad de los acuerdos, el cual fue recogido en nuestro ordenamiento jurídico contractual al establecer que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes, como antes indiqué, atiende y debe atender fundamentalmente a los contratos de ejecución instantánea.

En efecto, la vida de los contratos de tracto sucesivo, al igual que la vida de los seres humanos, no es lineal sino dinámica, el contrato es en términos de Benítez (2010) “un chose

vivant” es decir, una cosa viviente, por tanto, la fuerza obligatoria del contrato es y debe ser variante, lo único que no puede y no debe variar es la correspondencia a la conducta de los contratantes.

Lo antes dicho indica que el contrato comprende una naturaleza rígida en cuanto a su estructura, ello para dotar de seguridad y confianza a las partes, sin embargo, el contrato también es alterable o se puede flexibilizar en cuanto sea necesario para atender y solventar circunstancias sobrevinientes (Benítez, 2010, p. 39).

Lo anterior, como antes referí, encuentra su fundamento en la cláusula “rebus sic stantibus”, esta figura clásica en materia de contratos, indica que los hechos no previstos ni previsibles que alteren sustancialmente el objeto de la prestación a cargo de uno de los extremos de la relación contractual, no forman parte de la voluntad contractual original o surgida al momento de contratar.

Así las cosas, la fuerza obligatoria del contrato no es algo totalmente rígido, inamovible o inmutable, todo lo contrario, el contrato, entendido por Velez (2013) como instrumento de regulación de voluntades debe amoldarse a la realidad económica subyacente; desde otro punto de vista, puede decirse que el contrato obliga a lo previsible pero no a lo imprevisible.

Elementos que alteran la conmutatividad

Los contratos que celebran las entidades públicas “contratos estatales”, particularmente los contratos de concesión, tienen como característica fundamental la onerosidad, es decir, que los contratantes se obligan cada uno en beneficio del otro para atender las prestaciones mutuas, pero además, tales prestaciones deben ser equivalentes y dicha equivalencia de prestaciones que nace al momento de celebrar el contrato, se debe mantener durante toda la ejecución de mismo. Sin embargo, esa simetría contractual o equivalencia de prestaciones conocida como equilibrio

económico de los contratos estatales, se altera debido a situaciones sobrevinientes y externas a las partes en algunos eventos, en materia de contratación estatal, los eventos que rompen o alteran dicha simetría son la imprevisión; el *ius variandi*; el hecho del príncipe y; las situaciones naturales imprevistas.

La imprevisión.

Al margen de la noción contenida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el contrato estatal es ante todo un instrumento negocial, un instrumento de planeación cuya función principal es garantizar el cumplimiento afable de las pretensiones de los contratantes, así las cosas, como lo sostiene Araujo (2007), un cambio extraordinario e inesperado puede modificar las condiciones fácticas o jurídicas previstas al momento de contratar y, de manera consecuente, alterar la equivalencia de las prestaciones entre las partes, sufriendo una de ellas una excesiva onerosidad o una carga superior a la acordada, un caso ilustrativo de lo antes dicho es el conocido en nuestro ordenamiento como la crisis del DTF, a raíz de la cual, muchos colombianos que adquirieron créditos hipotecarios, terminaron pagando unas cuotas que superaban en algunos casos en más del cien por ciento lo inicialmente pactado.

“(…) Encontró el Tribunal, la ocurrencia de las circunstancias posteriores al contrato, extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, la alteración de la onerosidad de las prestaciones futuras, porque convenido el crédito en UPAC, diseñado para corregir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda a través de su diaria actualización, se modificó el sistema de liquidación inicial vinculándose al DTF, al interés promedio pagado por los bancos comerciales por los depósitos a término fijo, adoptado en 1995 por el Banco de la República según Resolución Externa No. 18 del 30 de junio, y las deudas contraídas por los usuarios se volvieron impagables por incremento exagerado

del valor de los créditos aún en exceso del precio de la vivienda, forjando un caos en la economía nacional.

La simetría prestacional del negocio jurídico, en atención a su concreta disciplina normativa, especie, función práctica o económica social, autorregulación, utilidad o fines, en oportunidades se altera por causas sobrevenidas, extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes, no asumidas por disposición legal o negocial, y generatrices de una manifiesta, grave e injustificada desproporción o excesiva onerosidad.” (Sentencia 2006-00537, Corte Suprema de Justicia, M.P. William Namén)

Atendiendo lo anterior, la imprevisión es un fenómeno en virtud del cual, con posterioridad a la celebración del contrato, acaecen situaciones externas a las partes que pueden alterar de manera grave las prestaciones acordadas.

Hecho del príncipe.

Foucault, en un artículo publicado por la Universidad Autónoma de México, hizo referencia a una frase que en nuestros días constituye uno de los fundamentos del principio de responsabilidad del estado y sus agentes “El estado soy yo” esta frase pronunciada por Luis XIV ante el parlamento francés, para efectos de remarcar la primacía de la monarquía absolutista ante los desafíos de la época, aunada a los grandes fallos de la jurisprudencia francesa, como el fallo blanco, supuso el germen de corriente jurídica en virtud de la cual hoy se tiene que el estado es responsable cuando quiera que este se manifieste de manera general producto del cumplimiento de sus funciones constitucionales o legales y como resultado de tal manifestación se le cause en daño a un particular. (Ruiz, 2013)

Atendiendo lo anterior, se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la figura del hecho del príncipe, entendida como una causal de alteración de la conmutatividad del contrato que se configura cuando la disposición lesiva del derecho del contratista emana de la misma autoridad pública que celebró el contrato, lo cual permite afirmar que constituye un caso de responsabilidad contractual de la administración sin culpa, para que el hecho del príncipe se configure, se requiere de la expedición de un acto general, la incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal, la alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto general y abstracto y, finalmente, la imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato (C.E. Exp. 21909, M.P. Gil, E)

En el laudo arbitral proferido el 10 de mayo de 2000, entre Comunicación Celular S.A. - COMCEL contra el Ministerio de Telecomunicaciones, se definió la figura del hecho del príncipe y se estableció que ésta solo se presenta cuando la administración crea un tributo, tasa o contribución que afecta un contrato en ejecución, sin embargo, resulta menester destacar que en atención a la evolución de la jurisprudencia, en la actualidad solo opera el hecho del príncipe cuando la norma general emana de la entidad con la que se ha celebrado el contrato.

Ius variandi.

Contrario a los que sucede con el hecho del príncipe, el *ius variandi* se presenta cuando la administración, en ejercicio de las prerrogativas contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, modifica, interpreta o termina de manera unilateral un contrato estatal, la decisión de interpretar, modificar o terminar unilateralmente el contrato se materializa en un acto administrativo de contenido particular y concreto (Baño, 2013). Dicho acto administrativo, debe

tener la entidad de causar una mayor onerosidad o un daño al contratista, lo que le habilita para solicitar la indemnización a que haya lugar.

Las situaciones naturales imprevistas.

Si bien, no hay doctrina sobre este tema en particular, en la práctica de la gestión contractual las situaciones naturales imprevistas se presentan cuando en contratos de obra que tienen componente de excavación, en el subsuelo, se encuentran situaciones imprevistas como hallazgos arqueológicos, nacidos de agua u otras vicisitudes que le generan al contratista la necesidad de realizar una serie de actividades no contempladas en el contrato, esta figura se diferencia de la imprevisión por cuanto en las situaciones naturales imprevistas, el evento que rompe la conmutatividad del contrario se puede prever mediante una consultoría, sin embargo, para evitar este costo, se asume el albur y de presentarse alguna situación imprevista, el contratista la solventa y la contratante le compensa el costo de la misma. (Melendez, 2014, p 533)

Costo de Transacción en los Contratos Estatales

La relevancia de los costos de transacción, dentro de la literatura económica es una externalidad del mercado, entendidas las externalidades como aquellos aspectos que no se pueden controlar atendiendo la ley de la oferta y la demanda; ante la ausencia de costos de transacción las partes inmersas en un conflicto de derechos de propiedad tendrían suficientes incentivos para negociar y, en esa medida, la ley y la revisión del contrato ocuparían un papel marginal. En tal sentido, los costos de transacción son todos los costos necesarios para llegar a una reglamentación autónoma, es decir, no externa a las relaciones contractuales; los costos de transacción son los costos de saber con quién se va a contratar, de informar a las demás partes

que se quiere contratar, de conducir las negociaciones, delinear el contrato y exigir su cumplimiento. (Pinzón, 2010).

Los costos de transacción implican limitaciones para los agentes que se encuentran interesados en llevar a cabo una transacción, ya que suponen un análisis obligatorio de información suficiente y relevante para desarrollar una negociación, de forma tal, que se garantice igualdad de condiciones entre las partes involucradas.

En los contratos, la existencia de costos de transacción, implica una limitante relacionada con la toma de decisiones por parte de los agentes, a partir de la adopción de los pliegos tipo nos encontramos con los sistemas contractuales, lo que a la postre genera una disminución de los costes de transacción asociados al cumplimiento del contrato entendido tal cumplimiento como un desempeño económico importante. (Pinzón, 2010)-

No obstante, el acceso a la información en contratos de asociación público privadas de iniciativa privada es controlada por el sponsor o responsable de la estructuración del proyecto, por lo que es posible que la entidad ejecutora no conozca toda la información lo que la pone en una situación desventajosa frente a la transacción.

Conmutatividad del contrato de concesión

Las concesiones son por naturaleza contratos incompletos o inacabados debido a la incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada uno de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectivamente redactadas. Por ello adquiere especial relevancia la posibilidad de renegociar y modificar los contratos con el fin, entre otros, (i) de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos

no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o (ii) de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico.

Además, debe tenerse en cuenta que los contratos de concesión tienen características de contratos relacionales. Estos contratos se caracterizan por ser a largo plazo y por ello la relación entre las partes se fundamenta en la confianza mutua que se desprende (i) de la interacción continuada entre ellas, y (ii) de que su interés por cumplir lo pactado no se fundamenta exclusivamente en la verificación de un tercero sino en el valor mismo de la relación.

Esto hace que el gobierno de la transacción sea diferente, pues los procesos de ajuste a circunstancias imprevistas no se limitan a una simple renegociación de los términos contractuales, sino que comprenden una redefinición de las estructuras administrativas de gobernación dispuestas para evitar conflictos en la relación a largo plazo. Sin embargo, como se señaló en apartes previos y se deriva de la naturaleza vinculante del contrato y del principio de planeación, la modificación debe ser excepcional y debe (a) justificarse en razones autorizadas por la ley y debidamente probadas y fundamentadas, y (b) no corresponder a objetos nuevos; lo contrario crearía incentivos para que las partes se aprovechen de la alta especificidad de las inversiones que la infraestructura demanda y de que la relación contractual ya se encuentra formada, para comportarse de manera oportunista, es decir, mediante conductas dirigidas a ignorar los principios de la contratación estatal como la libre competencia y la selección objetiva y, por esta vía, de la función administrativa constitucionalmente consagrados.

Por ejemplo, los contratistas, basados en la expectativa de futuras modificaciones dirigidas al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, pueden estructurar ofertas con precios artificialmente bajos solamente con el propósito de lograr la suscripción del acuerdo

y una vez obtenida la posición de contraparte del Estado, presionar la renegociación del negocio para obtener nuevas ventajas.

En relación con la restauración del equilibrio económico del contrato, la Sala nuevamente resalta que la modificación debe obedecer solamente a circunstancias no previsibles, extraordinarias y no imputables al contratista. Así lo exige el artículo 27 de la ley 80, según el cual el restablecimiento del equilibrio solamente es posible cuando la ruptura proviene de causas no imputables a quien resulta afectado. (Sentencia de Constitucionalidad - expediente D-8699 – M.P. Jorge Ignacio Pretelt)

CAPÍTULO III

La Conmutatividad en los Contratos de Asociación - Público Privada de Iniciativa Privada

El manejo del equilibrio económico de un contrato de ejecutado bajo el esquema de asociación publico privada de iniciativa privada y la posibilidad de reestablecerlo o no están determinados por muchos factores, verbigracia, al estructurar el proyecto, el responsable tiene un dominio absoluto de la información y a partir de la experiencia adquirida y del conocimiento del sector puede prever un sinnúmero de vicisitudes que se pueden materializar durante la ejecución del contrato, sin embargo, también pueden suceder que la administración tome decisiones que impacten el proyecto de manera positiva o negativa, por lo que resulta menester el análisis particular del efecto de tales eventos en los esquemas de asociación público privadas de iniciativa privada.

Conmutatividad de la información

En materia de contratos desarrollados bajo el esquema de asociaciones público-privadas de iniciativa privada, existen externalidades no contempladas por ambas partes, una externalidad puede ser el control de la información por la entidad ejecutora.

La información es un faro, un garrote, una rama de olivo, en total, un elemento de discusión, dependiendo de quien la maneje y como. La información es tan poderosa que la asunción de información, aun cuando esta no existe realmente, puede tener un efecto revulsivo (Levitt y Dubner 2015).

Antes de de hacer referencia al manejo de la información y a la conmutatividad de la misma en los contratos desarrollados bajo el esquema de asociaciones público-privadas, se hará

referencia a dos casos planteados por Steven Levitt y Stephen Dubner en *Freakonomics*, tales casos permitirán dar un panorama diáfano sobre el asunto en cuestión.

En el primer caso (Levitt y Dubner 2015) plantean:

El momento en que un coche sale del concesionario es el peor de su vida, porque instantáneamente pierde hasta la cuarta parte de su valor. Esto tal vez parezca absurdo, pero sabemos que es cierto. Un coche nuevo que se compró por veinte mil dólares no puede volver a venderse por más de quince mil en el mejor de los casos, ¿La razón? La única persona que por lógica desearía vender un coche nuevo es alguien que ha descubierto que ha comprado un cacharro. De modo que, aun cuando no lo sea, un comprador potencial da por sentado que lo es, así como que el vendedor posee cierta información acerca del vehículo que él ignora, y aquel se ve castigado por esta supuesta información.

¿Y si el coche es un cacharro? El vendedor haría bien en esperar un año para venderlo. Para entonces, semejante sospecha se habrá desvanecido, el cacharro pasará inadvertido y se venderá por más de lo que realmente vale

El primer caso ilustra que en una transacción, resulta habitual que una de las partes disponga de mejor información que la otra, a tal situación se le conoce como asimetría de la información.

En el segundo caso, Levitt y Dubner (2015) proponen a un agente inmobiliario que, manipulando la información sobre el costo real de un inmueble, hace creer al comprador que pagará un precio inferior al real y al vendedor lo contrario hallando un término medio perfecto, lo cual logra fácilmente por cuanto él es quien posee toda la información de casas similares y de las tendencias del mercado.

En el mismo sentido, resulta razonable pensar que la asimetría de la información en los proyectos de infraestructura desarrollados bajo el esquema de asociaciones público privadas de iniciativa privada, está a favor del estructurador o responsable del proyecto, en efecto, éste posee y controla toda la información de la modelación, planeación, estructuración y del cierre financiero del proyecto; así entonces, la entidad queda supeditada a la información que se le entrega para evaluar la viabilidad del proyecto.

Los Incentivos en contratos de asociación público - privada de iniciativa privada

Levitt y Dubner (2015) sostienen que un incentivo, es sencillamente, un medio para exhortar a alguien a hacer más algo bueno y menos algo malo, sin embargo, afirman, los incentivos no surgen de forma natural, alguien debe crearlos.

En tratándose de los contratos ejecutados bajo el esquema de asociaciones público privadas de iniciativa privada, el incentivo del estructurador es creado por él mismo, en efecto, la utilidad y el tiempo para obtener la misma se deben estimar al momento de presentar el proyecto para su aprobación en fase de factibilidad, entonces, a juicio de quien escribe, no le es tan dable al sponsor o responsable del proyecto alegar que un incentivo que él mismo ha establecido ha desaparecido, en efecto, como lo plantean Levitt y Dubner (2015) bajo los supuestos de la responsabilidad por el acto propio, cuando un estímulo falla, el creador del mismo debe replantearlo, este pensamiento me lleva a pensar entonces que la consecuencia adversa o indeseada de un estímulo la asume quien crea tal estímulo; diversos economistas explican los estímulos a través de experimentos sociales como el que se plantea a continuación:

El director de una guardería tiene una política que establece claramente que los niños han de ser recogidos a las cuatro de la tarde. El resultado: al final del día tiene a varios niños preocupados y amenos a un cuidador que ha de esperar a que lleguen los padres. ¿Qué hacer?

La solución establecida fue la de multar a los padres que llegaban tarde para no cuidar a los niños gratuitamente, sin embargo, tal política de incentivo no resultó, antes de imponer la multa se producían ocho retraso por semana, después de la multa, que era de tres dólares, el número de retrasos ascendió a veinte por semana, claramente el incentivo fracasó (Levitt y Dubner, 2015).

En tratándose de la gestión contractual, la idea de los incentivos es que cuando aumenta el riesgo, los extremos de la relación contractual tienen mayores incentivos para pensar más, pedir ayuda o hacer lo que sea necesario para solucionar el problema; en el caso planteado, el incentivo carecía de riesgos, hecho que en opinión de algunos economistas permitía ignorar sus resultados. (Richard H. Thaler 2016). Así las cosas, en materia de contratación estatal, es común entender los incentivos como las:

Preferencias aplicables a los procesos de adjudicación y celebración de contratos de organismos estatales para quienes vinculen laboralmente a personas con discapacidad debidamente certificadas, en un porcentaje mínimo del 10% de su planta de trabajadores, lo que se encuentra reglamentado por el Decreto 1082 de 2015, al establecer un sistema de preferencias como factor de desempate para los proponentes que acrediten por lo menos el 10% de su nómina personas con discapacidad en el respectivo proceso de contratación (Decreto 392 de 2018)

Así las cosas, los incentivos son los aspectos o fundamentos positivos o negativos que tienen en cuenta los hombres de negocios prudentes y diligentes al momento de tomar una decisión, que en el caso que ocupa a quin esto escribe, es presentar o no una iniciativa en fase de pre factibilidad para que la misma le sea aprobada y posterior a ello ejecutar, administrar y operar el objeto derivado de la misma.

La utilidad como incentivo positivo

En el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, se establece que el contrato estatal se perfecciona cuando las partes logran un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y dicho acuerdo se eleva a escrito, en los contratos de asociación público privada de iniciativa privada, la contraprestación es el precio entendido como la cantidad de recursos, bienes y servicios que hay que entregar para obtener una cantidad determinada de otros (Marín, 2012, p 20).

Históricamente, al estructurar la cláusula del precio, se hace especial énfasis en aspectos básicos como el costo del valor de los materiales, el costos directos en que incurrirá el contratista para desarrollar el objeto contratado, el costo de los imprevistos que pueden acaecer y la utilidad que espera recibir, entendido este último componente del precio como la ganancia que espera obtener con la ejecución del contrato.

No obstante lo anterior, a juicio del autor, no se debe presumir que toda actividad contractual implica una utilidad, dado que el alea del contrato puede llevar a la configuración de pérdidas en su ejecución. Una cosa es entender que el contratista tiene derecho a percibir utilidades en el contrato estatal y otra distinta es que se establezca que las utilidades están garantizadas por el Estado contratante en favor del particular contratista, en efecto, si la pérdida de la utilidad se da por hechos imputables al contratista, la entidad no está obligada a atender el deber contenido en el artículo 4 de la ley 80 de 1993, pues es claro que nadie puede ir en contra de sus propios actos o alegar su propia culpa a su favor (Ruiz, 2013, P 509).

Límites de la conmutatividad

Atendiendo las consideraciones anteriores y el contenido de la Ley 1508 de 2012, en lo que refiere a la noción de proyectos de asociación público privada de iniciativa privada, al establecer que en éste tipo de proyectos, los particulares estructuradores realizan la iniciativa

por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración. Amén de lo anterior, la filosofía de los proyectos ejecutados bajo esta modalidad es destinar los recursos del estado para atender la inversión social y desde el punto de vista presupuestal se imponen unos límites en el sentido de limitar los aportes del estado a un 20%, porcentaje que por demás debe ser autorizado con el Consejo de Política Fiscal en los términos del artículo 13 de la Ley 1508 de 2012.

Si eso es así, y teniendo en cuenta que el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos implica asumir costos no contemplados en la disponibilidad presupuestal inicial, la posibilidad de reajustar la conmutatividad en una asociación público privada de iniciativa privada resulta nugatoria debido a que la entidad no tiene la competencia para hacer tal reconocimiento y en consecuencia, deberá abstenerse de atender el deber de reajuste de la conmutatividad contenidos en la Ley 80 de 1993 como antes se indicó anteriormente.

El hecho del príncipe, el ius variandi, y la imprevisión en los proyectos de asociación público - privada de iniciativa privada

Atendiendo lo planteado en el capítulo anterior, frente a los elementos de cada una de las figuras que rompen la conmutatividad del contrato estatal, resulta pertinente precisar, si tales fenómenos fácticos en el caso de la imprevisión y jurídicos en el caso del ius variandi y del hecho del príncipe son susceptibles o no de ser alegados como fundamento para solicitar el restablecimiento de la conmutatividad de un contrato o proyecto ejecutado bajo la modalidad de asociación público privada de iniciativa privada.

Se considera que, en tratándose del ius variandi y del hecho del príncipe, la cuestión propuesta no amerita análisis dado que no resiste argumento en contrario, pues es claro que si el estado, producto de una decisión general o particular causa un daño a un particular, le asiste

el deber de repararlo (Ruiz, 2013). Sin embargo, no sucede lo propio en tratándose de la imprevisión, pues en este evento, la alteración de la conmutatividad se da por un evento que no le es atribuible a la entidad.

Cuando el sponsor o responsable del proyecto elabora los estudios del mismo y el modelo financiero en fase de factibilidad, es consciente de que el riesgo imprevisible es un incentivo negativo que debe soportar, y que la entidad, debido a la limitante presupuestal contenida en la ley, no puede rescatarlo como sucede en una concesión tradicional. Así las cosas, cualquier reclamación de restablecimiento de la conmutatividad por imprevisión debe ser negada, pues en esta modalidad de proyectos la salud financiera del mismo depende del sponsor y de sus prestamistas o inversionistas.

Conclusiones

Atendiendo los aspectos característicos de los contratos que se desarrollan bajo el esquema de asociación público privada de iniciativa privada, estos siguen teniendo naturaleza conmutativa, sin embargo, considero que no es procedente solicitar el reajuste de la conmutatividad o restablecimiento del equilibrio económico de la ecuación financiera por situaciones que emanen de eventos imprevisibles o externos a las partes por cuanto el sponsor o estructurador, al presentar el proyecto, una vez que el mismo sea avalado y adjudicado, asume todo el riesgo.

Teniendo en cuenta que en eventos como el hecho del príncipe y el ius variandi la alteración de la conmutatividad del contrato se presenta por responsabilidad objetiva del estado, y que tales aspectos están por fuera del control del estructurador de un proyecto de asociación público privada de iniciativa privada, para estos casos si es viable que el estructurador solicite el reajuste de la conmutatividad, evento en el cual, la administración tendrá que adoptar las medidas pertinentes para reestablecerlo, teniendo en consideración las limitaciones en cuanto al monto de aporte estatal y plazo máximo que establece la ley.

La naturaleza conmutativa del contrato desarrollado bajo el esquema de asociación público privada de iniciativa privada no desaparece, sin embargo, atendiendo los incentivos de los proyectos desarrollados bajo este esquema, y el mayor grado de control de riesgos, la posibilidad de reclamar alteración de la conmutatividad solo es dable a la luz de los eventos que emanan de la responsabilidad objetiva del estado, no así, de la imprevisión.

La limitante para solicitar el reajuste de la conmutatividad del contrato desarrollado bajo el esquema de asociación público – privada de iniciativa privada es reflejo de la del acercamiento de la gestión contractual del estado, a las disposiciones y regímenes propios de

los particulares, lo que a su vez indica un desmedido afán por encajar en organismos multilaterales que imponen reglas internacionales de corte negocial a la gestión contractual de los estados que a ellos se vinculan.

REFERENCIAS

- Araujo, F. (2007) *Teoría Económica de los contratos*. Bogotá, Colombia. Editorial Coimbra.
- Ayala, J. (2009) *Elementos de derecho administrativo*. Bogotá, Colombia. Editorial Ediciones Doctrina y Ley.
- Baño, J. (2013). Del ius variandi a la libre concurrencia: *la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos*.
- Benavides, J. (2004). *El contrato estatal entre lo público y lo privado*. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia. Segunda edición.
- Bértola, L., Bianchi, C., Darscht, P., Davyt, A., Pittaluga, L., Reig Lorenzi, N., &
- Del Saz Cordero, S. (1994). *La huida del derecho administrativo, últimas manifestaciones, aplausos y críticas*. Revista de administración pública.
- Covilla, J. (2014) *autorizaciones y concesiones en el derecho administrativo*. Bogota, Colombia. Editorial Universidad Externado.
- Gaspar, A. (2002) Concepto de servicio público. Recuperado de http://scholar.google.es/scholar?start=0&q=concepto+de+servicio+p%C3%BAblico&hl=es&as_sdt=0,5#.
- García de Enterría, E. (1999). *Curso de derecho administrativo*. Bogotá, Colombia Editorial Civitas. Edición 11.
- Levitt y Dubner (2015). *Freakonomics*. <https://www.casadellibro.com/libros-ebooks/steven-d-levitt/112760>
- Marín, F. (2012) *Las cláusulas del contrato estatal, el precio*. Medellín, Colombia. Editorial Librería Jurídica Sanchez R.

- Melendez, J. (2014) *Tratado de Derecho de los Contratos y Responsabilidad contractual*, Bogotá, Colombia. Editorial Ibañez. Tomo 1
- Ortiz, A., de Castro, M., de la Cuétara, M., & Ezcurra, L. (2004). *Principios de derecho público económico*. ARA Editores.
Recuperadodehttp://scholar.google.es/scholar?q=principio+de+derecho+p%C3%BAblico+econ%C3%B3mico&btnG=&hl=es&as_sdt=0%2C5#
- Palacio, M. (2002) *Parámetros Constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia*. Bogotá, Colombia. Revista de Derecho Público No. 14. Universidad de los Andes. Pg. 19 – 33
- Penagos, G. (2011) *Elementos del acto administrativo*. Bogotá, Colombia. Editorial, Ediciones Doctrina y Ley
- Pinzón, M. (2010) *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Bogotá, Colombia. Editorial U Externado. Primera edición.
- Rengifo, E. (2014) *Las potestades unilaterales en la contratación moderna*. Bogotá, Colombia. Editorial Legis.
- Restrepo, M. (2007) *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad del Rosario.
- Rodríguez, L. (2010) *Manual de derecho administrativo*. Bogotá, Colombia. Editorial Temis. Edición 2
- Ruiz, W. (2013), *Responsabilidad del Estado y sus Agentes*. Bogotá, Colombia. Editorial ECOE.
- Santofimio, J. (2011) *Tratado de derecho administrativo*. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia. Tomo I.

- Sánchez, J. (2000). *Tendencias del derecho administrativo*, Ed. Universidad de Cantabria. Recuperado de <http://scholar.google.es/scholar?hl=es&q=tratado+de+derecho+administrativo+de+jaime+orlando+santofimio&btnG=&lr=#>
- Suárez, D. (2014) *Cláusula de multa y penal pecuniaria*. Colombia, Medellín. Editorial Librería Jurídica Sánchez.
- Weber, M. (2012). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Fondo de cultura económica.
- Willebald, H. (2005). *Ciencia, tecnología e innovación en Uruguay: Diagnóstico, prospectiva y políticas*. Recuperado de <http://publications.iadb.org/handle/11319>
- Vidal, J. (2008). *Derecho administrativo*. Bogotá, Colombia. Editorial Temis
- (DNP – Guía Contratos Plan (2014) Recuperada de <https://www.google.com.co/#q=contratos+plan+dnf>

Normas

(CP Art. 1 y 333)

Ley 30 de 1992

Ley 80 de 1993

Ley 115 de 1994

Ley 1150 de 2007

Ley 1474 de 2011

Ley 1508 de 2012

Ley 1882 de 2018

Decreto 1467 de 2012

Providencias

C. Const. C-3000/2012, Pretel, J

C. Sup. Exp.2006-0537, Namén, W

C. de Est. Auto del 9 de diciembre de 2004

Sitios Web consultados

<https://www.dnp.gov.co/programas/participaci%C3%B3n-privada-%20y-en-proyectos-de-infraestructura/asociaciones-publico-privadas/Paginas/guias-app.aspx>

<https://www.casadellibro.com/libros-ebooks/steven-d-levitt/112760>