



#### COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Gómez-Cano, A. P. (2024). La buena fe y equilibrio contractual: principios determinantes en la solución de conflictos relacionados con la distribución de riesgos en los contratos de concesión pública en Colombia (2010-2022). *Jurídicas*, 21(1), 109-130. <https://doi.org/10.17151/jurid.2024.21.1.6>

Recibido el 22 de junio de 2023  
Aprobado 20 de noviembre de 2023

# La buena fe y equilibrio contractual: principios determinantes en la solución de conflictos relacionados con la distribución de riesgos en los contratos de concesión pública en Colombia (2010-2022)

ANDREA DEL PILAR GÓMEZ-CANO\* |

## RESUMEN

El derecho contractual moderno ha desarrollado 1) tendencias para la ejecución de proyectos con alto grado de incertidumbre en su ejecución y 2) instrumentos negociables cuya finalidad es trasladar, a cambio de un precio global, los diferentes riesgos al ejecutor. La eventual desproporción de estos riesgos es analizada, en Colombia, por altos tribunales de justicia pública y privada. Tal evolución del derecho contractual señala una posible disparidad en los criterios de interpretación empleados. Por consiguiente, se busca comprender este debate jurídico por medio de la integración del ordenamiento y de la jurisprudencia. Los principios generales del derecho contribuyen a tal comprensión, al incorporar en el ordenamiento jurídico colombiano estructuras argumentativas que admiten diferentes grados de interpretación. De ahí que pueda deducirse una serie de subreglas cuya aplicación sea determinante para la toma de la decisión judicial. Los principios de buena fe y equilibrio contractual, por ejemplo, son habitualmente invocados en instancias judiciales, sean de derecho público o privado, para intervenir en el contrato; bien sea durante su ejecución o

bien sea en el reconocimiento de valores — para compensar el desequilibrio que, en la mayoría de los casos, es económico—. Así las cosas, la presente investigación busca identificar, en la jurisprudencia arbitral y del Consejo de Estado, los principales argumentos que, en aplicación de la buena fe y el equilibrio contractual, soportan las decisiones respecto de los contratos de concesión pública en Colombia.

**PALABRAS CLAVES:** principios, buena fe contractual, equilibrio contractual, riesgos previsibles, riesgo imprevisible, contrato de concesión, remediación contractual.

<sup>1</sup> Abogada. Especialista en Derecho Procesal, Universidad del Rosario. Magíster en Derecho Universidad de Manizales. E-mail: [agomec@umanizales.edu.co](mailto:agomec@umanizales.edu.co). [Google Scholar](#)  
ORCID: 0009-0005-2744-0369



## **Good faith and contractual balance: determining principles in the resolution of conflicts related to risk distribution in public concession contracts in Colombia (2010-2022)**

### **ABSTRACT**

Modern contract law has developed 1) tendencies toward the execution of projects with a high degree of uncertainty in their execution and 2) negotiable instruments whose purpose is to transfer, in exchange for a global price, the different risks to the executor. The possible disproportion of these risks is analyzed, in Colombia, by high courts of public and private justice. This evolution of contract law indicates a possible disparity in the criteria of interpretation used. The aim is, therefore, to understand this legal debate by integrating the legal system and jurisprudence. The general principles of law contribute to such understanding by incorporating argumentative structures into the Colombian legal system that admit different degrees of interpretation. Hence, a series of sub-rules can be deduced the application of which is decisive for the judicial decision-making. The Principles of Good Faith and Contractual Balance, for example, are usually invoked in judicial instances, whether public or private, to intervene in the contract, either during its execution or in the recognition of values to compensate the imbalance that, in most cases, is economic. In this context, this research seeks to identify, in the case law of Arbitration and the Council of State, the main arguments that, in application of Good Faith and Contractual Balance, support decisions regarding public concession contracts in Colombia

**KEYWORDS:** Principles, contractual good faith, contractual balance, foreseeable risks, unforeseeable risk, concession contract, contractual remediation

## Introducción

Los contratos de concesión estatal son instrumentos jurídico-económicos, los cuales incorporan una previsión y distribución de riesgos, inicialmente absoluta, entre contratante y contratista. El artículo presenta el análisis y conclusiones frente a la posibilidad de redistribución de cargas en estos contratos en sus etapas de ejecución, terminación y/o liquidación del contrato, en aplicación de la teoría del riesgo imprevisible.

Para ello se procedió a un análisis descriptivo de la evolución histórica del principio de buena fe, sus postulados y su aplicación en la solución de conflictos en asuntos contractuales, así mismo, se estudian los elementos estructurales del contrato de concesión a través del derecho comparado y jurisprudencia interna. En el análisis de casos se parte de la hipótesis de que la justicia arbitral, como mecanismo alternativo para la solución de conflictos, es menos benévola en el análisis del riesgo imprevisible que la justicia estatal, al momento de revisión del contrato.

## Metodología

Las conclusiones acá presentadas son producto de una investigación cualitativa de tipo descriptivo-analítica. En primer lugar, Hernández Sampieri *et al.* (2018) definen el enfoque cualitativo como aquel que “con frecuencia se basa en métodos de recolección de datos sin medición numérica, como las descripciones y las observaciones. Por lo regular [...] es flexible y se mueve entre los eventos y su interpretación” (p. 364). Al mismo tiempo, la clasificación de “cualitativa” también se presenta, porque se ha planteado un “problema de investigación el cual, a pesar de tener unos planteamientos formulados, no existe (todavía) un procedimiento definido para la identificación de las categorías” (Hernández Sampieri *et al.*, 2018, pp. 310, 386).

En segundo lugar, en cuanto a los métodos de recolección de datos, las fuentes han sido de carácter documental, identificándose: 1) la bibliografía contractual — publicada en los ámbitos nacional e internacional sobre el principio de buena fe y su evolución, hasta llegar al equilibrio contractual— y 2) la jurisprudencia arbitral y del Consejo de Estado, seleccionándose pronunciamientos emitidos entre los años 2010 y 2022, hasta hallarse 13 sentencias y 15 laudos arbitrales; de los cuales se eligieron, de forma intencionada, seis pronunciamientos emblemáticos que directamente fundamentan su decisión en los principios de buena fe y equilibrio contractual. En el análisis jurisprudencial, se quiso resaltar y clasificar los principales argumentos que sustentan y actualizan el sentido de los principios de buena fe y equilibrio contractual, desarrollados por ambos tribunales, con el fin de solucionar conflictos sobre la noción de “riesgo”.

El tipo de investigación descriptivo-analítica, fue procedente en este caso, en razón a que la investigación descriptiva es aquella que “tiene como objetivo lograr una precisión y caracterización del evento de estudio dentro de un contexto particular” (Hurtado de Barrera, 2010, p. 413). Por consiguiente, se identificaron en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de tribunales de arbitramento los argumentos que dimensionan los principios de buena fe y equilibrio contractual, respecto del contrato de concesión pública en Colombia. De otro lado, el tipo de investigación analítica se relacionó con la interpretación de los postulados del precedente jurisprudencial, en torno a los principios de buena fe y equilibrio contractual en las decisiones de los tribunales de arbitramento y del Consejo de Estado.

Finalmente, se continuó con la hermenéutica de segundo orden; es decir, este nivel de interpretación que se adelanta sobre el objeto de estudio es el denominado por Dueñas Ruiz (2009) como de “segundo orden”, toda vez que se hace sobre el análisis que hace el Consejo de Estado y los tribunales de arbitramento — sobre el problema jurídico planteado respecto del equilibrio económico en los contratos de concesión pública—. Así las cosas, se buscó identificar los principales argumentos en los que cada instancia sustenta su decisión, desde una preocupación por su posible materialización y respaldo, por medio de los principios de buena fe y equilibrio contractual.

### **Principios de buena fe y equilibrio contractual: origen, reconocimiento y alcance según su evolución histórica**

A lo largo de la historia del Derecho, diferentes compilaciones jurídicas han procurado positivizar, de manera genérica, el principio de buena fe, con el fin de emplearlo en relaciones negociales —hasta disponerse de reglas específicas que puedan considerarse como vinculantes—. Dichas condiciones, significantes como “lealtad”, “fidelidad” o “confianza” han sido utilizadas como criterios axiológicos y comportamentales.

En la Antigüedad, por ejemplo, la buena fe fue reconocida desde las Doce Tablas como un patrón coercitivo: se invocaba la prohibición de actuar de manera fraudulenta en las relaciones de subordinación o clientela existentes para aquel entonces (Facco, 2017, p. 41). El derecho romano acercó la buena fe hacia el concepto de fidelidad, en el sentido del denominado “respeto a la palabra empeñada” —esto es: la conformidad entre lo dicho y lo hecho—. Esta regulación de las relaciones negociales, propias del *ius gentium*, se implementó ante la necesidad de lograr una mayor fuerza vinculante y una formalidad más eficaz, durante el cumplimiento de distintos servicios —y, en especial, durante las relaciones comerciales con peregrinos no romanos—. Para este caso, la buena fe exigía el cumplimiento o la satisfacción de la obligación en sí misma (Kofanov, 2003, p. 342), hacia el año de 1458, las Leyes de Castilla resaltaron el contenido subjetivo de la buena fe, vinculándolo al concepto de “lealtad negocial” (Facco, 2017, p. 93).

En la Europa decimonónica, el derecho francés, por medio de la ordenanza número 2016-131, realizó una importante modificación al derecho civil. Se destaca la reforma del artículo 1.134, el cual vincula la buena fe contractual, con las diferentes etapas del contrato; la inclusión de la lealtad, como patrón de comportamiento necesario para el cumplimiento del mismo, y la fuerza obligatoria de la disposición principalística para las partes (Facco, 2017, p. 179). Por su parte, El Código Civil alemán, el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), en dos de sus artículos, el 157 y el 242, consagra el principio de buena fe, como criterio de interpretación normativa y como determinante de la forma y del contenido del cumplimiento de las obligaciones, estipuladas en el contrato, en los siguientes términos:

§ 157. Auslegung von Verträgen: Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. (Sección 157: Interpretación de los Contratos: Los contratos deben interpretarse en la forma que exige la Buena Fe en relación con los usos y las costumbres)

§ 242. *Leistung nach Treu und Glauben: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.* (Sección 242: Actuación de Buena Fe: En virtud de la Buena Fe, el deudor está obligado a efectuar el cumplimiento en la forma que exige la Buena Fe con respecto a los usos comunes. (Bundesrepublik Deutschland, 2022)

En el caso de Latinoamérica, Andrés Bello, redactor de los Códigos Civiles de Chile y Colombia, desarrolló el concepto de buena fe con criterios mucho más amplios que la sola satisfacción de la prestación de un servicio. Bello amplió su efecto integrador a postulados distributivos de equidad. Esta disposición adquirió gran magnitud interpretativa; la cual resulta evidente si se tiene en cuenta que, durante el siglo XIX, el Código Napoleónico citaba tímidamente, en su artículo 1134, la buena fe en los siguientes términos: *“Los pactos legalmente formados tienen fuerza de Ley para aquellos que los han hecho. No pueden ser revocados, sino por mutuo consentimiento o por causas que están autorizadas por la Ley. Deben llevarse a ejecución de Buena Fe”* (cursiva fuera del texto) (Núñez Iglesias y Santos, 2005, p. 494). Por su parte, el Código Civil de Bolivia del año de 1830, presenta una estructura mixta que fortalece el concepto de buena fe: por una parte, en su artículo 725, se dispone, en términos expresos, de la buena fe como condición para el cumplimiento de una prestación; de otro lado, en el artículo 726 *Ejúsdem*, se menciona a la equidad, los usos y las costumbres, como convenciones que garantizan la satisfacción de una prestación (Facco, 2017, pp. 169,181).

De otro lado, el Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos, reitera el principio de buena fe transaccional para la etapa de ejecución contractual; entendiendo dicha ejecución como el cumplimiento de la prestación misma, en los términos determinados en el contrato (Facco, 2017). Entrando en el s. XX, la Convención de Viena —sobre compraventa internacional de mercaderías,

ratificada en Colombia por medio de la Ley 518 de 1980—, menciona de manera expresa el principio de buena fe, con efectos diversos. En ese sentido, el numeral primero del artículo 7, reconoce a la buena fe como criterio de integración de las normas en materia de comercio internacional: *“En la interpretación de la presente Convención, se tendrán en cuenta su carácter internacional, la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y el asegurar la observancia de la Buena Fe en el comercio internacional”* (cursiva fuera del texto). Igualmente, la identidad legislativa internacional en materia de comercio —y, en especial, respecto del contrato de compraventa internacional de mercaderías— se materializa en el numeral segundo del ya citado artículo 7 de la Convención. En dicho numeral, se menciona el principio de buena fe como criterio aplicable para la solución de conflictos, ante ausencia de norma expresa aplicable al caso concreto: *“En particular, cuando las cuestiones relativas a las materias que se rigen por esta Convención no estén expresamente resueltas en ella, se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que ésta se basa”*.

En coherencia con lo anterior, se entiende la actual relevancia del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). emitió la Declaración de Principios sobre Contratos Internacionales (2016). Este documento define la buena fe como aquella *“lealtad negocial”* de la siguiente manera:

1. Efecto Integrador (UNIDROIT, 2016, numeral 1.7).
2. Criterio de Interpretación de la Aplicación Directa (UNIDROIT, 2016, numeral 4.8).
3. Fuente Obligatoria (UNIDROIT, 2016, numeral 5.1.2). (Calderón Marengo y Castro Marcenaro, 2019)

Debe resaltarse que la buena fe también ha evolucionado hacia el principio de solidaridad y cooperación entre las partes, en el sentido de 1) atender y salvaguardar los intereses involucrados en el contrato y 2) facilitar el cumplimiento de las obligaciones, como evolución del concepto de reciprocidad y conmutatividad del negocio jurídico (Facco, 2017, p. 223)<sup>1</sup>. A partir de la década 1960, la doctrina amplió el contenido del principio de buena fe hacia la corrección del equilibrio económico y la limitación del principio de autonomía privada. Algunos ejemplos

---

<sup>1</sup> Se pueden considerar los siguientes instrumentos jurídicos, extraídos del derecho comunitario europeo, que también consagran el principio de buena fe: 1) Los Tratados de Roma del año 1957, los cuales sirvieron de marco jurídico para la creación de la Comunidad Económica Europea, hacen referencia genérica al deber de lealtad comercial y de concurrencia; 2) el artículo tercero de la Directiva 86/653/CEE (18 de diciembre de 1986) impone la actuación de buena fe a cargo del agente respecto de su agenciado; 3) la Directiva 93/13/CEE (5 de abril de 1993) advierte sobre los efectos nocivos de las cláusulas abusivas en el derecho de consumo; 4) la Directiva 93/83/CEE (27 de septiembre de 1993) integra el principio de buena fe en materia de derechos de autor, durante las etapas previas de formación del contrato; 5) la Directiva 96/92/CEE (19 de diciembre 1996) establece la buena fe como factor necesario durante las etapas previas de formación de contratos del sector eléctrico y 6) la Directiva 97/7/CEE (20 de mayo de 1997) resalta la buena fe negocial en las etapas previas de formación del contrato en general (Zimmermann & Whittaker, 2000).

de ello son las leyes de protección al consumidor, el control sobre los intereses o la prohibición de abuso del derecho (Facco, 2017, p. 179). Este cambio en la doctrina jurídica señaló cómo el principio de buena fe, durante la etapa de la formación del contrato, se basa en la información sobre la que se estructura el acuerdo. Por medio de dicha información, se busca constituir un consentimiento libre e informado con el mayor grado de certeza y confiabilidad. Posteriormente, en la etapa de ejecución, la buena fe implica grados ascendentes de reciprocidad frente a los deberes de 1) información, 2) cooperación para la satisfacción de la prestación y 3) cuidado ante las vicisitudes durante el cumplimiento del contrato.

### **Evolución de la buena fe hacia el equilibrio contractual del contrato colombiano**

La Constitución de 1991, en el artículo 83, contiene el principio de la buena fe en términos genéricos, como un postulado orientador del comportamiento de los particulares y de las autoridades públicas<sup>2</sup>. Por su parte, el Código Civil consagra el principio de buena fe enfocado hacia la satisfacción de la prestación. En otras palabras, según el artículo 1603 *ejúsdem*<sup>3</sup>, la buena fe es una condición legalmente exigida para el cumplimiento de la obligación.

El Código de Comercio, en los artículos 863<sup>4</sup> y 871<sup>5</sup>, dimensiona el principio de buena fe contractual como “fuente generadora de obligaciones”, en todas las etapas de formación del contrato. Por consiguiente, la buena fe debe regir desde el periodo precontractual y durante la celebración y ejecución de los contratos. Por consiguiente, la obligatoriedad del contenido de los contratos no se agota en lo mencionado de manera explícita; dicha obligatoriedad implica igualmente el acatamiento del derecho y la equidad en términos integrales. La buena fe, el cumplimiento mismo de la obligación; y es generador de otras obligaciones tácitas, durante la formación del contrato y en la satisfacción de las prestaciones que de este emanan (Neme Villarreal, 2006). A ese mismo tenor, es mencionada la buena fe en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 —Estatuto General de Contratación de

---

<sup>2</sup> Artículo 83 constitucional: Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

<sup>3</sup> Artículo 1603 del Código Civil, Ejecución de buena fe: Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y, por consiguiente, obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

<sup>4</sup> Artículo 863 del Código de Comercio, buena fe en el periodo precontractual: Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.

<sup>5</sup> Artículo 871 del Código de Comercio, Principio de buena fe: Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

la Administración Pública—<sup>67</sup>. Así mismo, la Ley de infraestructura (Ley 1682 de 2013, modificada por la ley 1882 de 2018), en su artículo 13<sup>8</sup>, emite un mandato a la entidad pública contratante respecto de garantizar, en todas las etapas de ejecución del contrato, su equilibrio económico.

## **Estructura, elementos y finalidad del contrato de concesión en los sistemas jurídicos colombiano y europeo y su relación con los principios de buena fe y equilibrio contractual**

El contrato de concesión es un instrumento jurídico negocial que resulta de la necesidad de ejecutar proyectos que exigen: 1) un importante flujo de capital, 2) alta especialidad en la ejecución y 3) un mediano (o largo) plazo que permita revertir esa inversión. La Corte Constitucional define la concesión en los siguientes términos: “Contrato típico, bilateral, oneroso e *intuito personae*, a luz del Código Civil y que, además, incorpora los principios de la función pública y del servicio público, por comportar una delegación transitoria de un servicio que corresponde al Estado” (Corte Constitucional, Sentencia C-711 de 1996) Igualmente, la jurisprudencia constitucional enuncia las siguientes características del contrato de concesión:

El citado contrato presenta las siguientes características: 1) implica una convención entre un ente estatal –concedente– y otra persona –concesionario–; 2) Se refiere a un servicio público o a una obra

---

<sup>6</sup> Artículo 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de la Interpretación de las Reglas Contractuales: En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, “se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (cursiva fuera del texto).

<sup>7</sup> Durante las etapas de formación, ejecución y liquidación de los distintos contratos, dentro del marco de la contratación pública, tanto la administración como el contratista deben apegarse a los mandatos de buena fe. Tales mandatos están presentes en algunos artículos de la Ley 80 de 1993:

El numeral segundo del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 consagra como deber de los contratistas colaborar “con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que este sea de la mejor calidad; acataran las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y Buena Fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrambamientos que pudieran presentarse” (cursiva fuera del texto).

Por su parte, el artículo 23 *ejusdem* señala que a las actuaciones contractuales se aplicarán “las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del Derecho Administrativo” (cursiva fuera del texto).

Por último, en el artículo 28 se establece que en la interpretación de las reglas que rigen los contratos estatales “relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la Buena Fe y la igualdad y Equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza los contratos conmutativos” (cursiva fuera del texto).

<sup>8</sup> Artículo 13 de la Ley 1682 de 2013: los contratos que en adelante desarrollen proyectos de infraestructura de transporte, incluirán una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática que determine las eventuales prestaciones recíprocas en caso de terminarse anticipadamente por un acuerdo entre las partes o por decisión unilateral.

“Parágrafo primero: La entidad pública contratante garantizará el equilibrio económico del contrato en cualquiera de las etapas de su ejecución y podrá proponer, si así lo considera, de acuerdo con la ley vigente, el pago anticipado de la recuperación de la inversión en la etapa de operación, de conformidad con la fórmula descrita en el contrato”.

destinada al servicio o uso público; 3) Puede tener por objeto la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra destinada al servicio o uso público; 4) en dicho contrato, existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público; 5) el concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo; 6) en los contratos de concesión, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales o de caducidad; 7) dada la naturaleza especial del contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión, que, aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse ínsitas en el mismo contrato". (Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 1996)<sup>9, 10</sup>

Este tipo de contrato se encuentra consagrado en el numeral 4.º del artículo 32 del Estatuto General de Contratación Pública —Ley 80 de 1993—<sup>11</sup>. Dicho estatuto regula el instrumento en cuestión durante sus etapas de diseño, ejecución y reversión. Resulta importante centrarse en la característica de asunción de riesgos por parte del concesionario. Partiendo de dicha característica, cabe hacer la siguiente pregunta: ¿Es absoluta esta distribución de cargas —o si, por el contrario, dicha distribución puede ser ajustada durante la ejecución del contrato o pueden generarse reconocimientos adicionales entre las partes—? Además, contémplesse la posibilidad de que los beneficios de los que goza el Estado, los cuáles redundan en el bienestar general, pueden inclinar la balanza hasta favorecer al particular, colaborador del Estado; esto puede limitar el ejercicio de posición dominante por parte del ente estatal. Ante tal circunstancia, ¿puede existir una proporcionalidad frente a la distribución, para ser intervenida en determinados momentos?

En el derecho comparado, se pueden identificar formas negociales con finalidades semejantes. Por ejemplo: la legislación española, por medio de la Ley 9 de 2017, reguló el contrato de concesión, dividiendo el mismo entre "contrato de obra" y "de servicios". La característica esencial de este modelo de contrato

---

<sup>9</sup> Resulta importante la caracterización de la concesión, realizada por el Alto Tribunal de la justicia constitucional: en ese sentido, se resalta el modelo negocial como un instrumento por medio del cual el Estado se apoya en un particular —para realizar obras o servicios públicos que, en principio, están a cargo de la entidad pública—. Podría decirse que el concesionario resulta ser un colaborador del Estado, en un nivel de especialísima delegación contractual.

<sup>10</sup> Esta caracterización del contrato de concesión fue reiterada en la Sentencia C-126 de 1998.

<sup>11</sup> Numeral 4.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 —Estatuto General de Contratación de la Administración Pública—; Contrato de concesión:

"Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, 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".

es la transferencia al contratista financiador de la incertidumbre del mercado, durante la etapa de reversión o recuperación de la inversión —etapa denominada en la legislación española como “de riesgo operacional”, esto es: determinada por factores externos, como la oferta y demanda—. En este punto, la diferencia significativa con el contrato de concesión en Colombia no solo es la distinción entre la obra y el servicio; sino que también lo es el interés especial de regular el riesgo operacional, durante la etapa de retorno de la inversión a quien financia el proyecto (Huerdo Lora, 2017), este consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación. En consecuencia, este último asume las variaciones que puedan presentarse en la prestación del servicio (Tribunal de Justicia de Europa, 2005, Asunto C-458/03 §40). El segundo, el “riesgo operacional”, identificado por la Directiva comunitaria europea 2014/23/EU<sup>12</sup>, se genera como consecuencia de la forma de retribución al concesionario; toda vez que se le entrega la explotación del servicio y/o de la obra como mecanismo de reversión de la inversión que realiza —bien sea sobre un conjunto de infraestructuras o de servicios—. El derecho comunitario europeo reguló, por medio de la Directiva 2014/24/EU, el contrato de concesión de manera genérica<sup>13</sup> con objetivos como los siguientes:

- 1) regular la transferencia del riesgo operacional o de mercado al concesionario; 2) Establecer la uniformidad en los criterios de interpretación en la aplicación del tratado de funcionamiento de la unión europea; 3) Unificar un concepto respecto del “contrato de concesión”, teniendo en cuenta la disparidad de conceptos frente al llamado “concesión de servicios”, toda vez que este ha presentado inconvenientes

---

<sup>12</sup> Se evidencia en los siguientes numerales:

“§18: Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público han generado una inseguridad jurídica continua para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por lo tanto, debe aclararse la definición de «concesión», en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional. La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador” (...)

“§20: Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario” (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2014a, 2014b).

<sup>13</sup> La directiva comunitaria europea 2014/24/EU, en su artículo 11, define la concesión en los siguientes términos:

“Las concesiones son contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos. El objeto de dichos contratos es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este mismo derecho en conjunción con un pago. Estos contratos pueden conllevar o no la transferencia de la propiedad a los poderes o entidades adjudicadores, pero estos obtienen siempre los beneficios derivados de las obras o servicios”.

en su alcance, en consideración a las diferencias internas en materia de política pública de los estados comunitarios, y finalmente la positivización de jurisprudencia homogénea que sobre el asunto a emitido el tribunal comunitario. (Huelgo Lora, 2017, pp. 44-55)

Como antecedente de la distribución del riesgo contractual, recuérdese el caso del gas de Bordeaux, citado por la doctrina como el origen jurisprudencial de la teoría de la imprevisión. En 1904, el Consejo de Estado francés respondió a un recurso de apelación de una sentencia, proferida respecto de un contrato de concesión entre la compañía de gas y el municipio de Bordeaux. Por medio de este contrato, la compañía se comprometía a prestar el servicio de alumbrado público por gas, recibiendo, como contraprestación, un precio, el cual fue determinado con base en el precio del carbón. Las partes en este acuerdo previeron una posible alza de precios, motivada por una eventual guerra; sin embargo, los altos costos de transporte hicieron que el incremento fuera notoriamente superior a lo previsto inicialmente por las partes<sup>14</sup> (Jiménez Gil, 2009).

Ante esta situación, los costos de prestación del servicio público de alumbrado se elevaron en forma excesivamente onerosa para la compañía. En consecuencia, la compañía solicitó al contratante la revisión de las cláusulas, en aras de buscar el equilibrio económico del contrato. Como respuesta a ello, el municipio contratante negó la solicitud, basándose en el artículo 1134 del Código Civil francés<sup>15</sup>, análogo al 1602 del Código Civil colombiano. Esta negación fue puesta en consideración del Consejo de la Prefectura de la Gironda, el cual, en fallo del 30 de julio de 1915, ratificó la posición del municipio de Bordeaux. Posteriormente, el concesionario interpuso recurso de apelación ante el Consejo de Estado, contra la providencia del Consejo de Prefectura. Finalmente, el Alto Tribunal francés emitió el siguiente pronunciamiento:

Cuando ocurren acontecimientos que perturban profundamente la economía del contrato, los cuales ponen a los concesionarios en la imposibilidad de ejecutar su obligación, en las condiciones previamente estipuladas, es preciso hacer frente a esa situación nueva que las partes no pudieron prever, es preciso enfrentarse mientras ella subsista: las necesidades del servicio público lo exigen. La autoridad exigirá del concesionario que continuará prestando el servicio conforme al contrato; pero lo ayudará, sea indemnizando o reduciéndose la carga de sus obligaciones, a soportar el excedente de esas cargas en cuanto a ellas sobrepasan el máximo de la amplitud de las variaciones económicas que pudieron preverse cuando se contrató. (Consejo de Estado francés, como se citó en Jiménez Gil, 2009, p. 36)

---

<sup>14</sup> Además, téngase en cuenta que la sentencia de apelación en cuestión fue proferida diez años antes de que se desatara la Primera Guerra Mundial.

<sup>15</sup> Artículo 1134: “Los contratos legalmente celebrados tienen fuerza de ley entre los que los han hecho. Sólo pueden revocarse por mutuo consentimiento o por las causas que autoriza la ley. Deben cumplirse de buena fe” (Núñez Iglesias y Santos, 2005, p. 494).

## **Fundamentos de la teoría de la imprevisión y su relación con la buena fe**

En la teoría de imprevisión, es necesario ubicar los siguientes componentes: 1) subjetivo, 2) objetivo, y 3) extrajurídico, los cuales también estructuran cualquier relación obligacional. En primer lugar, el componente subjetivo se apoya en la cláusula *rebus sic stantibus*. Esta cláusula reconoce la manifestación clara y abierta de las partes, quienes determinan abierta y libremente las condiciones del contrato y asumen la ejecución de las mismas (Barbosa Verano y Neyva Morales, 1992, p. 30). El componente objetivo hace énfasis en la llamada “equivalencia de las prestaciones”. Esto significa que el componente objetivo de la teoría en cuestión es el reconocimiento formal de que la situación puede variar durante la ejecución del contrato.

Y el componente extrajurídico abarca una serie de teorías que fundamentan la imprevisión en principios o reglas generales del derecho, tales como la moral, la buena fe, la equidad y la prohibición del abuso del derecho. Ejemplos de ello son las directivas comunitarias europeas 2014/23/EU y 2014/24/EU, las cuales reconocen el equilibrio económico en los contratos de concesión y en la administración del riesgo operacional; al indicar que la asunción de dicho equilibrio, por parte de concesionario, no es absoluta y que la misma puede revisarse, en aras de la proporcionalidad. En palabras de López Mora (2019):

Hay que permitir el equilibrio cuando se comprueba que existe una mayor onerosidad sobrevenida, cuando existen hechos imprevisibles que, aún con una buena gestión empresarial, alteran la regla natural del reparto de riesgos, se rompe la causa del contrato original que obliga al necesario reequilibrio de las condiciones pactadas de acuerdo con los principios de equidad y Buena Fe. (pp. 15-16)

De esta manera, las obligaciones del contrato no deben derivar en una hostilidad entre las partes, aquellas deben ser definidas conforme a la real capacidad de los contratantes al momento de ejecutarlo. De esta manera, la satisfacción contractual será posible en un contexto equilibrado y justo. Resulta evidente, pues, que el derecho reproche situaciones contrarias a la buena fe contractual y que las mismas sean revisadas e intervenidas por las partes o terceros. Dicho reproche ha encontrado su respaldo en la doctrina:

El cambio del estado de hecho influye de modo directo sobre el vínculo creado, alterando la relación [...], por lo tanto, el contrato podrá resolverse, basándose para ello en la equidad y en el postulado de la vieja justicia distributiva Aristotélica, *jus suum evique tribuere*, afirmándose que tales principios claman, de la Ley, el restablecimiento del equilibrio roto, impidiendo toda desigualdad entre los contratantes y buscando la utilidad común, que dé origen a la celebración del contrato. (Barbosa Verano y Neyva Morales, 1992, p. 54)

Al interior del sistema jurídico colombiano, la teoría de la imprevisión encuentra su fundamento normativo en los principios generales de la equidad y la buena fe. Téngase en cuenta que las partes determinan el acuerdo obligacional en un contexto de viabilidad inicial de cumplimiento. Este contexto puede variar por 1) circunstancias no previsibles —al momento de celebración del negocio jurídico— y 2) circunstancias irresistibles —al llevarse a cabo la prestación; resultando su cumplimiento excesivamente oneroso, o imposible, y originándose, por consiguiente, la necesidad de revisar el contrato—. Como respuesta a estas circunstancias, las cuales rompen el escenario inicial de ejecución, se debe hacer uso de la facultad de autorregulación. La desproporción sobreviniente llama a las partes a la equidad natural, para que las prestaciones sean revisadas. Por ende, los contratos, como fuente obligacional, pueden ser dúctiles, frente a fenómenos cuyo control escapa del alcance de las partes: ellas pueden actuar de manera razonable, en aras aplicación de la justicia distributiva y de la equidad.

El Consejo de Estado (1993), a propósito del equilibrio financiero en el contrato de concesión y de la teoría de la imprevisión, aclaró que la posibilidad de compensar un posible desequilibrio obedece a la ocurrencia de circunstancias imprevisibles al momento de formarse el contrato —y que tal ocurrencia no dependiera de la voluntad de las partes—. De otro lado, en el régimen privado, se presentan los siguientes requisitos para la procedencia de la teoría de la imprevisión: “1) imprevisibilidad del hecho sobreviniente, 2) excesiva onerosidad sobreviniente, 3) inimputabilidad del hecho sobreviniente, 4) carácter extraordinario del hecho sobreviniente, 5) Obligación pendiente de ejecución, 6) Afectación a uno de las partes, 7) que el hecho sobreviniente sea irresistible” (Barbosa Verano y Neyva Morales, 1992, p. 103). Estos requisitos pueden explicarse brevemente de la siguiente manera:

1. Imprevisibilidad del hecho sobreviniente y carácter extraordinario del mismo: al momento de perfeccionar el acuerdo, las partes, en uso de la “debida diligencia”, deben proceder al análisis de riesgos del contrato; en el sentido de prever las circunstancias que pueden afectar el cumplimiento de las obligaciones principales y accesorias.
2. Excesiva onerosidad sobreviniente: este requisito hace especial referencia a la situación de que el hecho “no previsible” afecta, de manera directa o indirecta, la prestación. Esta situación convierte el cumplimiento de dicha prestación en algo “excesivamente oneroso”, imposibilitando su satisfacción total o parcial. También podría presentarse la situación de que las partes, analizando los riesgos del contrato, se anticiparon a la probabilidad de ocurrencia del mismo. Sin embargo, la contingencia puede superar en proporción la afectación estimada inicialmente (Soto y Mosset, 2009).
3. Inimputabilidad del hecho sobreviniente —siguiendo la máxima “Nadie puede alegar a su favor su propio dolo” o “Nadie puede beneficiarse del

dolo propio” (*venire contra factum proprium non valet*)<sup>16</sup>: la circunstancia que afecta la prestación no puede obedecer a hechos imputables a la culpa o al dolo de los contratantes, quienes deben agotar todas las acciones diligentemente posibles, de cara al cumplimiento del contrato.

4. Obligación pendiente de ejecución: la prestación puede encontrarse pendiente de cumplimiento; dado que la misma necesita modularse por medio de la revisión del contrato, para equilibrar justamente su desproporción. El resultado de esa revisión del contrato puede derivar en diferentes medidas —como el ajuste del alcance prestacional, el reconocimiento económico de la desproporción, la exclusión de la actividad misma, la terminación del acuerdo, entre otras—.
5. Irresistibilidad del hecho: finalmente, las partes deben demostrar que 1) todos sus actos se encaminaron hacia la satisfacción plena del contrato y que 2) la circunstancia o el hecho acaecido fue de tal proporción que desestimó cualquier acto que pudiera solventar el acuerdo mismo.

Presentadas las circunstancias que pueden dar lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, el acuerdo debe ser revisado por las partes o por un tercero bajo métodos heterocompositivos. Esta revisión puede dar lugar a diferentes consecuencias jurídicas tales como:

1. El ajuste o modulación de la prestación, para que la misma sea satisfecha en términos de equidad;
2. la suspensión de la ejecución de la prestación, toda vez que la circunstancia que afecta su cumplimiento puede ser temporal o coyuntural: así las cosas, es probable que los hechos de afectación cesen por el simple paso del tiempo —como, por ejemplo, los factores climáticos, las restricciones al orden público, las crisis políticas, etc.— y
3. la terminación, toda vez que, revisado el acuerdo, la conclusión de las partes y/o del operador jurídico puede ser la terminación del acuerdo; esto implica que surte efectos hacia el futuro, una remediación propia de los negocios jurídicos de tracto sucesivo en los cuales resulta imposible disipar los efectos ya generados durante la ejecución del contrato<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (Real Academia Española et al. 2022), el “Venire...” es un “principio general del derecho de vinculación de los actos propios, entendido como la aceptación de las consecuencias vinculantes que se desprenden de ellos. Supone la conexión directa del autor a los resultados de un acto con prohibición de adoptar después un comportamiento incompatible con el mismo. La regla está ligada al principio de buena fe y ambos preservan la exigencia de un deber de comportamiento coherente con lo ya realizado a fin de dar protección a la razonable confianza depositada en el comportamiento ajeno. [...] además de su forma latina, es conocido en el derecho anglosajón como principio de “estoppel” o en el alemán como “Verwirkung” (cursiva fuera del texto).

<sup>17</sup> La terminación es, claramente, un modo anormal de extinción de las obligaciones, ya que no hay plenitud en la satisfacción de los intereses de las partes. Algunos autores como Scognamiglio (1996) hablan de la resolución por excesiva onerosidad, sobrevenida en el sentido de que “puede darse igualmente la resolución de los efectos contractuales o al menos la modificación de ellos en el caso de la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación” (p. 255).

## **Contexto jurisprudencial de la buena fe, el equilibrio contractual y la teoría de la imprevisión en el Consejo de Estado y los tribunales de arbitramento**

### **Jurisprudencia arbitral**

**Tribunal de Arbitramento - Centro de Arbitraje y Conciliación, Bogotá 6 de agosto de 2018. Convocante: Concesionaria Ruta del Sol S. A. S., Convocada Agencia Nacional de Infraestructura (ANI). Árbitros: Jorge Enroque Ibáñez Najar, Catalina Hoyos Jiménez y Carlos Mauricio González Arévalo**

En esta ocasión, el problema jurídico planteado gira en torno a la noción de “riesgo”. En términos concretos: ¿Es procedente el reconocimiento de mayores costos, directos o indirectos, al concesionario, dadas 1) una información insuficiente y una serie de diseños existentes, al momento de adjudicación del contrato, y 2) el surgimiento de novedades, durante el proceso de ejecución?

Los hechos puestos en conocimiento del tribunal pueden resumirse de la siguiente manera: entre las partes se suscribió el contrato de concesión n.º 001 de 2010, con el objeto de construir el proyecto vial Ruta del Sol. Durante la ejecución del proyecto, se presentaron costos directos e indirectos, adicionales a los proyectados en la propuesta presentada por el concesionario. Estos costos se relacionaban con 1) una mayor permanencia en obra, 2) honorarios de personal, 3) arrendamiento de equipos y maquinaria, 4) pólizas de modificaciones contractuales y 5) costos de mecanismos de solución de conflictos —como paneles de expertos—. La entidad convocada en este punto ejerce su defensa al esgrimir la asunción de riesgos, por parte del contratista, establecida por medio del anexo del contrato —relacionado con 1) la asignación de riesgos al concesionario y 2) la aceptación expresa de los mismos, por medio de la presentación de la propuesta y firma del contrato—.

A pesar de la decisión de fondo, emitida por parte del tribunal, a través del cual se da la nulidad del contrato por hechos de corrupción. Por otra parte, sobre la asignación de riesgos al concesionario, se hace énfasis en los siguientes ítems: 1) los riesgos asignados al concesionario se encuentran dentro de los lineamientos de la política de riesgo para el sector transporte, establecidos en los documentos Conpes 3101 y 3133 de 2001; ello implica que los mismos no son específicos, sino generales y 2) fundamentados en un peritaje sobre la información documental y financiera del proyecto, se evidenció la falta de protocolos para una gestión de carácter técnico, estructurado y efectivo de riesgos; esto hace que el concesionario no pudiera probar la diligencia en la gestión mencionada.

**Tribunal de Arbitramento - Centro de Arbitraje y Conciliación Santiago de Cali 29 de noviembre de 2018. Convocante: Grupo Integrante de Transporte Masivo S. A., en contra de Metro Cali S. A. Árbitros: Antonio Pabón Santander, Adriana Polania y Juan Carlos Henao Pérez**

En este segundo laudo, el problema jurídico planteado puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿Está el concesionario en la obligación de soportar, de forma absoluta, los riesgos del contrato —sean estos previstos o no, en términos expresos, durante la ejecución del mismo—? Los hechos puestos en conocimiento del tribunal se mencionan a continuación: entre las partes se suscribió un contrato de concesión el 15 de diciembre de 2006, con el objeto de prestar el servicio público de transporte masivo de pasajeros —dentro del sistema de transporte integrado de pasajeros de Cali—. Dentro de los riesgos más significativos, asumidos por el concesionario, fueron los relacionados con la tarifa y con la demanda de rutas y pasajeros, riesgos regulados por la parte convocada. Durante la ejecución del contrato, Metro Cali S. A. —esto es: la parte convocada— incumplió algunas de las obligaciones que facilitan la labor del concesionario: modificó rutas del transporte integrado, las cuales afectaron la demanda de pasajeros, y reguló la tarifa por debajo de los porcentajes acordados con el concesionario, para el retorno de la inversión.

Para resolver el problema jurídico planteado, el tribunal procedió a analizar la teoría de los riesgos en el contrato de concesión. Se llegó a la conclusión de que, en el presente caso, se debía restablecer el equilibrio económico del contrato, a favor del concesionario. Tal conclusión se basó en las siguientes consideraciones: 1) la asunción de riesgos conocidos, por parte del concesionario, es un elemento esencial de la concesión; de esta manera, los riesgos de la ejecución del proyecto se encuentran en cabeza del concesionario: a este le corresponden los riesgos normales, habituales, ordinarios y comunes de la ejecución del proyecto; 2) la asignación expresa de riesgos no significa que el Estado deje de identificar, con posterioridad, algún riesgo de tipo residual o propio no identificado en un principio; y 3) cualquier metodología de asignación de riesgos, en el ámbito contractual del Estado, debe contar con una serie de reglas de distribución justas, claras y objetivas; en relación directamente proporcional con la capacidad de gestión, administración y mitigación.

Sobre el principio del equilibrio contractual, dentro del marco de la buena fe, el tribunal recuerda que es un fundamento esencial de la contratación estatal, el cual debe gobernar la formación y la ejecución del contrato. Dicho equilibrio se convierte en un parámetro de orden público, el cual puede servir de justificación para tachar como “nula” una cláusula basada en la autonomía de los contratantes, como ocurre precisamente en el contrato de concesión.

**Tribunal de Arbitramento - Centro de Arbitraje y Conciliación: Santiago de Cali 6 de mayo de 2019. Convocante: Carlos Alberto Solarte y otros en contra del Municipio de Popayán. Árbitros: Martha Lucía Becerra, Nicolás Gamboa Morales y Ernesto Villegas Duque**

En esta ocasión, el problema jurídico planteado es el siguiente: ¿Es procedente el restablecimiento del equilibrio económico en un contrato de concesión por hechos contrarios a la buena fe negocial por parte de la administración? Los hechos puestos en conocimiento del tribunal pueden resumirse como se muestra a continuación: entre las partes se suscribió un contrato de concesión vial (el contrato 001 de 1993), el cual tuvo diferentes modificaciones. Se resalta el cambio del mecanismo de recaudo a favor del concesionario, por medio del cual el contratista recibe el retorno de su inversión. Este acto jurídico sirvió de base para que la administración emitiera dos actos administrativos de liquidación del contrato como obra pública, según la teoría de mutabilidad contractual. La liquidación, bajo la modalidad de obra, implicó 1) el reconocimiento básico de una utilidad para el contratista y 2) la omisión de la etapa de reversión, propia del contrato de concesión; a través de la cual el concesionario recupera la inversión, con sus intereses y la correspondiente utilidad esperada.

Para resolver el problema jurídico planteado, el tribunal procedió a analizar el contrato de concesión, definido en el numeral 4.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. En el numeral citado, se identifican las siguientes características del contrato en mención: 1) implica una convención entre un ente estatal concedente y un concesionario; 2) la concesión se refiere expresamente a un servicio o uso públicos, los cuales pueden ser totales o parciales; 3) la entidad estatal puede ejercer control y vigilancia, facultades y obligaciones establecidas en los términos del artículo 365 constitucional<sup>18</sup>; y 4) el concesionario asume tanto el éxito o el fracaso de su gestión como la forma en que se establece el retorno de la inversión; por consiguiente, la remuneración establecida para el concesionario es un elemento esencial de la concesión, efectuado por medio de diferentes modalidades —tales como derechos de participación, tarifas, tasas, valorizaciones, contribuciones etc.— En consecuencia, la utilidad económica que persigue el concesionario no surge del precio pactado; sino del rendimiento de los recursos invertidos en la realización del objeto contractual.

Como conclusión del laudo, el Tribunal de Arbitraje reconoce la indemnización, a favor del concesionario, de las prestaciones económicas esperadas en la etapa de reversión, propia de los contratos de concesión; a título de daño emergente, capital invertido, lucro cesante e intereses moratorios —proyectados al tiempo en que debieron ser pagados—.

---

<sup>18</sup> “Artículo 365 constitucional: Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

## **Jurisprudencia del Consejo de Estado**

**Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Consejera Ponente Dra. Marta Nubia Velásquez, 19 de julio de 2018. Actor: Cámara Colombiana de Infraestructura; Demandado: Departamento de Antioquia**

Para este caso en particular, la discusión se concentra en el supuesto desequilibrio económico que genera la expedición y el cumplimiento de una serie de actos administrativos emitidos por el departamento de Antioquia, como entidad del orden territorial, para el reconocimiento del pago por hechos imprevistos en diferentes contratos. Así las cosas, el Tribunal explicó que el mandato para identificar los posibles riesgos, dispuesto por el artículo 4.º de la Ley 1150 de 2007<sup>19</sup>, consiste en la correcta distribución de los mismos entre las partes, de conformidad con la capacidad que se tiene para soportarlos. En consecuencia, la correcta y equilibrada asignación de riesgos consolida el principio de equidad contractual, el cual debe conservarse durante las diferentes etapas del contrato. Para el Alto Tribunal, resulta claro que las causas del desequilibrio económico excluyen el riesgo previsible asumido por las partes; sin embargo, ha de tenerse especial consideración cuando los asuntos relacionados con estos hechos presenten circunstancias desproporcionadas.

**Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Consejera Ponente Dra. Marta Nubia Velásquez, 13 de noviembre de 2018. Actor: Sales de Cartagena de Indias S. A.; Demandado: IFI Concesión Salinas y Álcalis de Colombia**

A pesar de que el Consejo de Estado no autoriza el reconocimiento económico de las prestaciones al concesionario, la Alta Corte, en este pronunciamiento, analizó la estructuración de riesgos en estos tipos contractuales, para concluir que la misma no debe ser desproporcionada. El riesgo que se le asigna en estos casos al contratista es aquel que es previsible, respecto del cual este puede ejercer medidas de mitigación y administración. En la mayoría de los casos, no se incluyen aquellos riesgos que hacen referencia a la mayor o menor utilidad en el negocio, según la TIR; tampoco aquellos que corresponden a factores externos no imputables al concesionario, tales como crisis inesperadas del mercado, cambios regulatorios y actos de autoridad de Estado —según la teoría del “hecho del príncipe”, establecida por la jurisprudencia misma del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, esto es: un acto administrativo general puede generar un perjuicio, no previsto al momento de originarse el contrato y en contra del contratista, afectándose, por extensión, el principio de equilibrio económico—.

---

<sup>19</sup> Artículo 4.º De la Distribución de Riesgos en los Contratos Estatales: “Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible involucrados en la contratación. En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”.

**Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Consejero Ponente Dr. Freddy Ibarra Martínez, 18 de noviembre de 2021. Actor: Mainco Ltda.; Demandado: Municipio de Medellín.**

Para este caso en particular, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo niega la prosperidad de las pretensiones del actor, en relación con los actos indemnizatorios para el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato. No obstante, el Consejo de Estado confirma las subreglas jurisprudenciales exigidas para el reconocimiento económico de dicho restablecimiento, las cuales pueden resumirse de la siguiente manera: 1) el acaecimiento de hechos imprevistos, imprevisibles e irresistibles, esto es: factores externos y ajenos a las partes; 2) el ejercicio de la voluntad de la administración, como parte suprema en la relación contractual; y 3) la expedición de una decisión estatal, con la capacidad para afectar situaciones propias de la relación negocial. Finalmente, el argumento concluye que, en ninguno de los casos, las circunstancias sobrevinientes podrán ser imputables a la parte que las reclama; en el sentido de que, siguiendo la máxima jurídica “nadie puede beneficiarse del dolo propio” (*venire contra factum proprium non valet*).

### **Conclusiones**

1. El equilibrio contractual es una categoría argumentativa de tipo axiológico, la cual surge de la evolución de la aplicación de la “buena fe contractual”. En sus inicios, este principio se presentó como la lealtad en la satisfacción misma de la prestación; posteriormente, la buena fe permeó toda la estructuración del derecho contractual; hoy en día, la buena fe orienta la distribución de cargas en el contrato y la intervención en el mismo, a través del reajuste equitativo de las prestaciones en análisis del criterio de previsibilidad del riesgo por las partes.
2. Como un valor jurídico, la buena fe ha sido relacionada, dentro del marco del derecho contractual, con los siguientes significantes: “lealtad”, “probidad”, “satisfacción”, “cumplimiento”, “transparencia”, “verdad”, “equidad”, “cooperación”, “solidaridad” y “remediación”. Todos estos significantes se hacen presentes, de manera expresa o tácita, en las diferentes etapas del contrato y sustentan la posibilidad de remediación del acuerdo a través de mecanismos sustentados que atienden a la equidad.
3. En la jurisprudencia arbitral, la aplicación del principio de buena fe contractual es identificada, en términos generales, con criterios de equidad, al catalogarse la asignación de riesgos en el contrato de concesión como genérica y no absoluta. Al mismo tiempo, la buena fe es vinculada con la confianza legítima de la administración y sus colaboradores, teniéndose en cuenta la autoridad del Estado frente al diseño e implementación de políticas públicas.

4. De otro lado, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, puede identificarse la viabilidad del reconocimiento del equilibrio contractual, fundamentada en criterios de equidad y proporcionalidad, frente a la ocurrencia del riesgo imprevisible —derivada del mercado, del orden público o de la autoridad; ocurrencia que siempre debe ser ajena a la culpa de quien la invoca—. Igualmente, dicho reconocimiento, como restablecimiento económico, suele presentarse al final de la ejecución del contrato, con factores de indexación y en razón al tiempo de duración del proceso judicial.
5. Como corolario de lo anterior, puede entenderse que la jurisprudencia arbitral sea más exigente al momento de intervenir el contrato; al mencionar conceptos tales como “debida diligencia” y “excesiva onerosidad” en la identificación de riesgos. En los laudos, se recalca una constante exigencia, a cargo de las partes, para ejercer un cuidado extremo en las diferentes etapas del contrato al momento de identificar los riesgos previsibles, mitigar los mismos y anticiparse a hechos que pudieran resultar extraordinarios. Esta última acción tiene una relación directamente proporcional con el conocimiento y grado de experticia de las partes del contrato.
6. La convocatoria a las partes hacia el arbitramento, establecida por el artículo 14 de la Ley de Infraestructura del Transporte (Ley 1682 del 2013) como método alternativo para la solución de conflictos, implica el desplazamiento de la jurisdicción contenciosa administrativa. No obstante, tal desplazamiento puede justificarse en la diferencia que existe, entre ambas jurisdicciones, en relación con los conceptos de “debida diligencia” y “excesiva onerosidad”. Por consiguiente, el arbitramento puede resultar un medio atractivo, ante la posibilidad de evitar adjudicaciones y reclamaciones caprichosas en proyectos o contratos estatales.

## Referencias bibliográficas

- Asamblea Nacional Constituyente – República de Colombia . (20 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional* n.º 116.
- Barbosa Verano, J. y Neyva Morales, A. I. (1992). *La teoría de la imprevisión en el Derecho Civil colombiano*. Editorial Jurídica Radar.
- Bundesrepublik Deutschland. (2022). *Bürgerliches Gesetzbuch*. <https://dejure.org/gesetze/BGB>
- Calderón Marengo, E. y Castro Marcenaro, D. (2019). Los principios UNIDROIT 2016 como Derecho Aplicable al Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías. *Revista Lex Mercatoria: Doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 10, 13-46. <https://doi.org/https://doi.org/10.21134/lex.vi.586>
- Congreso de la República de Colombia. Ley 80 de 1993 (28 de octubre), por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública . *Diario Oficial* n.º 41.094.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 518 de 1999 (4 de agosto), por medio de la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías hecha en Viena el once (11) de abril de mil novecientos ochenta (1980). *Diario Oficial* n.º 43.656.

- Congreso de la República de Colombia. Ley 1150 de 2007 (16 de julio), por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. *Diario Oficial* n.º 46.691.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1682 de 2013 (22 de noviembre), por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias. *Diario Oficial* n.º 48.987.
- Congreso de los Estados Unidos de Colombia. Ley 84 de 1873 (26 de mayo), Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. *Diario Oficial* n.º 2.867.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, República de Colombia. (3 de julio de 1993). Consulta sobre la interpretación y alcances de algunas cláusulas pactadas en varios contratos suscritos por el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras-HIMAT - Rad. n.º 526. [CP. Jaime Betancur Cuartas].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, República de Colombia. (16 de diciembre de 2000). Sentencia con número de radicado: 25000-23-26-000-2010-00260- 01(47997) Referencia: Acción de Controversias Contractuales (Apelación Sentencia). [CP. José Roberto SÁCHICA Méndez].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, República de Colombia. (19 de julio de 2018a). Sentencia con número de radicado: 05001-23-33-000-2013-01826- 00(57576). Referencia: Medio de Control de Nulidad (Apelación Sentencia). [CP. Marta Nubia Velásquez Rico].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, República de Colombia. (13 de noviembre de 2018b). Sentencia con número de radicado: 13001-23-31-003-1999-00319-01(55230). Referencia: Acción de Controversias (Apelación Sentencia). [CP. Marta Nubia Velásquez Rico].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, República de Colombia. (18 de noviembre de 2021). Sentencia con número de radicado: 05001-23-31-000-2006-03464- 01(52706). Referencia: Acción de Controversias Contractuales (Apelación Sentencia). [MP. Fredy Ibarra Martínez].
- Consejo de las Comunidades Europeas. (9 de agosto de 1993). Directiva 93/37 /CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 199, pp. 1-54.
- Departamento Nacional de Planeación. (29 de diciembre de 2000). *Seguimiento al documento Conpes 2895 de diciembre 18 de 1996* (Documento Conpes 3101). Bogotá. DNP. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3101.pdf>
- Departamento Nacional de Planeación. (3 de abril de 2001). *Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos* (Documento Conpes 3107). Bogotá. DNP. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3107.pdf>
- Departamento Nacional de Planeación. (3 de septiembre de 2001). *Modificaciones a la política de manejo de riesgo Contractual del estado para procesos de Participación privada en infraestructura Establecida en el documento conpes 3107 de abril de 2001* (Documento Conpes 3133). Bogotá. DNP <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3133.pdf>
- Consejo Nacional Legislativo. Ley 153 de 1887 (15 de agosto), por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. *Diario Oficial* núms. 7.151 y 7.152.
- Corte Constitucional de Colombia. (6 de junio de 1996). Sentencia C-250/96. [MP. Hernando Herrera Vergara].
- Corte Constitucional de Colombia. (9 de diciembre de 1996). Sentencia C-711/96. [MP. Fabio Morón Díaz].
- Corte Constitucional de Colombia. (1 de abril de 1998). Sentencia C-126/98. [MP. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, República de Colombia. (29 de febrero de 1936). Sentencia de Casación. [MP. Eduardo Zuleta Ángel].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, República de Colombia. (27 de marzo de 1998). Sentencia de Casación – Referencia Expediente n.º 4798. [MP. José Fernando].
- Dueñas Ruiz, O. J. (2009). *Lecciones de hermenéutica jurídica*. Universidad del Rosario - Facultad de Jurisprudencia.

- Facco, J. H. (2017). *Vicisitudes de la buena fe negocial: Reflexiones histórico-comparativas*. Universidad Externado de Colombia.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2018). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill Interamericana.
- Huergo Lora, A. (2017). El Riesgo Operacional en la Nueva Ley de Contratos del Sector Público. *Documentación Administrativa*, (4), 31-51. <https://doi.org/https://doi.org/10.24965/da.v0i4.10494>
- Hurtado de Barrera, J. (2010). *Metodología de la Investigación Holística*. Instituto Universitario de Tecnología Caripito; Sygal.
- Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). (2016). *Principios UNIDROIT —sobre los contratos comerciales internacionales—*. <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>
- Jiménez Gil, W. (2009). La teoría de la imprevisión ¿Regla o principio?. *Misión Jurídica*, 2(2), 17-49. <https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/400>
- Kořanov, L. (2003). Il carattere religioso-giuridico della “fides” romana nei secoli V-III a.C. sull’interpretazione di Polibio 6, 56, 6-15. In L. Garofalo (ed.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001* (pp. 333-346). Padova: CEDAM. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=515019>
- López Mora, M. E. (2019). *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*. Atelier.
- Neme Villarreal, M. L. (2006). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (11), 79-125.
- Núñez Iglesias, A. y Santos, F. J. (2005). *Código Civil Francés* (Edición bilingüe). Marcial Pons.
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (26 de febrero de 2014a). Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L P4, pp. 1-64.
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (26 de febrero de 2014b). Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L P4, pp. 65-243.
- Real Academia Española, Cumbre Judicial Iberoamericana ,Tribunal Supremo y Consejo General del Poder Judicial de España. (2022). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. <https://dpej.rae.es/>
- Scognamiglio, R. (1996). *Teoría general del contrato*. Universidad Externado de Colombia.
- Soto, C. A. y Mosset, J. (2009). *El contrato en una economía de mercado*. Pontificia Universidad Javeriana - Facultad de Ciencias Jurídicas.
- Tribunal de Arbitramento – Centro de Arbitraje y Conciliación – República de Colombia. (29 de noviembre de 2018). Laudo Arbitral. Convocante: Grupo Integrante de Transporte Masivo S.A., en contra de Metro Cali S.A. . *Árbitros: Antonio Pabón Santander, Adriana Polanía y Juan Carlos Henao Pérez*. Santiago de Cali.
- Tribunal de Arbitramento – Centro de Arbitraje y Conciliación - República de Colombia. (6 de mayo de 2019). Laudo Arbitral; Convocante: Carlos Alberto Solarte y otros en contra del Municipio de Popayán. *Árbitros: Martha Lucia Becerra, Nicolás Gamboa Morales y Ernesto Villegas Duque*. Santiago de Cali.
- Tribunal de Arbitramento – Centro de Arbitraje y Conciliación -República de Colombia. (6 de agosto de 2018). Laudo Arbitral. Convocante: Concesionaria Ruta del Sol SAS, Convocada Agencia Nacional de Infraestructura ANI. *Árbitros: Jorge Enroque Ibáñez Najar, Catalina Hoyos Jiménez, y Carlos Mauricio González Arévalo*. Bogotá.
- Tribunal de Justicia de Europa, Sala Primera. (13 de octubre de 2005). Asunto C-458/03: procedimiento entre Parking Brixen GmbH y Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG. Juez Ponente: Sr. Cunha, J. N.
- Zimmermann, R., & Whittaker, S. (2000). *Good faith in European Contract Law*. Cambridge University Press.