



Graduate School of Business (Rosario GSB)

Maestría en Contratación Pública y su Gestión

Restablecimiento del equilibrio económico en los Contratos de Concesión viales de 3°, 4° y 5° generación cuando su ecuación económica se ha visto alterada como consecuencia de sobrecostos asumidos por los subcontratistas de diseño, compra y construcción (EPC) contratados por los concesionarios para la ejecución de los respectivos proyectos

Presentado por:

Diego Felipe Guzmán Fajardo, James Danny Rodríguez Caicedo

Bogotá, D.C. 09 de febrero de 2024



Graduate School of Business (Rosario GSB)

Maestría en Contratación Pública y su Gestión

Restablecimiento del equilibrio económico en los Contratos de Concesión viales de 3°, 4° y 5° generación cuando su ecuación económica se ha visto alterada como consecuencia de sobrecostos asumidos por los subcontratistas de diseño, compra y construcción (EPC) contratados por los concesionarios para la ejecución de los respectivos proyectos

Modalidad: Estudio de caso

Presentado por:

Diego Felipe Guzmán Fajardo, James Danny Rodríguez Caicedo

Bajo la dirección de:

Julián David Parra Benítez

Bogotá, D.C. 09 de febrero de 2024

Contenido

Preliminares	2
Agradecimientos	3
Declaración de originalidad y autonomía	4
Declaración de exoneración de responsabilidad	5
Glosario	6
Resumen Ejecutivo	8
Palabras clave	11
<i>Abstract</i>	12
Introducción.....	14
1. Retos.....	16
2. Caso relevante	17
3. Marco Referencial	17
4. Análisis de elementos para superar el reto	22
4.1. Fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales que sustentan la reclamación	22
4.1.1. Principio de Transparencia - Contrato Espejo	26
4.1.2. Principio de Coligación Negocial	27
4.1.3. Función económica y social del contrato	35
4.1.4. Contrato EPC sometido a derecho privado	38
6. Conclusiones.....	42
Referencias bibliográficas	44

Preliminares

Agradecimientos

Agradezco a mi esposa por su generosidad con el sacrificio del tiempo en familia, a mis papás por su apoyo incondicional, a María Teresa Palacio por su tenacidad en la concepción de la Maestría, y finalmente a mis hijos: Ini y Mimón, porque hacen de esta vida mi edén en la Tierra.

Diego Felipe Guzmán Fajardo

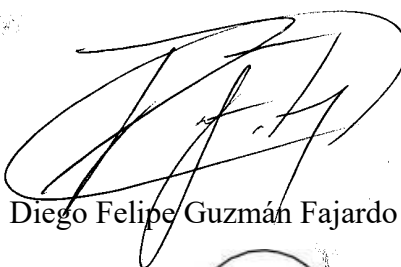
Agradezco profundamente a la Universidad del Rosario por brindarme el espacio y los recursos para llevar a cabo este trabajo de grado. Su compromiso con la excelencia académica ha sido inspirador en todo este proceso. A mis estimados docentes, les agradezco por su orientación, sabiduría y apoyo durante este proceso académico. A mis queridos hermanos, su aliento y motivación han sido un pilar fundamental en cada paso de este camino. Su apoyo incondicional ha significado mucho para mí. Y a mi mamá, mi gratitud infinita. Su amor, aliento y apoyo constante han sido mi mayor fortaleza.

James Danny Rodríguez Caicedo

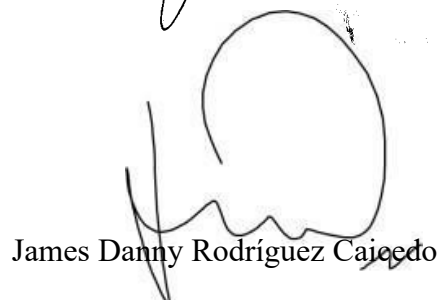
Declaración de originalidad y autonomía

Declaramos bajo la gravedad del juramento, que hemos escrito el presente Proyecto Aplicado Empresarial (PAE), en la propuesta de solución a una problemática en el campo de conocimientos del programa de Maestría por nuestra propia cuenta y que, por lo tanto, su contenido es original.

Declaramos que hemos indicado clara y precisamente todas las fuentes directas e indirectas de información y que este PAE no ha sido entregado a ninguna otra institución con fines de calificación o publicación.



Diego Felipe Guzmán Fajardo

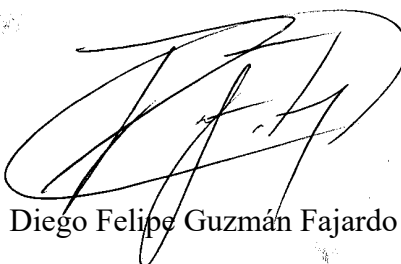


James Danny Rodríguez Cajedo

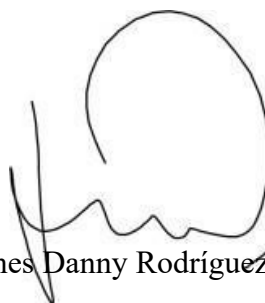
Firmado en Bogotá, D.C. el 09 de febrero de 2024

Declaración de exoneración de responsabilidad

Declaramos que la responsabilidad intelectual del presente trabajo es exclusivamente de sus autores. La Universidad del Rosario no se hace responsable de contenidos, opiniones o ideologías expresadas total o parcialmente en él.

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, overlapping loops and lines, positioned above the name.

Diego Felipe Guzmán Fajardo

A handwritten signature in black ink, featuring a large, rounded initial 'R' followed by a series of connected, flowing lines, positioned above the name.

James Danny Rodríguez Caicedo

Firmado en Bogotá, D.C. el 09 de febrero de 2024

Glosario

- **Contratación Estatal:** Se refiere al conjunto de normativas, procesos, y procedimientos que regulan la contratación que realizan entidades del Estado para adquirir bienes, servicios, o ejecutar obras. Esto se rige por principios de transparencia, economía, y selección objetiva de los contratistas.
- **Project Finance:** Es un modelo de financiación utilizado principalmente en grandes proyectos, como infraestructuras o proyectos de desarrollo. Se estructura considerando la viabilidad financiera del proyecto en sí mismo, separando los flujos de ingresos generados por el proyecto de los activos de la empresa que lo desarrolla.
- **Concesionario:** Es la entidad o empresa que recibe de una entidad pública (como un gobierno) el derecho a construir, operar, administrar o explotar un servicio público o una obra pública por un período de tiempo determinado, a menudo mediante un contrato de concesión.
- **Contrato EPC:** Un tipo de contrato utilizado comúnmente en proyectos de construcción e ingeniería, donde una entidad contratista se encarga de diseñar, adquirir materiales y construir una obra conforme a las especificaciones acordadas, asumiendo la responsabilidad por la entrega del proyecto completo.
- **Contrato Espejo:** Se refiere a un contrato que replica o refleja los términos y condiciones de otro contrato principal, generalmente se emplea para asegurar la coherencia en acuerdos relacionados o vinculados entre sí.
- **Epecista (EPC):** Es el contratista principal o empresa que asume el contrato EPC responsabilizándose del diseño, adquisición de materiales y construcción de un proyecto de ingeniería.
- **Coligación Negocial:** Se refiere a la interrelación o conexión entre varios contratos o acuerdos, en donde la ejecución o consecuencias de uno pueden influir directa o indirectamente en los demás contratos vinculados.
- **Restablecimiento económico del contrato:** Se refiere al proceso mediante el cual se busca mantener el equilibrio financiero de un contrato que ha sido afectado por circunstancias imprevistas o cambios significativos, permitiendo ajustes o modificaciones para preservar la equidad entre las partes.
- **Teoría de la imprevisión:** Reconoce la posibilidad de ajustar o modificar un contrato cuando circunstancias imprevistas, excepcionales o impredecibles alteran las condiciones

originales del contrato, generando un desequilibrio económico para una de las partes, lo cual permite una revisión del contrato para restablecer la equidad entre las partes.

- Hecho del príncipe: Se refiere decisiones de origen legal o administrativas que siendo ajenas al contrato, afectan su ejecución y economía, pues son imprevisibles y escapan al control de las partes, generando desequilibrios económicos.

Resumen Ejecutivo

Nombre del PAE	Restablecimiento del equilibrio económico en los Contratos de Concesión viales de 3°, 4° y 5° generación cuando su ecuación económica se ha visto alterada como consecuencia de sobrecostos asumidos por los subcontratistas de diseño, compra y construcción (EPC) contratados por los concesionarios para la ejecución de los respectivos proyectos
Información básica del proyecto	Cuáles serían los argumentos a exponer ante la Entidad Contratante, para solucionar la improcedencia en el restablecimiento de la ecuación económica del contrato estatal de concesión vial producto de los sobrecostos asumidos por el Contratista EPC, por cuanto (i) tales sobrecostos no encuentran un registro en la contabilidad del Concesionario, (ii) en virtud del principio de relatividad contractual los sobrecostos del Contratista EPC le resultan ajenos a la Entidad Estatal y, en todo caso, (iii) el Contrato EPC, al regirse por el derecho privado, le resulta aplicable el artículo 868 del Código de Comercio.
Aportes al caso de estudio o la solución de la problemática empresarial	El reto consiste en vislumbrar los argumentos que permitan reclamar ante una Entidad Estatal las alteraciones al valor del negocio de concesión como consecuencia y/o con ocasión de los sobrecostos asumidos por el Contratista EPC, lo cual resulta relevante para la contratación estatal en tanto y en cuanto si bien este último, bajo el principio de relatividad contractual, resulta ajeno a la Entidad Estatal, lo cierto es que su objeto resulta ser idéntico al acordado en el contrato de concesión en lo que a la construcción respecta, razón por la cual también propende por 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 a cambio de una contraprestación justa, equitativa y razonable.

El análisis llevado a cabo y la resolución de esta situación plantean un modelo para situaciones similares en el futuro. Los argumentos legales expuestos aquí se convierten en una guía potencial para el Concesionario al presentar reclamaciones ante la entidad concedente en casos donde se discutan sobrecostos del subcontratista constructor.

Este trabajo también ofrece la oportunidad de establecer parámetros claros para validar sobrecostos en contratos de concesión. Al definir con precisión los criterios bajo los cuales los sobrecostos pueden considerarse para restablecer la ecuación económica, se crea un estándar que podría ser aplicado en casos posteriores. Estos criterios proporcionarían una base legal y consistente para resolver disputas, aumentando la resolución de controversias a favor del subcontratista, quien al final es el perjudicado por los sobrecostos que no está en condiciones de soportar.

Además, la resolución de esta situación puede ayudar a prevenir futuras disputas al identificar áreas dentro de los contratos de concesión que podrían necesitar mayor claridad o especificidad. También se convierte en un análisis preventivo para evitar ambigüedades contractuales que podrían dar lugar a disputas en el tiempo, mejorando así los términos contractuales para beneficio de las partes involucradas.

Añádase a lo anterior que, dada la estructura financiera bajo la cual se conciben este tipo de contratos, además de aplicar un trato justo y equitativo a quienes deciden invertir en los mismos, se hace necesaria la protección de la inversión privada, en la medida en que, en la mayoría de los casos, al tratarse de proyectos de infraestructura de transporte multimillonarios, su

	<p>ejecución requiere de grandes aportes, lo que permitirá evitar prácticas que eventualmente sean concebidas como expropiatorias directas o indirectas e, incluso, procesos jurídicos onerosos que al final deban ser asumidos por la Nación.</p>
--	--

Palabras clave

- Contratación Estatal - H57: Gastos del Gobierno Nacional y Políticas Relacionadas – Adquisiciones.
- Ordenamientos jurídicos - K10: Estudios Jurídicos Generales
- Concesionario - L51: Economía de la Regulación. R42: Análisis de Inversiones Públicas y Privadas.
- Contrato EPC - L14: Relaciones Transaccionales; Contratos y Reputación; Redes.
- Contrato Espejo - D86: Economía de Contratos.
- Epecista (EPC) - L89: Otros Temas Relacionados con la Industria de la Construcción.
- Coligación Negocial - L14: Relaciones Transaccionales; Contratos y Reputación; Redes.

Abstract

Name of PAE	Reestablishment of the economic equilibrium of the 3rd, 4th and 5th generation road Concession Agreement when its economic equation is altered as a consequence and/or due to claims resulting from cost overruns assumed by the Epecistas.
General information of PAE	What would be the arguments to be presented to the Contracting Entity to solve the inappropriateness in the reestablishment of the economic equation of the state road concession contract as a result of the cost overruns assumed by the EPC Contractor, since (i) such cost overruns are not recorded in the Concessionaire's accounts, (ii) by virtue of the principle of contractual relativity, the cost overruns of the EPC Contractor are alien to the State Entity and, in any case, (iii) since the EPC Contract is governed by private law, Article 868 of the Code of Commerce is applicable to it.
Contribution for case study or solution at the problem	<p>The challenge consists in glimpsing the arguments that allow claiming before a State Entity the alterations to the value of the concession business as a consequence and/or on the occasion of the cost overruns assumed by the EPC Contractor, which is relevant for the State contracting as long as and inasmuch as although the latter, under the principle of contractual relativity, is alien to the State Entity, the truth is that its object is identical to the one agreed in the concession contract as far as the construction is concerned, reason for which it also aims at the fulfillment of the state purposes, the continuous and efficient rendering of the public services and the effectiveness of the rights and interests of the public in exchange for a fair, equitable and reasonable consideration.</p> <p>The analysis conducted and the resolution of this situation provide a model for similar scenarios in the future. The legal arguments presented here</p>

become a potential guideline for the Concessionaire when filing claims with the granting entity in cases where subcontractor overruns are under discussion.

This work also presents an opportunity to establish clear parameters for validating overruns in concession contracts. By precisely defining the criteria under which overruns may be considered to restore the economic equation, a standard that could be applied in subsequent cases is established. These criteria would provide a legal and consistent basis for resolving disputes, enhancing resolution in favor of the subcontractor, who ultimately bears the burden of overruns that they are unable to sustain.

Furthermore, resolving this situation may help prevent future disputes by identifying areas within concession contracts that might require greater clarity or specificity. It serves as a preventive analysis to circumvent contractual ambiguities that could lead to disputes over time, thus improving the contractual terms for the benefit of all involved parties.

Additionally, given the financial structure under which these types of contracts are conceived, in addition to applying fair and equitable treatment to those who decide to invest in them, it is necessary to protect private investment, to the extent that, in most cases, their execution requires large contributions, since these are multi-million dollar transportation infrastructure projects, their execution requires large foreign contributions, which will make it possible to avoid practices that may eventually be conceived as direct or indirect expropriations and even onerous legal processes that in the end must be assumed by the Nation.

RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VIAL DE 3º, 4º Y 5º GENERACIÓN CUANDO SU ECUACIÓN ECONÓMICA SE HA VISTO ALTERADA COMO CONSECUENCIA DE SOBRECOSTOS ASUMIDOS POR LOS EPECISTAS

Introducción

Los contratos de concesión conllevan colaboración entre el sector público y el sector privado para la ejecución de proyectos de infraestructura y la prestación de servicios públicos. Estos contratos son de largo aliento y se basan en el modelo "project finance", donde los inversionistas asumen la responsabilidad financiera y operativa de un proyecto, incluyendo su construcción y mantenimiento, a cambio de ingresos futuros derivados de la operación.

Un elemento en estos contratos es la figura del concesionario, que es la entidad privada encargada de gestionar la concesión y mantener una relación directa con la entidad estatal concedente. El concesionario, a su vez, suele subcontratar a proveedores, incluyendo aquellos encargados de llevar a cabo la construcción del proyecto.

Sin embargo, la complejidad de estos contratos puede dar lugar a desafíos significativos en la gestión de disputas; uno de los escenarios más comunes se presenta cuando el subcontratista enfrenta problemas imprevistos durante la ejecución, lo que puede resultar en sobrecostos, retrasos o perjuicios.

En ese orden, el subcontratista busca una compensación por el menoscabo patrimonial que ha sufrido y se dirige al concesionario, argumentando que estos sobrecostos son responsabilidad del proyecto en su conjunto, por lo cual deben ser compartidos. El concesionario, por su parte, puede

responder que se trata de un "contrato espejo", una figura que se utiliza en algunos contratos de concesión para reflejar las reclamaciones del subcontratista hacia la entidad concedente.

La problemática que se plantea en este trabajo radica en cómo superar el rechazo inicial de la Entidad Estatal Contratante en analizar las reclamaciones presentadas por el Concesionario cuando estas tengan por fundamento los sobrecostos asumidos por el Contratista EPC,

Consideramos que se trata de un campo importante para garantizar la continuidad de estos contratos de colaboración y promover la inversión privada en proyectos de infraestructura de interés público.

El caso que se estudiará corresponde al Laudo Ruta del Sol II –dado que, además del impacto social y divulgación que por **medios** masivos se difundió, lo que lo hace fácilmente llamativo, se encargó de analizar de forma concreta y casi que por primera vez en Colombia la relación que existe entre los sobrecostos del Epecista, el Concesionario y la Entidad estatal concedente–, mediante el cual el Tribunal consideró que no había lugar a reconocer los sobrecostos en que incurrió el consorcio, en la medida en que: (i) éste asumió riesgos considerables en el desarrollo del proyecto, en particular, los riesgos de construcción, los cuales le fueron transferidos por el Concesionaria en una dinámica que guarda similitudes con la transferencia de riesgos que originalmente tuvo lugar entre la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (la “ANI”) y el concesionario; y (ii) se trata de relaciones jurídicas independientes, sin que la ANI se encuentre obligada a reconocer sobrecostos de un contrato que le resulta ajeno.

Aquí se observa la compleja red de acuerdos y responsabilidades que caracteriza a los proyectos de concesión y sus implicaciones para las partes involucradas. Así las cosas, esta investigación pretende explorar cómo se gestionan y materializan los riesgos en proyectos de esta naturaleza, centrándose en el caso específico del proyecto Ruta del Sol II y su impacto en el consorcio y su Epecista.

El reto principal se basa en exponer los argumentos jurídicos que permitan que la reclamación sea estudiada por parte de la Entidad Estatal, debido a que si bien el Contrato EPC, bajo el principio de relatividad contractual, resulta ajeno a la Entidad Estatal, lo cierto es que su objeto resulta ser idéntico al acordado en el contrato de concesión en lo que a la construcción respecta, razón por la cual también propende por 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 a cambio de una contraprestación justa, equitativa y razonable.

El caso de estudio proporciona estos desafíos y una gran oportunidad para explorar soluciones que no solo beneficiarán a las partes involucradas en este proyecto en particular, sino que también pueden sentar las bases para una gestión de proyectos de concesión que a futuro se vuelvan más efectivas.

1. Retos

Consideramos que el reto consiste en cómo superar el rechazo por parte de la ANI de las reclamaciones presentadas por el Concesionario cuando están tengan por sustento los sobrecostos asumidos por el Contratista EPC, cuando la Entidad Estatal sostiene que (i) tales sobrecostos no encuentran un registro en la contabilidad del Concesionario, (ii) en virtud del principio de relatividad contractual los sobrecostos del Contratista EPC le resultan ajenos y, en todo caso, (iii) el Contrato EPC, al regirse por el derecho privado, le resulta aplicable el artículo 868 del Código de Comercio.

Afrontar estos retos requiere una argumentación amplia para efectuar la reclamación, a fin de establecer argumentos sólidos para la presentación de reclamaciones, de modo que se incluyan todos los sobrecostos pertinentes, aunque no estén inicialmente reflejados en los registros contables.

2. Caso relevante

Como se precisó al inicio de este proyecto, la situación que motiva esta investigación de grado se enmarca en los contratos de concesión vial de 3, 4 y 5 generación –los cuales resultan similares en lo que a la subcontratación del Contratista EPC respecta–. Si bien las alianzas entre entidades públicas y particulares son fundamentales para impulsar el desarrollo y la modernización de la infraestructura del país, estos proyectos, caracterizados por inversiones significativas y prolongados plazos de ejecución, presentan una serie de riesgos.

Un aspecto crítico es la transferencia de los riesgos, en particular el riesgo de construcción que asume el concesionario o el subcontratista de éste. Dicho riesgo conlleva una amplia gama de desafíos, como problemas técnicos imprevistos, condiciones climáticas adversas, retrasos en la entrega de materiales y mano de obra, entre otros. Estos factores pueden dar lugar a costos adicionales y retrasos en la ejecución, lo que puede afectar la viabilidad financiera del proyecto.

La transferencia de riesgos desde el concesionario hacia el EPC es una situación que se presenta para el éxito del proyecto. Esto implica la definición clara de las responsabilidades y obligaciones de cada parte en el contrato de concesión, así como la identificación de mecanismos para la gestión y resolución de conflictos en caso de problemas durante la ejecución.

Por consiguiente, se analizará cómo se materializan y gestionan los riesgos en proyectos de concesión teniendo de ejemplo el Laudo Ruta del Sol II y su impacto en el concesionario y el Epecista. Así las cosas, a continuación, se trae el problema objeto del presente trabajo: ¿Como reclamar el restablecimiento de la ecuación económica en un contrato estatal de concesión vial de 3, 4 y 5 generación cuando los sobrecostos fueron asumidos por el subcontratista?

3. Marco Referencial

El laudo arbitral del 6 de agosto de 2019 proferido por el Tribunal del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá que dirimió las controversias surgidas entre la sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. (el “Concesionario”) y la ANI en la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, relacionadas con, entre otras, el rompimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión –razón por la cual, el Concesionario pretendió el “*pago de todas las sumas que restablezcan el equilibrio económico del Contrato de Concesión*”–, excluyó del restablecimiento de la ecuación económica los sobrecostos asumidos por el Contratista EPC, CONSORCIO CONSTRUCTOR CONSOL.

Las sumas que, a juicio del Concesionario, debían ser reconocidas y pagadas por la ANI estaban compuestas por, entre otros conceptos, los sobrecostos asumidos por el Contratista EPC, tales como los mayores costos directos debido a la mayor depreciación de la maquinaria, los equipos y las plantas industriales de propiedad del Contratista EPC de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y los mayores costos de los maquinistas y operarios asociados a estos activos, derivados de la mayor permanencia en obra por causa de los Eventos Eximentes de Responsabilidad. Adicionalmente, Por los mayores costos de la maquinaria, los equipos y las plantas industriales alquilados por el Contratista EPC y los mayores costos de su personal directo especializado perteneciente al mercado laboral no flexible, debido a la pérdida de productividad en la ejecución de las obras.

Además, por los mayores costos de personal y logística, por los mayores costos de la Tasa Administrativa Central (TAC), por los mayores costos por concepto de la utilidad y el impuesto de IVA sobre dicha utilidad, por los intereses bancarios corrientes causados sobre los mayores costos de la maquinaria, los equipos y las plantas industriales alquilados por el Contratista EPC, así como los intereses moratorios causados sobre lo anterior y los intereses bancarios corrientes sobre los mayores costos incurridos

Pues bien, tal y como ya se advirtió, el Tribunal, al amparo de las reglas previstas en la Ley 1882 de 2018, consideró que los sobrecostos asumidos por el Contratista EPC que, a su vez, implicaron sobrecostos para el Concesionario, no podían serle reconocidos a este último en tanto no se veían

reflejados en la contabilidad del Concesionario, como si esa fuera la única prueba que permitiera demostrar el nexo causal del sobrecosto.

Además de confirmar y corroborar que los recursos invertidos por el Contratista EPC efectivamente se utilizaron para la satisfacción interés público, el Tribunal señala que la ley no obliga a la ANI a cubrir todas las erogaciones del Contratista y su Epecista Consol. El artículo 20 de la Ley 1882 exige reconocer costos, gastos e inversiones atribuibles al Contratista, es decir, la Concesionaria, no a Consol. Por tanto, el Tribunal afirmó que la ANI no tiene obligación legal sobre los costos de Consol.

El Tribunal aclara que la normativa solo aplica a los gastos de la Concesionaria, no a los de Consol. Si bien existe evidencia de sobrecostos no facturados a la Concesionaria, el reconocimiento de estos gastos debe seguir los procedimientos del contrato EPC para obligar a la Concesionaria. Igualmente, el laudo condiciona las obligaciones de la Concesionaria hacia Consol al resultado de este proceso, sin embargo, los mismos no fueron reconocidos ni pagados¹.

Entonces, a juicio del Tribunal, aquellos sobrecostos en que efectivamente hubiera incurrido el Contratista EPC en la ejecución de la Obra –que resulta ser la misma obra del Contrato de Concesión– no pudieron ser reconocidos por no haberse acudido a los mecanismos de reclamación

¹ A juicio del Tribunal, cuando la norma exige el reconocimiento de los costos, las inversiones y los gastos —ejecutados por el contratista, que es la Concesionaria, se refiere a las obras que a ella le hayan costado, que a ella le hayan generado obligaciones y que, en tal medida, se hayan reflejado en los respectivos registros contables de sus costos, sus inversiones y sus gastos. Pretender que el Estado deba asumir erogaciones del tercero Epecista, que es Consol, ciertamente estaría por fuera de lo dispuesto en la referida disposición.

En el expediente existe suficiente evidencia de unos sobrecostos en los que incurrió Consol, que no fueron facturados a la Concesionaria, cuyo reconocimiento tenía que pasar por los mecanismos de reclamación previstos en el Contrato EPC para que generaran obligaciones en cabeza de la Concesionaria. Estos sobrecostos por gastos e inversiones fueron ampliamente informados por varios de los testigos que fueron llamados al Proceso. De ellos hablan los testimonios de Mauricio Millán¹, de Alberto Mariño¹ y de Iván Pinto¹, entre otros.

(...)

También explicó que el Acuerdo de Terminación y las valoraciones que se hicieron con posterioridad tenían unas sumas diferentes de CAPEX, y que en relación con las demandas presentadas la Concesionaria y Consol habían llegado a acuerdos en virtud de los cuales la Concesionaria demandaría a la ANI (en este proceso) y, de salir victoriosa –y solo en ese evento–, reconocería los sobrecostos en que incurrió Consol. En definitiva, las obligaciones de la Concesionaria a favor de Consol por el pago de dichos costos, inversiones y gastos, estarían condicionadas a lo que se decida en este laudo y, en tal medida, la Concesionaria no las ha causado y mucho menos pagado.” (Negrillas y subrayas fuera del texto)

previstos en el Contrato EPC, como si ese solo hecho determinara la existencia o no de los mentados sobrecostos.

Adicionalmente, reprocha el Tribunal que el Concesionario hubiera acordado que solamente reconocería al Contratista EPC los sobrecostos incurridos allí cuando hubiere salido victorioso del proceso arbitral, lo cual desconoce el verdadero alcance del “contrato espejo” –como se explica más adelante–.

En el mismo laudo arbitral, pese a reconocer la efectiva construcción de obras adicionales a las contempladas en el Contrato de Concesión por parte del Contratista EPC, se insistió en que, al no registrarse ese costo o esa inversión o ese gasto en la contabilidad del Concesionario, tales sobrecostos no pudieron ser reconocidos. De igual forma, las obligaciones hacia la Concesionaria tampoco surgirán en el futuro a menos que el Tribunal, en su decisión, reconozca los costos, gastos e inversiones relacionados con esas obligaciones.

El laudo bajo estudio sostiene que el Contratista EPC, al ser un sujeto de derecho distinto al Concesionario e independiente, en virtud del principio de relatividad contractual², debió demandar al Concesionario para obtener el reconocimiento de los sobrecostos, lo cual, a nuestro juicio, además de suponer una dificultad práctica, toda vez que, bajo esa tesis, por cada sobrecosto que se genere el Contratista EPC debe presentar una demanda –con todo lo que ello implica, honorarios de abogados, costos de peritajes, etc.–, desconoce la realidad comercial surgida entre las partes

² Sobre el principio de relatividad contractual, en el laudo arbitral proferido el 8 mayo de 2018 para resolver la controversia suscitada entre KMA **CONSTRUCCIONES S.A** y **CICON S.A.S.** contra FIDUCIARIA **BOGOTÁ S.A.**, se estableció: “*Podría argumentarse que la obligación del Municipio consagrada en el Convenio Interadministrativo 063 (numerales 3 y 5 de la cláusula 4ª), se hace igualmente extensiva al contratista ya que por consiguiente, éste también sería responsable por esa omisión. Pero el Consorcio era ajeno a ese acuerdo de voluntades tripartito y no estaba obligado a conocer su contenido, razón por la cual no le puede ser oponible, habida cuenta del principio de relatividad de los contratos*”. (Negrilla fuera de texto)

En ese mismo orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia el 8 de agosto de 2016, hizo alusión al artículo 1602 del Código civil e indicó sobre el principio de relatividad de los contratos que los efectos legales de un acuerdo solo afectan a las partes que participaron en su formación. Esto significa que las declaraciones de voluntad solo tienen validez legal entre aquellos que otorgaron su consentimiento para formar el contrato. Es decir, este principio restringe los derechos y obligaciones generados por un contrato únicamente a las partes que contribuyeron con su consentimiento, sin extender estos efectos a terceros ajenos al contrato. (Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de agosto de 2016. Rad No. 08001-31-03-013-2011-00213-01. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona).

basada justamente en la coligación comercial evidenciada con la suscripción del “contrato espejo”, a saber:

*“Llama la atención que Consol, siendo un sujeto de derecho distinto de la Concesionaria, en su condición de Consorcio, haya anotado en sus Estados Financieros que los sobrecostos de las obras solo le serían reconocidos en caso de que la reclamación contra la ANI que dio origen al presente litigio llegare a prosperar. Un Epecista independiente, **seguramente habría demandado a la Concesionaria sin importar la decisión de esta última de presentar reclamaciones al Estado** e incluso con independencia de que las reclamaciones resultaran exitosas.”* (Negrillas y subrayas fuera del texto)

De otra parte, si bien es cierto que, a la luz del “contrato espejo” suscrito entre el Concesionario y el Contratista EPC, este último asumió los mismos riesgos que el Concesionario asumió en virtud del Contrato de Concesión, ello no implica, de ninguna manera, que por no haberse reflejado en los estados financieros del Concesionario los sobrecostos incurridos por el Contratista EPC en la ejecución de la Obra éstos no puedan ser susceptibles de reconocimiento por parte de la Entidad Estatal, pues una cosa es la transferencia de los riesgos –lo que conlleva a que deba demostrarse que los sobrecostos desbordaron el alea normal de los riesgos asignados–, y otra cosa muy distinta es la prueba sobre el nexo causal del sobrecosto, como erróneamente lo advirtió el Laudo arbitral *sub examine*, al afirmar que la responsabilidad por los mayores costos asociados a las obras recae en el Epecista, quien asumió específicamente estos riesgos.

A consideración del Tribunal el contrato EPC era un acuerdo de precio global fijo, cuyos riesgos y costos adicionales debían ser cubiertos por el Epecista. Aunque existieran cláusulas de reclamo y circunstancias extraordinarias en el contrato, estas condiciones se sujetaban a procedimientos contractuales, y se había acordado previamente que la Concesionaria no asumiría los costos adicionales incurridos por el Epecista en caso de falla en los mecanismos contractuales.

En resumen, el Tribunal reconoce que hay obras cuyos riesgos se trasladaron al Epecista, excluyendo así cualquier reconocimiento económico adicional por parte de la ANI hacia la Concesionaria, ya que estos costos no fueron asumidos ni generados por la Concesionaria.

Una vez expuesto el marco referencial que da lugar el presente escrito, en los siguientes capítulos se expondrá nuestra posición a efectos de vislumbrar una solución diferente que reconozca las realidades comerciales en la ejecución de este tipo de proyectos.

4. Análisis de elementos para superar el reto

En esta sección, analizaremos en detalle los elementos para superar el reto y cómo puede contribuir a resolver esta problemática empresarial en proyectos de concesión.

4.1. Fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales que sustentan la reclamación

El artículo 5 de la Ley 80 de 1993³ contempla, entre otros, los derechos de los contratistas que, en relación con el equilibrio de la ecuación económica, dispuso que dicha ecuación podría verse afectada por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas, caso en el cual debería restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

Consecuencia directa del derecho previsto en primer inciso del numeral 1° del precitado artículo 5: *“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”*.

³ ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:

1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

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

En armonía con lo anterior, en el numeral 8 del artículo 4 de esa misma Ley 80⁴ consagra el deber de las Entidades Estatales de mantener inalterada la ecuación contractual durante el desarrollo y ejecución el contrato.

No cabe duda pues sobre la concepción acerca de la figura del equilibrio económico de los contratos estatales que trae la mencionada Ley 80, en tanto propende por la necesidad de mantener las condiciones existentes al momento de la celebración del respectivo Contrato.

En ese mismo orden de ideas, el artículo 27 de la anotada Ley 80, al regular la figura de la ecuación contractual, determina, que “[e]n los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso”.

A lo cual añade que “[s]i 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”.

En este punto conviene explicar la relación que existe entre la satisfacción de los fines estatales y el equilibrio económico de los contratos estatales, por cuanto el referido artículo 4° de la Ley 80 señaló con total precisión que los deberes de éstas –incluida la adopción de *“las medidas necesarias durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer (...) o de contratar”*–, están previstos para la consecución de los fines estatales⁵.

⁴ 8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

⁵ Artículo 3 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

En consecuencia, el motivo fundamental del contrato es satisfacer las necesidades colectivas y generales, en las que colaboran aquellos que contratan con la administración, aunque su intención inicial sea obtener un beneficio económico. En otras palabras, el contrato busca cumplir un propósito de interés general, siendo un instrumento empleado por la administración pública para alcanzar los objetivos estatales, apoyándose en la colaboración de contratistas privados que buscan un beneficio económico como retribución por cumplir con el objeto contractual⁶.

Es precisamente esta compensación justa y razonable la que equilibra el interés público de la administración al contratar y el interés individual de los colaboradores privados que suministran bienes y servicios para contribuir con los objetivos contractuales. Por consiguiente, mantener el equilibrio financiero al momento de la celebración del contrato es fundamental en la contratación pública, garantizando así tanto el interés público como la justa compensación para los contratistas, basada en principios de justicia, equidad y protección del patrimonio público⁷.

Por su parte, la doctrina extranjera define el equilibrio financiero del contrato como “... *relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes.*”⁸.

Es importante resaltar que la jurisprudencia ha diferenciado las múltiples causales de la ruptura del equilibrio económico, dependiendo de origen fáctico de la alteración económica.

Según el Consejo de Estado, la ruptura del equilibrio económico-financiero implica la alteración del intercambio funcional acordado al inicio del contrato. Esto puede deberse a decisiones soberanas del Estado, a una de las partes que tiene superioridad en la relación contractual, o a

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

⁷ Arts. 230, 58 y 13 Constitución Política.

⁸ MARIENHOFF, Miguel. “Contratos Administrativos Teoría General.” En tratado de Derecho Administrativo. Tomo III –A.4. Cuarta Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot. Pag. 469.

circunstancias imprevistas que afectan la economía del contrato, incluso si eran previsibles, pero con efectos imprevistos, como cambios en los precios, y que no son atribuibles a las partes.

Por su parte, el incumplimiento contractual se origina en la conducta ilegal de una de las partes, que va en contra de las obligaciones del contrato y causa daño a la otra parte, quien no está obligada a tolerarlo. Esto puede llevar a la ejecución forzada de la obligación o a la terminación del contrato, y en ambos casos, a la compensación integral por daños patrimoniales (daño material y pérdida de beneficios) y extrapatrimoniales, si se prueban durante el proceso, como lo establece la Constitución (en el caso de incumplimiento por entidades estatales) y el Código Civil.⁹

En consecuencia, todas aquellas circunstancias que lleguen a afectar la ecuación económica del contrato por causas no imputables al concesionario y que hagan más oneroso su cumplimiento, deben ser reestablecidas por la Entidad Estatal. Es por esto que se han desarrollado distintas teorías del derecho a fin de restablecer los perjuicios ocasionados por Entidades Estatales:

- Teoría de la imprevisión: Supone que la anotada ruptura ocurra por hechos imprevisibles y ajenos a las partes, que alteren de forma grave y sustancial la ecuación financiera, haciendo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones contraídas, sin que la ocurrencia de tales hechos conduzca a la imposibilidad en la ejecución del contrato.

Teoría del hecho del príncipe: Dentro las varias circunstancias que pueden llegar a afectar la ecuación económica del contrato se encuentran las actuaciones provenientes de la Administración, que, si bien no se enmarcan dentro de la responsabilidad contractual por el incumplimiento de sus obligaciones, si dan lugar a reconocimientos económicos a favor de la parte afectada que buscan restablecer el balance económico que surgió al momento de contratar.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección A, Sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Becerra.

De esta manera, bajo la teoría del “*hecho del príncipe*” se rompe el equilibrio económico del contrato por una actuación legítima de la Administración –pero no en su condición de parte del contrato– al expedir medidas de carácter general y abstracto, imprevistas y posteriores a la celebración del contrato, haciendo más gravoso el cumplimiento del contrato por parte del contratista, dándole derecho a este último a una indemnización integral que contemple los mayores costos, la utilidad dejada de percibir y todos aquellos perjuicios que sufra con ocasión de la expedición de la anotada medida general.

4.1.1. Principio de Transparencia - Contrato Espejo

El principio de transparencia permea las relaciones contractuales que se encuentran en una situación de conexidad, esto es, que a pesar de celebrarse distintas relaciones negociales, todas propenden por la consecución de una misma finalidad y, por ende, se encuentran ligados entre sí.

De ahí que los mismos sean denominados por la doctrina o jurisprudencia como “*contratos espejo*” o se realicen menciones al principio de “*transparencia*” o “*back to back*”, precisamente por cuanto lo ocurrido en dichos contratos repercute en los demás.

Sobre este tipo de contratos, la justicia arbitral ha aclarado que, la conexidad contractual, en un sentido amplio, se refiere al fenómeno en el cual varios contratos individuales establecen una relación de dependencia, vinculación o influencia entre ellos. Aunque cada contrato tiene un propósito individual, todos ellos, considerados en conjunto, buscan la realización de una operación unitaria de índole jurídico-económica.

Cuando se cumplen los requisitos de pluralidad de contratos y el vínculo entre ellos, se configura una situación de conexidad contractual que puede tener diversos efectos jurídicos, siendo fundamental destacar el denominado efecto espejo. Este efecto implica que los hechos que afectan a un contrato repercuten de manera idéntica o simétrica en otro contrato de la red contractual establecida. Esta dinámica se manifiesta claramente cuando los eventos que impactan un acuerdo

negocial afectan correlativamente a otros contratos, debido a la existencia de vasos comunicantes entre ellos.

Esta tipología de efectos se reconoce especialmente en situaciones donde se celebra un contrato para ejecutar una obra que ya había sido previamente contratada con otro sujeto, como en el caso de subcontratos. En estas circunstancias, existe una relación de dependencia unilateral, y si algo afecta al contrato principal, ello se irradia a los demás contratos en la esfera comunicacional establecida. Este principio también se aplica al contenido contractual en sí mismo.¹⁰

En ese sentido, el principio de transparencia o “*back to back*” tiene como efecto que una determinada Parte en una relación contractual coligada a otra principal, asuma los derechos y obligaciones en la misma forma prevista en el contrato principal, de tal forma que sea posible cumplir la finalidad para la cual fue celebrado. Así mismo, el referido principio implica que la afectación a los contratos inmersos en dicha relación de conexidad se replique a todos por igual.

4.1.2. Principio de Coligación Negocial

Sobre el principio de coligación negocial, el Consejo de Estado en Sentencia de septiembre 10 de 2014 hizo referencia a este concepto legal que, aunque no está explícitamente definido nuestro ordenamiento jurídico, está ganando terreno en las prácticas contractuales. Esto sucede porque las nuevas dinámicas comerciales lo demandan, denominado como coligación funcional, o porque las partes deciden de manera consciente y voluntaria adoptar esta modalidad, conocida como coligación convencional o pactada¹¹.

¹⁰ Laudo Arbitral del primero (1) de septiembre de dos mil once (2011). Tribunal de arbitramento Aguirre Monroy Asociados LTDA y Constructora TAO LTDA contra Autopistas del Café S.A. y Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. - Fideicomiso Autopistas del Café.

¹¹ “La coligación negocial puede depender directamente de la estructura y de la función del fenómeno, tal como resulta disciplinado de manera típica por el ordenamiento (y se habla en ese caso de coligación necesaria), o puede estar prevista y regulada de manera convencional (y en tal caso se habla de coligación voluntaria)”. BIGLIAZZI GERI. Lina; BRECCIA. Humberto; BUSNELLI. Francisco D.; NATOLI. Ugo. “DERECHO CIVIL. HECHOS Y ACTOS JURIDICOS”. Traducción Fernando Hiestrosa. Universidad Externado de Colombia. 1995, Tomo I. Vol. II, pág. 942.

En esta providencia, el Consejo de Estado señaló que a pesar de la falta de consenso sobre la definición, características, efectos o alcances de esta figura, es relevante mencionar a algunos expertos como Francesco Messineo. En su obra "DOCTRINA GENERAL DEL CONTRATO", Messineo aborda el tema bajo la designación de "contratos recíprocos" o "contratos vinculados", explicando que *en que se estipulan entre las mismas partes dos contratos en relación de dependencia mutua (interdependencia), en el sentido de que la ejecución (o validez) del uno queda subordinada a la ejecución (o validez) del otro (...)*¹². Es decir, la cualidad distintiva de los contratos recíprocos, es que, a pesar de ser independientes, están interrelacionados, pues uno se constituye a partir del otro, y surge de la intención de las partes, quienes perciben ambos contratos como una unidad económica.

Adicionalmente, los contratos vinculados hacen referencia a la subordinación unilateral de un contrato respecto del otro¹³ los cuales se clasifican en dos categorías; una vinculación genética o a una vinculación funcional. La primera, la "vinculación genética", es cuando un contrato impacta la formación de otro u otros contratos, como en el caso de contratos preliminares que conducen a contratos definitivos, o contratos de coordinación que generan otros derivados. A su turno, la "vinculación funcional", ocurre cuando un contrato adquiere relevancia influenciando el desarrollo de la relación originada en otro contrato, pudiendo ser unilateral o recíproca. Esta relación subordinada puede condicionar la validez o ejecución de un contrato sobre otro, estableciendo una subordinación jurídica.¹⁴

De igual manera, el Consejo de Estado citó al doctrinante Francesco Galeano, quien afirmó que el vínculo contractual entre diferentes actos jurídicos se configura cuando se trata de *“una pluralidad*

La coligación es voluntaria cuando “resulta de la intención específica de las partes”, es funcional cuando los contratantes individuales “persiguen un interés inmediato, que es instrumental, con relación al interés final de la operación”; dicho interés, a su turno, “concorre a determinar la causa concreta del contrato”. MASSIMO. Bianca, “Diritto civile”. 3. Il contratto, cit. 455. Tomado de Lina Bigliuzzi Geri, Humberto Breccia, Francesco D. Busnelli y Ugo Natoli. Derecho civil. Tomo I, Volumen II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, pág. 942.

¹² MESSINEO. Francesco. “Doctrina General del Contrato”. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1.952. Traducción F. O. Fontarrosa, S. Sentis Melendo, M. Voltera. Págs. 402 y 403.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ (43) Conforme Casación, 8 de agosto de 1946, en MFI, 1946, n. 1129, col. 259.

coordinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación unitaria y compleja”¹⁵. Y para Bianca Massimo¹⁶

(...)los contratos coligados son “aquellos contratos respecto de los cuales existe un nexo de interdependencia (119)”¹⁷. Indica también que la coligación contractual puede ser voluntaria o funcional, “se dice voluntaria cuando se prevé específicamente, es decir cuando así resulta de la intención específica de las partes, de modo que se subordina la suerte de un contrato a la de otro (120)¹⁸. Y se dice funcional cuando resulta de la función unitaria que se persigue, esto es cuando las varias relaciones negociales a las que se ha dado vida tienden a realizar un fin práctico unitario. En tal caso, cada contrato en particular persigue un interés inmediato, que es instrumental respecto del

¹⁵ “Francesco Galgano. El negocio jurídico. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 114.

En la doctrina francesa, en la que se aborda esta temática con arreglo a la expresión ‘grupo de contratos’, el autor B. Teyssie, sintéticamente, pone de relieve que “...si varios contratos tienen un mismo objeto o si ellos participan en la realización de un fin común, por manera que poseen una misma razón de ser, constituyen un verdadero grupo”. Les groupes de contrats, Paris, 1975.

La citada doctrina, también se pronuncia a favor de la causa como criterio determinante de los grupos de contratos. “Prolongando la concepción clásica de la causa, la doctrina contemporánea ha pensado en utilizar la noción de causa de la obligación para justificar un vínculo jurídico entre dos contratos que estén relacionados económicamente. Este vínculo jurídico manifestaría una interdependencia entre esos contratos en tal forma que cuando uno llegara a no existir o se extinguiera, el otro a su vez debería desaparecer. En efecto, cada uno de estos contratos puede considerarse como la causa del otro, de la misma manera que en un contrato sinalagmático, la existencia y la ejecución de la obligación de una de las partes es la causa de la obligación de la otra parte. Más concretamente, en cuanto a las partes de estos contratos se trata de realizar una operación económica que supone la celebración de contratos, no entre las mismas personas, sino entre personas diferentes, ya que una de ellas es parte en los dos contratos”. Christian Larroumet. Teoría general del contrato, Vol. I, Temis, Bogotá, págs. 375 y 376”.

Tomado de Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia del 25 de septiembre de 2007. Exp. 11001-31-03-027-2000-00528-01.

¹⁶ MASSIMO. Bianca. “Derecho Civil 3 el contrato”. Traducción Fernando Hinestrosa, Edgar Cortés. Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 502.

¹⁷ “¹¹⁹ En jurisprudencia cfr., por ej., Cas. 1007, 12 de febrero de 1980, en GI1981, 1, 1, 1537: las partes en el ejercicio de su autonomía contractual pueden dar vida, con un solo acto, a diversos y diferentes contratos que, aun si mantienen la individualidad propia de cada tipo negocial y aun permaneciendo sometidos a la disciplina respectiva, pueden resultar coligados entre ellos, funcionalmente y en un estado de dependencia recíproca, de modo que las vicisitudes de uno repercuten en los otros, para condicionar su validez y ejecución”.

¹⁸ “¹²⁰ Cas. 4645, 27 de abril de 1995, en Gciv. 1996, 1, 1093, con nota de CHINÈ, designa como voluntaria la coligación que es expresión de la autonomía privada, a diferencia de la coligación legal. la coligación contractual puede resultar tipificada legislativamente, como en el caso del subarriendo, o puede expresión de la autonomía negocial; en este último caso se configura como un mecanismo por cuyo trámite las partes persiguen un resultado económico unitario y complejo, no por medio de un contrato individual, sino por medio de una pluralidad coordinada de contratos, cada uno de los cuales, aun conservando una causa autónoma, hace parte de un reglamento unitario de intereses. El subcontrato escapa, por lo demás, a la noción propia de coligación contractual (n.º 402)”.

interés final de la operación (121)19; interés final que concurre a determinar la causa concreta del contrato toda vez que es ese el interés que el contrato pretende satisfacer (122)”²⁰.

Entonces, el Consejo de Estado en la mencionada sentencia concluye que a partir de diversas perspectivas, el principio de coligación negocial requiere para su existencia al menos dos elementos estructurales. Estos son la presencia de dos o más contratos y el nexo entre ellos. Este nexo, aunque los vincula, no fusiona los contratos en un único negocio jurídico, preservando así la naturaleza y autonomía de cada uno. Por consiguiente, cada contrato conserva su identidad individual y se rige por las normativas legales que le son aplicables.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 9 de junio de 2021 expresó que la conexidad negocial, utilizada como herramienta que permite a las partes desarrollar una operación económica compleja, implica la existencia de varios contratos claramente diferenciados, ya sean típicos o atípicos, los cuales conservan su individualidad y no mantienen una relación de dependencia entre sí. Es fundamental establecer con claridad la tipología contractual, definiendo los distintos acuerdos de voluntades que la componen. Esto facilitaría la resolución de futuras controversias, determinando si se refieren a un contrato en particular o a varios, así como su impacto o repercusiones en la operación económica conjunta.²¹

¹⁹ “¹²¹ Es necesario poner de presente que en algunas máximas de la jurisprudencia la noción de coligación funcional se identifica con la interdependencia misma de los negocios. Esta noción se contrapondría a la de coligación ocasional, entendida como la simple pluralidad de contratos que nacen del mismo acuerdo. Cfr. Cas. 4291, 2 de julio de 1981, en FI 1982, I, 467: la coligación se debe considerar meramente ocasional cuando las declaraciones individuales, estructural y funcionalmente autónomas, están reunidas solo casualmente, manteniendo la individualidad propia de cada tipo negocial en el que se encuadran, de tal manera que su unión no influye, por lo general, en la disciplina de los negocios individuales en que se sustancian. Por el contrario, la coligación es funcional cuando los diferentes y distintos negocios, a los que las partes dan vida en ejercicio de su autonomía contractual, aun conservando la individualidad propia de cada tipo negocial, están concebidos y queridos como ligados teleológicamente por un nexo de interdependencia recíproca, de tal forma que las vicisitudes del uno deben repercutir sobre el otro, para condicionar su validez y eficacia.”

²⁰ “¹²² Una referencia explícita al elemento de la causa en TEYSSIE. Ob. cit., 33,156”.

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de junio de 2021. Radicación No. 11001-31-03-001-2017-00213-01. M.P.: Octavio Augusto Tejeiro Duque.

Dada la conexión que existe entre el Contrato de Concesión y el Contrato EPC, y más allá de pretender calificar dicha dependencia como funcional o existente por autonomía de la voluntad de las partes (en los términos explicados en las decisiones judiciales transcritas), queda en evidencia que, según lo anunciado, existe una coligación entre el Contrato de Concesión y el Contrato EPC, ya que, existe un ligamen de dependencia entre uno y otro.

Dicha coligación no está llamada a ser una categoría meramente conceptual o doctrinal que busque simplemente explicar o describir relaciones negociales. Todo lo contrario, el que se pueda determinar que se está en presencia de una coligación de contratos genera importantes y útiles efectos jurídicos, toda vez que esta condiciona asuntos de suma relevancia como lo son la interpretación, validez, ejecución, análisis y aplicación de las normas contractuales y legales entre otras.

Así, no en pocas ocasiones las decisiones judiciales y arbitrales han echado mano de dicho concepto, para efectos de desencadenar importantes consecuencias jurídicas (muchas veces indemnizatorias). En la controversia entre Automotora Nacional S.A. - Autonal S.A.- contra Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. -Sofasa S.A, el Tribunal de Arbitramento afirmó que la coligación de contratos puede referirse al impacto de uno en la realización de otro, como en el caso de un contrato de promesa y su contrato prometido (coligación genética), o al desarrollo de la relación originada en otro contrato, conocido como coligación "funcional". Además, adujo que las implicaciones de esta coligación son diversas. Aspectos como la interpretación, la efectividad y el cumplimiento de los contratos involucrados deben ser analizados no individualmente, sino en relación con su conexión, como en los casos en que el incumplimiento de un contrato coligado justifica la resolución del otro, la ineficacia de uno podría llevar a la extinción del otro. La interpretación de un contrato debe considerar la existencia y el propósito de los demás, entre otros aspectos.²²

²² Laudo del 25 de abril de 2017. Tribunal de Arbitramento, Automotora Nacional S.A. - Autonal S.A.- contra Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. -Sofasa S.A.-. Árbitros: Guillermo Zea Fernández, Sergio Muñoz Laverde y Fernando Pabón Santander.

Similares precesiones se consignaron en el laudo arbitral que dirimió las controversias surgidas entre Canacol Energy Colombia S.A. – CECOSA y el Oleoducto Bicentenario de Colombia S.A.S. – OBC. En esta oportunidad el Tribunal señaló que la coligación contractual se da cuando varios contratos, independientes al inicio, se celebran con un propósito común que va más allá de sus intereses individuales. La clave es definir cuándo y bajo qué circunstancias se establece esta coligación entre los contratos, cuyo surgimiento se da cuando las partes, a través de múltiples contratos considerados individualmente, buscan un objetivo superior, ya sea práctico o económico, que solo puede lograrse mediante la operación conjunta y coordinada de estos contratos. Por lo tanto, cuando se enfrenta a la coligación contractual, el juez debe interpretar el conjunto de contratos de manera holística y armónica, no solo uno particular. Pasar por alto el propósito final y otros contratos sería ignorar la verdadera intención de las partes al analizar el contrato.²³

Pues bien, viendo que la coligación negocial reviste importantes efectos a la hora de analizar y determinar las condiciones de ejecución de un contrato, cabe ahora determinar la importancia de dicha situación para el caso objeto de este documento.

Así, el hecho de que exista coligación negocial entre el Contrato de Concesión y el Contrato EPC impone relevantes efectos a tener en cuenta, como lo son el hecho que, para dar cumplimiento con las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión y el Contratista EPC debieron incurrir en sobrecostos para llegar a los resultados requeridos. El fin en ambos contratos es la ejecución de las intervenciones establecidas en el Contrato de Concesión, lo cual, como ya se advirtió, generó gran cantidad de impactos económicos negativos para el Contratista EPC.

Y en la medida en que las vicisitudes del Contrato de Concesión condicionaron la ejecución del Contrato EPC, por la existencia de la coligación ya puesta de presente, la Entidad Estatal estará

²³ Laudo del 28 de marzo de 2019. Tribunal de Arbitramento, Canacol Energy Colombia S.A. – CECOSA contra Oleoducto Bicentenario de Colombia S.A.S. – OBC.. Árbitros: Álvaro Mendoza Ramírez, Arturo Solarte Rodríguez y César Julio Valencia Copete.

llamada a responder por los perjuicios que el Contratista EPC han padecido por los sobrecostos en los que incurrieron, sin que los mismos deban ser asumidos por estos.

Es decir, la coligación negocial resulta útil en este caso, ya que permite determinar el alcance o extensión de la responsabilidad de la Entidad Estatal, la cual se amplía, incluso, hasta la obligación indemnizatoria de los perjuicios sufridos por el Contratista EPC, el cual no siendo parte del Contrato de Concesión sí es parte de la unidad económica que representó el proyecto contratado, por lo cual la presentación de sobrecostos en la ejecución de las intervenciones afectó tanto al Contrato de Concesión como al Contrato EPC.

Entonces, la coligación negocial permite entender la relación negocial entre el Contrato de Concesión y el Contrato EPC y como los sobrecostos presentados por el Contratista EPC, los cuales, si bien deben ser reconocidos por el Concesionario al Contratista EPC, a fin de cuentas, aquel que debe soportar los mismos es la Entidad Estatal. Dicha coligación negocial permite que la relación negocial del Contrato de Concesión sea entendida como un todo económico, lo cual necesariamente invita a que sea tenido en cuenta lo ocurrido en el Contrato EPC al momento de evaluar la obligación de indemnización de los perjuicios que recae en la Entidad Estatal.

La evaluación termina arrojando que los sobrecostos que el Contratista EPC sufrió y que tiene derecho que el Concesionario le reconozca bajo las condiciones del Contrato EPC, son a su vez un daño que debe pagar el Concesionario, ya que es este quien debe, en su calidad de parte contratante, reconocer el pago de los mismos al Contratista EPC , pero que a fin de cuentas, deberán ser reconocidos por la Entidad Estatal como entidad contratante dentro del Contrato de Concesión, lo que indica que esta deberá indemnizar el valor que tendrá que soportar el Concesionario.

En consideración a todo lo expuesto, queda claro que la coligación negocial presente entre el Contrato de Concesión determina importantes parámetros para evaluar la extensión de la responsabilidad de la Entidad Estatal y alcance de la obligación de indemnización de los perjuicios que recae sobre esta.

En este punto conviene traer a colación el precedente constituido por la decisión que adoptó el Tribunal Arbitral que resolvió las controversias surgidas entre Coviandes S.A. contra Instituto Nacional de Vías, en la cual, por factores imputables a la entidad concedente se causaron perjuicios al contratista del concesionario. El tribunal condenó a la entidad concedente a reconocer dichos perjuicios al concesionario demandante, ya que este debía pagar dichos daños a su contratista. En aquella providencia para adoptar la decisión se estableció que en el ámbito de los perjuicios, estos pueden ser actuales o futuros, dependiendo de si ya han ocurrido al momento de la sentencia o se espera que sucedan más adelante. Cuando se trata de perjuicios actuales, el juez no cuestiona su existencia, ya que su impacto está claramente demostrado en términos específicos y cuantificados.

Sin embargo, se acepta de manera unánime la posibilidad de que el deudor sea responsable de indemnizar también los perjuicios futuros. Esto se debe a que el incumplimiento de las obligaciones no siempre genera inmediatamente todas sus consecuencias dañinas, y la afectación al acreedor puede manifestarse en el futuro. Esta medida previene que el perjudicado tenga que iniciar múltiples procesos legales a medida que los daños por el incumplimiento de las obligaciones se vayan concretando. El tribunal enfatizó que la certeza de los daños futuros debe evaluarse de manera flexible, no de forma absoluta, permitiendo al juez determinar su existencia basándose en las circunstancias y el curso normal de los acontecimientos. Estos criterios son fundamentales para evaluar la viabilidad de compensar daños futuros destacados, como el lucro cesante y la pérdida de oportunidades.

Además, se destaca que las partes habían llegado a un acuerdo completo sobre este asunto, considerando que es beneficioso para el desarrollo armonioso de sus relaciones, el éxito del proyecto y la autonomía del concesionario en sus interacciones con el Instituto Nacional de Vías.

En resumen, en el clausulado del contrato, se establece que aunque la firma no exime al constructor de reclamar compensación por daños debido a retrasos, debe primero presentar una reclamación detallada y esperar seis meses antes de emprender acciones legales contra el concesionario.

Además, se le había informado al Instituto Nacional de Vías (Invías) que la empresa D. y Construcciones S.A. sería la encargada de llevar a cabo la obra, y que esta empresa no solo ejecutaría las labores de construcción, sino que también suministraría los equipos necesarios.

El Tribunal mencionó que ambos contratos, el de la concesión y el de la obra, establecen obligaciones idénticas, reflejando una relación simétrica. Si el Invías incumplía con la concesionaria, esto afectaría directamente la capacidad de Coviandes para cumplir con el constructor, ya que las obligaciones de una se transfieren a la otra en virtud de la relación contractual. A pesar de que la concesionaria no ha sufrido pérdidas económicas directas aún, el tribunal consideró que es un daño futuro seguro, ya que, según el curso normal de los acontecimientos, Coviandes deberá compensar al constructor por los mismos daños que se le reconozcan en este proceso. Finalmente, concluyó que la pérdida económica sufrida por el constructor, y que la concesionaria está obligada a compensar, constituye un daño futuro cierto derivado de incumplimientos del Invías en sus obligaciones contractuales.²⁴

4.1.3. Función económica y social del contrato

El contrato no puede ser entendido únicamente en su aspecto legal –esto es: una vez legalmente celebrado se convierte en ley para las partes, por lo que estas deben cumplirlo–, pues inherentemente representa una actividad económica, siendo ese su propósito y razón de ser: para eso existe.

Ciertamente, el contrato se percibe como la estructura formal de una transacción de intereses cuya satisfacción es pretendida por quienes intervienen en él, en otras palabras, en una operación económica, en un instrumento que se adapta.^{25,26}

²⁴ Laudo del 07 de mayo de 2001. Tribunal de Arbitramento, Coviandes S.A. contra Instituto Nacional de Vías. Árbitros: Jorge Suescun Melo, Adelaida Angel Zea y Marcela Monroy Torres.

²⁵ Enzo Roppo, O contrato, Coimbra, Almedina, 1998, págs. 7 y 8.

²⁶ Benítez Caorsi Juan J. La revisión del contrato. Bogotá, Editorial Temis S.A., pág. 365

En esa misma línea de pensamiento, el Dr. Benítez agrega:

“El jurista francés Pimont²⁷, llama la atención sobre el pasaje de una visión analítica o unitaria del contenido del contrato entendido como una suma de obligaciones a un perfil unitario (o bilateralista) concebido como una operación económica que forma la sustancia del contrato, motivando que el contrato-obligaciones deje su lugar al contrato-operación. De este modo, para el juez, la economía del contrato constituye la materialización del acuerdo de voluntades de las partes que encierra el sustrato del equilibrio negocial y sirve de médium para valorar la idoneidad real de la operación. En síntesis, la economía del contrato representa una noción objetiva del punto de convergencia de las voluntades sobre la forma de una operación económica global y concreta que permite definir de una manera finalista el perímetro adecuado del acuerdo de voluntades.

Por este camino, se comprende cómo la economía del contrato se transforma en el corazón de la convención, su esencia, consistiendo en lo necesario para la realización del proyecto de las partes. Como no podría ser menos, el concepto de economía del contrato está destinado a asegurar un cierto orden interno en la estructura del contrato y por reflejo, ayuda a reequilibrar sus condiciones financieras, permitiendo una adaptación mínima cuando su economía se trastorna por un acontecimiento externo²⁸. La importancia de la operación económica, radica en que el equilibrio entre prestación y contraprestación, constituye el punto de referencia del acuerdo negocial²⁹.”³⁰

²⁷ Sébastien Pimont, *L'économie du contrat*. Institut de droit des affaires., Aix Marseille, Puam, 2004, págs. 23, 27, 48 y 73.

²⁸ Ana Zelecevic-Duhamel *La notion d'économie du contrat en droit privé* », en JCP édition générale, num. 9, 28 février 2001, págs. 423 y 427.

²⁹ Katthrin Angermier, *Geschäftsgrundlagenstörungen im deutschen und französischen Recht*, Heidelberg, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 2004, pág. 83

³⁰ Benítez Caorsi Juan J. *La revisión del contrato*. Bogotá, Editorial Temis S.A., pág. 366

Como se observa, la dimensión jurídica del contrato no es otra cosa que el medio para alcanzar el fin: la operación económica.

A la función económica del contrato se debe agregar su función social, según la cual la finalidad del contrato responde a un interés social y por ello el derecho objetivo quiere que los contratos produzcan un resultado. Dado que el contrato sirve como un instrumento de planeación que propende por la satisfacción de un interés³¹ tanto económico como social, sería abusivo que en un contrato de ejecución sucesiva no se tuvieran en cuenta las circunstancias que desvían la planeación negocial de las partes, y sobre las cuales estas últimas estaban de acuerdo.^{32.33}

Además, la protección del equilibrio económico se justifica en la utilidad individual y social que se desprende del contrato, según lo explica el Dr. Benítez Caorsi:

“El fundamento de la validez de los contratos para su existencia es la utilidad social que ellos representan³⁴. En consecuencia, la protección del equilibrio contractual se justifica en razón de la utilidad individual y social que simboliza el contrato, por cuanto el desequilibrio puede dañar tanto a las partes, como a los terceros³⁵. Esta idea de utilidad social constituye el principio que determinó a los redactores del Código a dotar al contrato de un carácter preceptivo.”³⁶

Así las cosas, los contratos obligan, no solo por el mero acuerdo de voluntades reflejado en un escrito, sino porque buscan la satisfacción de fines e intereses sociales y económicos. Por ello, quienes intervienen en la ejecución del contrato deben ser conscientes y conocedores de las realidades económicas que permean y justifican la celebración de un determinado negocio jurídico.

³¹ Benítez Caorsi Juan J. La revisión del contrato. Bogotá, Editorial Temis S.A., pág. 361

³² José León Barandiarán. *Teoría del riesgo imprevisto*, en Revista del Foro, año XXI, t. XXI, Lima, 1934, pág. 207

³³ Benítez Caorsi Juan J. La revisión del contrato. Bogotá, Editorial Temis S.A., pág. 364

³⁴ Vcente Rapa Álvarez, “El régimen de los contratos en el nuevo Código Civil cubano”, en Rvista Cubana de Derecho, año xviii, núm 39, 1989, pág. 166.

³⁵ Laurence Fin-Langer, L'équilibre contractuel, Paris, L. G. D. J., 2022, pág 246.

³⁶ Benítez Caorsi Juan J. *La revisión del contrato*. Bogotá, Editorial Temis S.A., pág. 434

4.1.4. Contrato EPC sometido a derecho privado

En la medida en que el Contrato EPC suele ser suscrito entre el Concesionario y un subcontratista cuya naturaleza jurídica no resulta ser pública, al ser un contrato suscrito entre particulares, sin que ningún extremo contractual esté conformado por una Entidad Estatal, su régimen jurídico se sujeta al Derecho Privado.

Por lo que, en principio y en virtud de la disposición legal contenida en el artículo 868 del Código de Comercio, cualquiera de las partes podrá solicitar la revisión del contrato cuando su ejecución resulte excesivamente onerosa. Sin embargo, la revisión del contrato solo aplica para obligaciones de futuro cumplimiento, y no comprende el reembolso por obligaciones ya ejecutadas, por esa razón es que las partes o bien pueden renegociar el contrato o bien pueden optar por incumplirlo³⁷.

No obstante lo anterior, no puede perderse de vista que en el caso *sub examine* el Contrato EPC tiene por objeto ejecutar **las obras constructivas previstas en el Contrato de Concesión**.

Recuérdese que el Contrato EPC desarrolla el principio de transparencia, en virtud del cual el Contratista EPC tendría frente al Concesionario los mismos derechos y obligaciones que este último tiene frente a la Entidad Estatal, con lo cual queda perfectamente claro que el objeto del Contrato EPC es el mismo que el del Contrato de Concesión y, por ende, la satisfacción del interés general, sin que el Contratista EPC hubieran podido suspender la ejecución del Contrato con el propósito de que el juez del contrato revisara las obligaciones a su cargo.

Se trata pues de un contrato entre particulares y regido por el Derecho Privado, pero cuya revisión, a la luz del precito artículo 868, necesariamente debe tener un alcance diferente, por lo que bien puede el Contratista EPC solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato pese

³⁷ Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera, Barrios Francisco. La crisis y la teoría de la imprevisión. Universidad del Rosario. Triant lo blanch. Bogotá D.C. 2020. Pp. 203.

haber ejecutado las actividades y obras respecto de las cuales reclama el pago de su sobrecosto. En otras palabras, la revisión del Contrato EPC aplica para obligaciones ya ejecutadas y comprende su reembolso.

En relación con la interpretación y aplicación de la disposición legal antes transcrita, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha expuesto que en el ámbito del derecho privado, cuando un contrato está en marcha y una de las partes se ve afectada por circunstancias imprevistas y extraordinarias que alteran la prestación económica, puede solicitar su revisión al juez del contrato. Es crucial no cumplir con la prestación económica modificada hasta que el juez revise el contrato.

Lo anterior, por cuanto en los contratos estatales, cuyo propósito principal es el interés general, no se puede suspender su ejecución debido a una circunstancia imprevista que afecte su economía. La aplicación del artículo 868 del Código de Comercio en estos contratos estatales regidos por normas de derecho privado tiene un enfoque diferente. En estos casos, las partes pueden solicitar la restauración del equilibrio económico incluso después de la finalización del contrato, permitiendo al juez evaluar si las condiciones económicas iniciales se vieron afectadas durante la ejecución debido a factores imprevisibles y extraordinarios. Tal como lo ha manifestado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“En efecto, el derecho privado, cuando el contrato está en ejecución, la parte afectada con el advenimiento de alguna circunstancia imprevisible y extraordinaria puede solicitar su revisión, siempre y cuando se abstenga de cumplir la prestación económica alterada hasta que el juez del contrato lo revise, ya que, de lo contrario, esto es, de haberse satisfecho, se parte del supuesto de que el afectado asumió los efectos nocivos de su ocurrencia y, por tanto, ya no habría nada que revisar y sobre lo cual regresar o volver.

Por el contrario, en los contratos celebrados por las entidades estatales, sea que se rijan por normas de derecho público o de derecho

*privado, **en ellos prima su finalidad encaminada directa o indirectamente a la satisfacción del interés general**, razón por la cual **no se puede suspender su ejecución** ante la ocurrencia de una circunstancia imprevista que impacte negativamente su economía, hasta que se revise el contrato por el juez; por lo tanto, **la aplicación del artículo 868 del Código de Comercio en este ámbito tiene un alcance diferente** y, con fundamento en dicha norma, en el contrato estatal regido por normas de derecho privado, las partes pueden solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato aunque la ejecución de este haya terminado.*

Bajo este contexto, para el caso que nos ocupa, el artículo 868 del Código de Comercio autorizó al juez para revisar si las condiciones económicas que las partes tuvieron en cuenta al momento de celebrar el contrato se vieron alteradas durante su ejecución por factores sobrevinientes, extraordinarios, imprevistos o imprevisibles que hubieren hecho excesivamente onerosa su ejecución para una de las partes, con el objeto de reestablecer el equilibrio del mismo.³⁸

En sentido semejante, la misma Sección Tercera del Honorable Consejo de estado, en sentencia de 8 de mayo de 2019, sostuvo que el principio del equilibrio económico en los contratos no se limita únicamente a los acuerdos regidos por el derecho público, sino que se extiende a todas las relaciones contractuales bilaterales, sin importar el marco legal que las rija. Este principio es esencial en las regulaciones de contratos estatales y está presente en varias disposiciones del derecho privado. Debe prevalecer en todas las relaciones contractuales, especialmente cuando una de las partes es una entidad estatal, ya que su participación implica una finalidad pública. En resumen, el equilibrio económico del contrato se aplica a las relaciones contractuales entre

³⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 2020. Radicado N.º 41001-23-31-00-2000-03907-01(44420). C.P. Adriana Marín

particulares en las que una de las partes es una entidad pública, ya sea que estén sujetas al régimen de derecho público o privado.^{39,40}

No obstante que los anteriores pronunciamientos se adoptaron en el marco de un Contrato Estatal, ello no impide que las consideraciones allí plasmadas se acojan en esta oportunidad, por cuanto la razón por la cual se acepta la aplicación morigerada del anotado artículo 868 **justamente es la satisfacción del interés general**, amén de que las obras del Contrato EPC corresponden, en estricto rigor, a aquellas del Contrato de Concesión y, por lo mismo, con su ejecución se satisfacen los fines estatales así como se permite la continua y eficiente prestación de los servicios públicos –bueno es reiterarlo–.

No cabe duda que con la ejecución del Contrato EPC se busca la satisfacción de los fines estatales, lo que justifica la existencia de la institución del equilibrio económico de los contratos, en el entendido de que ésta última se encuentra clara y directamente encaminada a mantener durante toda la vigencia del respectivo Contrato las condiciones económicas y financieras existentes al momento de proponer o de celebrar el respectivo Contrato, condiciones iniciales que naturalmente incluyen la retribución a tiene derecho a percibir el Contratista EPC por su compromiso con la consecución de los mentados fines estatales y de satisfacción del interés público.

Por lo tanto, el Contratista EPC tiene derecho a que todas aquellas circunstancias, ajenas a su voluntad, sobrevinientes y que hicieron mucho más oneroso el cumplimiento del Contrato, le sean reconocidas y pagadas por parte del Concesionario, lo que justifica que este último, ora a nombre propio ora a nombre del Contratista EPC, reclame ante la Entidad Estatal el restablecimiento de la ecuación económica del contrato.

³⁹ Ver sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, 27 de noviembre de 2013, expediente: 31.431, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Postura reiterada en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 27 de enero de 2016, exp. 38.449.

⁴⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 2019. Radicado N.º 05001-23-31-000-2006-00318-01(58895). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico

6. Conclusiones

Tal y como ya se expuso, el objetivo del presente estudio busca explicar las razones por las cuales una Entidad Estatal concedente estudie de fondo y reconozca las reclamaciones presentadas por los concesionarios, cuando están tengan por fundamento los sobrecostos en que incurrió el Contratista EPC, los cuales pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- El objeto del Contrato EPC resulta ser idéntico al objeto del Contrato de Concesión en lo que la construcción respecta.
- En esa medida, la ejecución del Contrato EPC propende por 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.
- Esa situación justifica el desarrollo de la teoría del desequilibrio económico al equilibrar el interés público con el interés individual.
- De otra parte, el principio de relatividad contractual en este tipo de negocios no puede leerse de manera estricta, pues, por un lado, es bien sabido que el Contrato EPC se rige por el principio de transparencia, por lo que las distintas relaciones negociales buscan la consecución de una misma finalidad y, por el otro lado, el mentado Contrato EPC también se rige por el principio de coligación negocial existiendo una interdependencia y/o interrelación entre éste y el Contrato de Concesión, los cuales se perciben como una unidad económica.
- Finalmente, la función económica del Contrato de Concesión permite entender la motivación de quienes intervinieron en su celebración, de tal suerte que la ANI, al exigir

condiciones técnicas del contratista constructor, es conocedora y consciente de que la ejecución material de la obra se realiza a través de un Contratista EPC, por lo que no le resulta ajeno.

- En consecuencia, el artículo 868 del Código de Comercio, llamado a aplicar en la relación surgida entre el Contratista EPC y el Concesionario, debe leerse de manera morigerada, pues, se insiste, el objeto del Contrato EPC también está encaminado a la satisfacción del interés general. Por lo tanto, el Contratista EPC tiene derecho a que todas aquellas circunstancias, ajenas a su voluntad, sobrevinientes y que hicieron mucho más oneroso el cumplimiento del Contrato, le sean reconocidas y pagadas por parte del Concesionario, lo que justifica que este último, ora a nombre propio ora a nombre del Contratista EPC, reclame ante la Entidad Estatal el restablecimiento de la ecuación económica del contrato.

Referencias bibliográficas

Ley

1. Constitución Política de 1991
2. Ley 80 de 1993
3. Código Civil.
4. Código de Comercio

Laudos:

1. Laudo arbitral del 6 de agosto de 2019 proferido por el Tribunal del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá que dirimió las controversias surgidas entre la sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. y la ANI.
2. Laudo arbitral proferido el 8 mayo de 2018 para resolver la controversia suscitada entre KMA CONSTRUCCIONES S.A y CICON S.A.S. contra FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.
3. Laudo Arbitral del 1 de septiembre de 2011 que dirimió las controversias surgidas entre Aguirre Monroy Asociados LTDA y Constructora TAO LTDA contra Autopistas del Café

S.A. y Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. - Fideicomiso Autopistas del Café.

4. Laudo del 25 de abril de 2017. Tribunal de Arbitramento, Automotora Nacional S.A. - Autonal S.A.- contra Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. -Sofasa S.A.-
5. Laudo del 28 de marzo de 2019. Tribunal de Arbitramento, Canacol Energy Colombia S.A. – CECSA contra Oleoducto Bicentenario de Colombia S.A.S. – OBC.
6. Laudo del 07 de mayo de 2001. Tribunal de Arbitramento, Coviandes S.A. contra Instituto Nacional de Vías.

Sentencias:

1. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de agosto de 2016. Rad No. 08001-31-03-013-2011-00213-01. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.
2. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de agosto 31 de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01, expediente No. 18.080. M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.
3. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección A, Sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524. C.P Carlos Alberto Zambrano Becerra.
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia del 25 de septiembre de 2007. Exp. 11001-31-03-027-2000-00528-01.
5. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de junio de 2021. Radicación No. 11001-31-03-001-2017-00213-01. M.P.: Octavio Augusto Tejeiro Duque.
6. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 2020. Radicado N.º 41001-23-31-00-2000-03907-01(44420). C.P. Adriana Marín

7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 de febrero de 2012, Exp. 2006-00537, M.P. William Namén Vargas.
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, sentencia del 27 de noviembre de 2013, expediente: 31.431, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de enero de 2016, exp. 38.449.
10. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 2019. Radicado N.º 05001-23-31-000-2006-00318-01(58895). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico

Doctrina:

1. MARIENHOFF, Miguel. “Contratos Administrativos Teoría General.” En tratado de Derecho Administrativo. Tomo III –A.4. Cuarta Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
2. Dávila V., Luis Guillermo. “Régimen Jurídico de la Contratación Estatal”, editorial Legis, Bogotá, segunda edición
3. BIGLIAZZI GERI. Lina; BRECCIA. Humberto; BUSNELLI. Francisco D.; NATOLI. Ugo. “DERECHO CIVIL. HECHOS Y ACTOS JURIDICOS”. Traducción Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. 1995, Tomo I. Vol. II.
4. MESSINEO. Francesco. “Doctrina General del Contrato”. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1.952. Traducción F. O. Fontarrosa, S. Sentis Melendo , M. Voltera.
5. Francesco Galgano. El negocio jurídico. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
6. Christian Larroumet. Teoría general del contrato, Vol. I, Temis, Bogotá
7. Enzo Roppo, O contrato, Coimbra, Almedina, 1998.

8. Benítez Caorsi Juan J. La revisión del contrato. Bogotá, Editorial Temis S.A.
9. Sébastien Pimont, L'économie du contrat. Institut de droit des affaires., Aix Marseille, Puam, 2004.
10. Ana Zelecevic-Duhamel La notion d'économie du contrat en droit privé », en JCP édition générale, num. 9, 28 février 2001
11. Katthrin Angermier, Geschäftsgrundlagenstörungen im deutschen und französischen Recht, Heidelberg, Verlagsgessellschaft Recht und Wirtschaft, 2004
12. Roberto Sánchez Jiménez, El riesgo imprevisible en la vida del derecho privado. Madrid, Editorial Caro Raggio
13. Fernando Araujo, Teoría económica do contrato, Coimbra. Almedina, 2007
14. José León Barandiarán. Teoría del riesgo imprevisto, en Revista del Foro, año XXI, t. XXI, Lima, 1934.
15. Vicente Rapa Álvarez, “El régimen de los contratos en el nuevo Código Civil cubano”, en Rvista Cubana de Derecho, año xviii, núm 39, 1989
16. Laurence Fin-Langer, L'équilibre contractuel, Paris, L. G. D. J., 2022.
17. Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera, Barrios Francisco. La crisis y la teoría de la imprevisión. Universidad del Rosario. Triant lo blanch. Bogotá D.C. 2020.