

‘UNA APROXIMACIÓN A LA VISIÓN DE LA CORRECCIÓN DEL DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL

Investigador Principal: **Fernando Silva García**¹

Sumario: **1. Introducción. 2. La jurisprudencia arbitral en relación con el equilibrio económico en la contratación pública:** 2.1. La jurisprudencia arbitral y la contencioso administrativa han seguido orientaciones semejantes; 2.2. ¿Restablecimiento del equilibrio económico hasta punto de no pérdida o con preservación de la utilidad del contratista?, cuando la causa del desequilibrio no es imputable a la entidad contratante; 2.3. La gestión contractual de la administración en la estructuración del contrato y su implicación en la configuración de situaciones de desequilibrio durante su ejecución; 2.4. La limitación a la arbitraria distribución del riesgo contractual; 2.5. La distribución del impacto económico negativo de la concreción de un riesgo contractual no previsto; 2.6. La distribución del riesgo contractual en el marco del contrato a precio fijo y en el marco del contrato de concesión; 2.7. Álea normal, álea anormal y desequilibrio económico; 2.8. El cumplimiento del objeto del contrato en el contexto de una situación que genera desequilibrio; 2.9. La diligencia exigible al contratista al momento de contratar en cuanto a la identificación de situaciones potencialmente generadoras de desequilibrio; 2.10. La conducta que contraría los propios actos; 2.11. El desequilibrio económico en los contratos aleatorios; 2.12. Las implicaciones de la naturaleza experimental de una actividad frente a la ocurrencia de circunstancias imprevistas relacionadas con esa actividad, que hayan afectado la onerosidad del contrato; 2.13. El carácter objetivo o subjetivo de la equivalencia de las prestaciones en la contratación estatal; 2.14. Liquidación del contrato estatal e invocación por el contratista del derecho al restablecimiento del equilibrio del contrato; 2.15. “*lus variandi*” y restablecimiento del equilibrio económico; 2.16. La corrección del desequilibrio económico a partir de la aplicación de la teoría del Hecho del Príncipe; 2.17. Teoría de la imprevisión y corrección del desequilibrio sobreviniente. **3. La jurisprudencia arbitral en relación con el equilibrio económico en la contratación privada:** 3.1. Instrumentos para la corrección del desequilibrio económico en el derecho privado; 3.2. La diferencia entre el alcance del derecho al restablecimiento del equilibrio económico bajo la Ley 80 de 1993 y del derecho al restablecimiento del equilibrio económico bajo la teoría de la imprevisión; 3.3. La distribución del riesgo contractual y la autonomía privada; 3.4. La procedencia de alegar la teoría de la imprevisión frente a un contrato ya terminado o ya ejecutado; 3.5. La posibilidad de que el contratante incumplido solicite la aplicación de la teoría de la imprevisión; 3.5. La posibilidad de que el contratante incumplido solicite la aplicación de la teoría de la imprevisión; 3.6. La teoría de la imprevisión frente a contratos de ejecución instantánea y cumplimiento diferido; 3.7. La aplicación de la equidad por el juez para restablecer el equilibrio del contrato; 3.8. Funcionalidad de las cláusulas denominadas de “revisión de precios” y de “ajuste de índices” frente a la ocurrencia de situaciones predecibles y no predecibles; 3.9. La reducción de la actividad del contratista por decisión unilateral de la entidad contratante, prevista en el contrato, y su implicación en el equilibrio del contrato.

* Este artículo fue presentado a la revista el día 5 de febrero 2007 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 5 de diciembre de 2007, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Investigador del Departamento de Derecho Comercial, profesor de la cátedra de Contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia y de temas de derecho financiero en diversos postgrados de la misma Universidad, candidato a doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

1. Introducción

El presente documento se elabora a partir del trabajo de investigación que sobre los pronunciamientos de la justicia arbitral en relación con la aplicación del principio de equilibrio económico en el contrato se efectuó en el marco de las actividades del Grupo de Investigación “Derecho Comercial y Comparado”, que junto con el Grupo de Investigación “La Empresa y el Tratamiento de la Crisis Empresarial” se conformaron al interior del Departamento de Derecho Comercial, que es una de las áreas académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

En desarrollo de la mencionada investigación se realizó un análisis de la jurisprudencia arbitral en materias relacionadas con el principio del equilibrio económico en la contratación pública y privada, para cuyo efecto se examinaron laudos arbitrales proferidos entre los años de 1970 y 2004².

La investigación se llevó a cabo con la colaboración de un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia³ y por un grupo de monitores del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad⁴. En relación con cada jurisprudencia examinada se encuentra en el trabajo de investigación la información que permite identificar el proceso de que se trata, la fecha de la decisión, los árbitros que intervinieron, los hechos a cuyo rededor se forjó la controversia, las pretensiones sometidas a decisión y las excepciones planteadas, para luego presentar los problemas jurídicos que en cada caso se examinaron y las soluciones que en el fallo arbitral se proponen para cada uno de ellos.

Si bien en el trabajo de investigación se trató de recopilar la mayor cantidad de jurisprudencia arbitral relevante, es probable que se hayan quedado laudos arbitrales sin incluir, aún cuando en el documento se encontrará una muestra bastante representativa de aquéllos que se han pronunciado sobre aspectos relativos a la preservación del equilibrio económico en los contratos.

El estudio de los temas del equilibrio económico en la contratación tendrá a disposición, en el documento que muestra los resultados de la investigación y al que hemos hecho referencia, el análisis que se ha realizado de 68 laudos arbitrales⁵, fruto del cual se presentan algo más de 250 problemas jurídicos y su solución, en la forma como la misma es planteada para cada uno de tales problemas en el respectivo laudo.

² Se analizó también un laudo proferido en el año 2005.

³ Colaboraron con especial interés Jenny Moreno, Andrés Schroder y Hernán Tovar.

⁴ Entre ellos, debe mencionarse a Santiago Vélez y Fabio Bonilla, especialmente a este último que colaboró con dedicación a la realización del trabajo, a veces difícil por lo denso y extenso de ciertos laudos.

⁵ La principal fuente de consulta de los laudos fue la obra *Laudos arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá*, que en medio magnético es ofrecida por Legis. También se acudió a la obra impresa *Laudos arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá*, editada en Bogotá, en el año de 1996 y algunos laudos fueron analizados con base en copias de los respectivos originales.

Una nota sobresaliente que advertimos en el examen de la jurisprudencia arbitral analizada es el del rigor y profundidad que se aprecia en muchos de los laudos arbitrales, lo cual pone de presente la responsabilidad con la que los tribunales de arbitramento acometen su trabajo, como regla general de conducta, y el importante aporte que brindan a la sociedad en general para resolver las controversias que les son sometidas a decisión.

Los laudos arbitrales examinados cubren el ámbito del derecho público y del derecho privado, aunque la mayoría de ellos están relacionados con conflictos surgidos en el contexto de la contratación pública.

La presentación que en este documento hacemos⁶, se divide en dos partes, con el fin de exponer nuestra visión sobre temas que encontramos importante destacar respecto de la forma como los tribunales de arbitramento han afrontado la solución de reclamos relativos a situaciones de desequilibrio en contratos estatales que se sujetan a las reglas especiales de la contratación pública y en contratos íntegramente sujetos a las reglas del derecho privado.

2. La jurisprudencia arbitral en relación con el equilibrio económico en la contratación pública

La mayor parte de los problemas jurídicos planteados en el trabajo de investigación tiene relación directa con la aplicación del principio del equilibrio económico del contrato a la contratación estatal, lo cual es consecuencia natural de la existencia de un régimen legal que plantea una respuesta más comprensiva y vigorosa que la que existe en el ámbito de la contratación privada, en cuanto a la aplicación de remedios a situaciones de desequilibrio contractual que puedan sobrevenir después de la celebración del contrato y frente a las cuales no hubo previsión de las partes o las estipulaciones del contrato son insuficientes para enfrentar tales situaciones de manera eficaz.

El arbitramento como instrumento alternativo a la justicia tradicional para la solución de las controversias entre las partes de un contrato, particularmente en el campo de la contratación pública o estatal, ha estado sometido a un debate que no cesa y en el que incluso se llega a plantear la idea de sustraer las controversias de los contratos estatales de la intervención de la justicia arbitral, bajo la consideración de que, de esa manera, se podrían defender de mejor forma los más altos intereses nacionales.

Desde nuestra perspectiva, consideramos que la investigación realizada hace un aporte al análisis reposado de tan delicado tema, en la faceta específica de la temática que se abordó en el trabajo de investigación.

⁶ En los casos en que las transcripciones que se hacen de los laudos arbitrales incluyen citas, las mismas se reproducen tal y como aparecen en el respectivo laudo.

2.1. La jurisprudencia arbitral y la contencioso administrativa han seguido orientaciones semejantes

La conclusión a la que se llega al analizar la jurisprudencia arbitral en lo relacionado con el equilibrio económico en la contratación estatal es que, a diferencia de lo que se ha planteado por connotados analistas, la jurisprudencia arbitral no ha funcionado como rueda suelta del sistema tradicional de administración de justicia, en el sentido de haber proclamado teorías o posturas ajenas a las que se han defendido en el seno de la justicia contencioso administrativa.

2.2. ¿Restablecimiento del equilibrio económico hasta punto de no pérdida o con preservación de la utilidad del contratista?, cuando la causa del desequilibrio no es imputable a la entidad contratante, ni al contratista

Uno de las cuestiones más controversiales que se han suscitado en los últimos años en relación con el restablecimiento del equilibrio económico en los contratos estatales tiene que ver con el alcance de la obligación que se le impone a la administración cuando se presenta una alteración de la economía del contrato que afecta al contratista como consecuencia de un hecho sobreviniente a su celebración, no imputable a la conducta de las partes, frente al cual la doctrina del Consejo de Estado, hasta la sentencia del 9 de mayo de 1996, expediente 10151, había sostenido que, en tal hipótesis, la administración debía otorgar un apoyo económico de alcance restringido al contratista y, en el mencionado fallo, dio un giro importante al afirmar que el contratista tiene derecho a una indemnización plena en cualquier evento en que acaezca un hecho imprevisto e imprevisible: "... el equilibrio económico del contrato comporta para el contratista una compensación integral, completa, plena y razonable, de todos aquellos mayores costos en los que debió incurrir para lograr la ejecución del contrato", y yendo un paso más allá postuló el Consejo de Estado la tesis de que "la única forma de mantener la ecuación financiera consiste en que la administración asuma los costos necesarios para que el contratante no sólo obtenga el monto de las inversiones realizadas dentro del curso ordinario y aún extraordinario, sino que además deberá reconocerle y pagarle sus utilidades, lucros o ganancias, desde luego razonables y ceñidos a las condiciones iniciales de la contratación".

Los pronunciamientos de la jurisprudencia arbitral, anteriores a la sentencia del Consejo de Estado del 9 de mayo de 1996 se dividen en cuanto al alcance del restablecimiento, sin llegar a una formulación tan amplia como la que se puede apreciar en la sentencia mencionada, en cuanto a la postura que aboga por el derecho del contratista a la preservación íntegra de su posición contractual antes de la afectación provocada por la imprevisión sobrevenida.

Es así como, por una parte, se encuentra la posición fijada en el laudo arbitral del 27 de julio de 1981, proferido dentro del proceso de ICA S.A. de México contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en el que se

sostiene que el límite de la obligación que se le ha de imponer a la entidad pública contratante es el de proveerle ayuda al contratista para mitigar el efecto adverso que la situación imprevista le generó.

En el mencionado laudo, entre otras consideraciones, se señala que:

La indemnización de imprevisión ha sido considerada dentro de la evolución jurisprudencial y doctrinal como una ayuda, como un estímulo que reconoce la administración al contratista, para compensarle los esfuerzos realizados en la ejecución del contrato, pese a su situación deficitaria. Posiblemente, como lo anota Benoit (pág. 770 op. cit.), en los futuros desarrollos de la teoría se llegará a una verdadera indemnización, beneficio incluido, pero mientras no cambien los presupuestos actuales de ella la administración tan solo será obligada al reconocimiento de una ayuda al contratista para permitirle superar el período de crisis. Por ello, como dice G. Jeze (op. cit. pág. 30), **“dado que el fin perseguido es muy limitado, se trata de una teoría de alcance completamente excepcional.** No tiene su correspondiente en **derecho privado**, y se diferencia completamente de la teoría general de la indemnización compensatoria”⁷.

La aproximación es diferente en otros laudos arbitrales, en los que el restablecimiento iría más allá del reconocimiento de la ayuda al contratista:

Es el caso del laudo proferido en el año de 1992 para resolver las diferencias entre Dragados Hidráulicos Ltda. y Concesionaria Tibitoc S.A. ESP⁸, en el que se señala que la excesiva onerosidad se puede reflejar en menores utilidades de las esperadas, vistas las circunstancias específicas de cada caso y examinadas tales circunstancias a la luz de las bases del negocio.

En laudo del año de 1992, dictado para resolver las diferencias entre Impregilo S.P.A. y Estruco S.A. vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá⁹, dentro de una controversia enmarcada por la legislación precedente a la Ley 80 de 1993, se hace mención al reconocimiento que la jurisprudencia había hecho ya del principio del equilibrio económico del contrato, que según se indica fue después acogido en el plano normativo, primero con la expedición de la Ley 19 de 1982 y después con mayor amplitud en el Decreto Ley 222 de 1983 y en Códigos Fiscales de diferentes entidades territoriales. En aquella ocasión se señaló por el Tribunal Arbitral que el principio del equilibrio económico del contrato no debería ser tomado como “un seguro del contratista contra cualquier déficit eventual de la explotación o ejecución del contrato”, ya que era preciso distinguir entre álea normal y álea anormal del contrato y que el mismo no podía ser la base para dejar sin efecto los riesgos asumidos por el contratista de manera voluntaria y conciente. Se postula la idea de que el equilibrio no es matemático, sino que ha de ser relativo y razonable, vistas las prestaciones de las partes del contrato.

⁷ Árbitros Luis Carlos Neira Archila, Álvaro Esguerra y Miguel Aguilera.

⁸ Árbitros Carlos Darío Barrera, Sergio Muñoz Laverde y Carlos Alberto Navia Raffo.

⁹ Árbitros Susana Montes de Echeverri, Alberto Preciado Peña y Jorge Rueda Sáenz.

En el mismo laudo antes mencionado se sostiene que la razonable imprevisibilidad es el presupuesto común de la teoría de la imprevisión y de la teoría de las sujeciones imprevistas, con base en las cuales el contratista tiene derecho al reconocimiento de mayores costos por circunstancias que surgen después de la iniciación de la obra que se debe ejecutar en desarrollo de un contrato estatal.

En el laudo aludido se proclama el derecho del contratista a obtener un pleno resarcimiento respecto de las sumas de dinero que se hubiere visto obligado a sufragar para cubrir los mayores costos de la obra, en términos del pago del costo de oportunidad del dinero, en el contexto de lo que se entiende como una reparación del daño causado al contratista.

En laudo arbitral del 14 de enero de 1999, dictado dentro del proceso de Arquitectos, Constructores e Interventores Ltda. ACEI Ltda., contra el Fondo Nacional de Ahorro, se siguieron los pasos de la tesis jurisprudencial del Consejo de Estado de 1996, aunque sin invocarla, cuando se sostuvo:

En este punto el tribunal considera necesario recordar que las normas contenidas en los artículos 4º, numerales 8º y 9º y 27 de la Ley 80 de 1993 buscan no sólo mantener una equivalencia entre las prestaciones a cargo de las partes en los contratos estatales, sino también preservar las condiciones “técnicas, económicas y financieras” existentes al momento de proponer o contratar. La expresión de colocar al contratista en situación de no pérdida tiene que ver con las expectativas de lucro vigentes a la celebración del contrato, para que no se vean menguadas por causas ajenas a la propia voluntad de aquél. De esta manera, por mandato legal, la administración ha de asumir los costos necesarios para que el contratista obtenga no sólo el monto de las inversiones realizadas en el curso de un contrato estatal, sino que además deberá reconocerle y pagarle sus utilidades, lucros o ganancias, desde luego razonables y ceñidas a las condiciones iniciales del contrato¹⁰.

En decisión arbitral del 10 de marzo de 1999 proferida dentro del proceso de Maeco Ltda. contra el Fondo Nacional del Ahorro¹¹ se afirma el postulado de la intangibilidad de la remuneración del contratista, en los siguientes términos:

En la demanda se pide declarar que en desarrollo del contrato 003/94 y sus adicionales 074/94 y 015/95, se presentaron circunstancias imprevistas que crearon una situación de excesiva onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista y alteraron el equilibrio económico o ecuación económica del contrato.

Sobre este punto, puede decirse que a lo largo de este laudo se han precisado circunstancias imprevistas en el desarrollo del contrato que

¹⁰ Árbitros Adelaida Ángel, Pilar Salazar y Jaime Vidal.

¹¹ Árbitros Marcela Monroy, Gaspar Caballero y Carlos Manrique.

crearon una situación onerosa para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista y que alteraron el equilibrio económico o ecuación económica del mismo especialmente cuando se tratan los siguientes aspectos.

Es natural que en todo contrato administrativo el contratista busca su interés financiero, su legítimo beneficio y precisamente por ello la doctrina y la jurisprudencia han señalado el criterio de que aquél tiene derecho a que se le asegure ese beneficio, el mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato o restablecimiento de la ecuación financiera del mismo, que no es sino aplicación del principio de la intangibilidad de la remuneración del contratista.

En laudo arbitral proferido el 13 de septiembre de 1999, dentro del proceso promovido por Juan Fernando Góngora contra Telecom, se invocó la jurisprudencia del Consejo de Estado de 9 de mayo de 1996 como sustento de la decisión que se adoptó, en el sentido de aceptar parcialmente la reclamación formulada por rompimiento del equilibrio económico generado por los efectos que, en la economía del contrato, provocaron las secuelas dejadas por el paso de un huracán sobre la isla de San Andrés¹².

La postura se reitera en laudo del 4 de noviembre de 1999, proferido dentro del proceso de Sepúlveda Lozano contra el Municipio de Villavicencio¹³, en el que se sostiene enfáticamente que el contratista tiene derecho a que la administración le preserve íntegramente el beneficio pactado, cuando quiera que un desequilibrio sobrevenga por causa no imputable al propio contratista:

Por tanto, el daño que se ocasiona al contratista al desequilibrar la economía del contrato, debe serle resarcido en su totalidad, y estos son los criterios legales y jurisprudenciales vigentes hoy en Colombia. Por otra parte, el principio de la buena fe con la que deben ser ejecutados los contratos, del que da cuenta la codificación civil en su artículo 1603, en consonancia con el artículo 861 del Código de Comercio, alcanza hoy verdadera jerarquía constitucional, mediante el artículo 83 de la Constitución Política de 1991.

Así pues, la reparación del desequilibrio económico del contrato que restaure la ecuación pactada *ab initio*, debe comprender las dos modalidades que integran la reparación plena, o sea, el reconocimiento del daño emergente y la del lucro cesante. El primero, repone lo perdido, reembolsando los gastos efectuados por el damnificado, y el segundo, restaura o asegura las ganancias dejadas de percibir por razón del daño sufrido.

(...)

Desde el momento en que se consideró al contratista de la administración como su colaborador, aunque interesado pecuniariamente y subordinado jurídicamente, el derecho público ha venido señalando con base, además, en los fundamentos de la buena fe contractual, la equidad y el principio de

¹² Árbitros Ernesto Gamboa, Alberto Hernández y Mauricio Sarria.

¹³ Árbitros Jaime Rohenes Mathieu, César Gómez Estrada y Carlos Betancur Jaramillo.

igualdad ante las cargas públicas, la obligación de aplicar el principio general del equilibrio económico y financiero del contrato. Al contratista debe respetársele la utilidad esperada en todos los casos en que el daño se haya causado sin su voluntad, porque esos principios deben presidir la responsabilidad de la administración tanto contractual como extracontractual.

Con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en el laudo de 15 de mayo de 2000, dictado para resolver las diferencias surgidas entre Gisaico e Invías¹⁴ se sostiene que las circunstancias ajenas y externas a las partes, sobrevinientes a la celebración del contrato, que afecten la equivalencia de las prestaciones, deben corregirse permitiendo que el contratista “perciba en todo caso la remuneración pactada. Nada más, pero tampoco nada menos”.

En contraste, en el laudo del 28 de mayo de 2000, dictado dentro del proceso arbitral promovido por el Consorcio Cosacol contra ECOPETROL se señala que el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato va hasta el punto de no pérdida¹⁵:

Ya se expuso y el tribunal reitera, el principio del restablecimiento del equilibrio económico en la contratación estatal se inspira en razones de interés general y de orden público para que el particular que celebre contrato con una entidad estatal pueda mantener la equivalencia pactada y atender plenamente sus compromisos, sin sufrir afectaciones patrimoniales. Las alteraciones o modificaciones del valor intrínseco de las prestaciones que lleguen a ocurrir deben ser corregidas o equilibradas para preservar la ecuación económica del contrato, la reciprocidad de las prestaciones y la buena fe.

Por eso, el tribunal vuelve sobre el artículo 50 de la Ley 80 que dispone, ante la alteración o modificación de las prestaciones, que la ocurrencia de situaciones imprevistas no imputables al contratista permiten el restablecimiento del equilibrio económico a un punto de no pérdida.

[...]

El numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 fija los criterios para restablecer el equilibrio de la ecuación económica de los contratos estatales por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables al contratista “...a un punto de no pérdida...”, que se traduce en que el contratista no se afecte en una disminución del resultado económico de la prestación pretendida al tiempo del convenio o los mayores costos que asume por virtud de las situaciones imprevistas que se originan. No es cualquier clase de beneficio o utilidad o de costos los que pueden apreciarse en derredor del equilibrio económico que se rompe o altera. No. El restablecimiento se enmarca en la disminución patrimonial y en los costos causados por las situaciones imprevistas y todo dentro del concepto de daño emergente

¹⁴ Árbitros, Javier Tamayo Jaramillo, Enrique Laverde Gutiérrez y Guillermo Bueno Miranda.

¹⁵ Árbitros María Cristina Morales de Barrios, César Gómez Estrada y José Alejandro Bonivento.

únicamente.

[...]

Por último, si el restablecimiento del equilibrio económico procede por situaciones imprevistas, la parte afectada sólo podrá aspirar a que se le reconozca el daño emergente o sea a un punto de no pérdida. y si la aplicación del principio de la preservación de la ecuación financiera se logra por el incumplimiento de la entidad estatal de sus deberes contractuales, causante precisamente, del rompimiento de la equivalencia contractual, tendrá derecho el contratista tanto al daño emergente como a las utilidades dejadas de percibir.

En el laudo que se dictó el 30 de octubre de 1997, dentro del proceso arbitral de Constructora Odebrecht vs. Ferrovías¹⁶, se afirma que el derecho del restablecimiento del equilibrio económico va hasta dejar al contratista en punto de no pérdida.

En cambio, en el laudo arbitral del 6 de junio de 2001, proferido para resolver las diferencias entre Incoequipos S.A. y Saleh y Torres Ltda, por una parte, y Coinco Ltda., por la otra parte, se sostiene la tesis según la cual, cuando se presenta una situación de desequilibrio cuya causa no sea imputable a la parte que lo padece, se le debe reconocer al contratista afectado una “compensación integral, completa y razonable de los gastos en que incurrieron por causa del rompimiento de dicho equilibrio”¹⁷.

La jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el derecho del contratista a la intangibilidad de su remuneración también se invoca en otros laudos posteriores, al fundamentar las decisiones que se adoptan¹⁸.

La polémica que suscitó el cambio jurisprudencial que se dio con la posición adoptada por el Consejo de Estado en 1996 y que se reiteró en diversos fallos ulteriores, tenía que ver con el hecho de que, de acuerdo con la Ley 80 de 1993, el Estado garantiza al contratista la protección del derecho a obtener utilidades, lo que fue entendido, en ese estado de desarrollo de la jurisprudencia contencioso administrativa, como la garantía estatal de las utilidades del contratista en todo evento en el que la merma o desaparición de

¹⁶ Árbitros Carlos Enrique Marín, Rafael Baquero Herrera y Carlos Enrique Campillo.

¹⁷ Árbitros María Clara Michelsen Soto, Ricardo Vanegas Beltrán y Héctor J. Romero Díaz.

¹⁸ Véase por ejemplo el laudo de 10 de abril de 2003, dictado dentro del proceso de Compañía de Estudios e Interventorías S.A. CEI vs. Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, árbitros Hernando Herrera Mercado, Libardo Rodríguez Rodríguez y William Namén Vargas, y el laudo de 20 de noviembre de 2003, por el cual se resolvieron las diferencias entre Concesión Parqueadero Calle 90 S.A. vs. Instituto de Desarrollo Urbano - I.D.U., árbitros Enrique Gaviria Liévano, Marco Tulio Gutiérrez Morad y Carlos del Castillo Restrepo (en este laudo se formulan planteamientos contradictorios, pues de un lado se afirma que “nuestro ordenamiento jurídico consagra, como hemos visto, el reconocimiento total de los mayores costos y el respeto de la utilidad estimada” y, de otra parte, se sostiene que “el numeral 1º del artículo 5º ... consagra el derecho que tiene el contratista a que la administración le restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida, por las situaciones imprevistas que no le sean imputables”).

las utilidades no se debiera a culpa del propio contratista, lo cual, desde la otra orilla del análisis, suponía desconocer que en la misma Ley 80 de 1993 se previó que el derecho del contratista al restablecimiento de la ecuación económica debía darse hasta colocar a dicho contratista en un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas no imputables al contratista afectado.

La posición del Consejo de Estado respecto del alcance ampliado de la obligación impuesta al Estado contratante en caso de desequilibrio económico por situaciones imprevistas, se mantuvo hasta el año de 2004, cuando mediante sentencia del 26 de febrero, expediente 14043, sostuvo que frente a hechos imprevisibles, que alteraran de manera significativa el equilibrio del contrato, la administración está obligada a compensar la afectación patrimonial sufrida por el contratista, el “desmedro sufrido”, que se precisa sólo conlleva “el deber legal de llevar al contratista a un punto de no pérdida”, es decir que “no surge la obligación de reparar la integridad del perjuicio”.

Sobre el planteamiento según el cual el restablecimiento del equilibrio económico originado en situaciones exógenas a la conducta de las partes corresponde a una reparación de un perjuicio causado, que también está presente en la jurisprudencia arbitral, volveremos más adelante, para expresar nuestro desacuerdo.

La tesis que apunta a fijar la frontera del restablecimiento del equilibrio económico en el escenario en el que el contratista queda en punto de no pérdida se sostuvo en los laudos arbitrales de 10 de noviembre de 2004, mediante los cuales se resolvieron de idéntica manera las diferencias entre Caracol Televisión y la Comisión Nacional de Televisión, en uno de los litigios, y entre RCN Televisión y la Comisión Nacional de Televisión, en el otro¹⁹, en los cuales se planteó:

Cuando el restablecimiento del equilibrio económico procede por situaciones imprevistas de que trata el artículo 5º, la parte afectada solo podrá aspirar a que se le reconozca el daño emergente o sea a un punto de no pérdida, pues lo que se pretende es mantener el equilibrio comercial sin conceder ventajas o prerrogativas económicas. Y si la aplicación del principio de la preservación de la ecuación financiera se logra por el incumplimiento de la entidad estatal de sus deberes contractuales causante, precisamente, del rompimiento de la equivalencia contractual, tendrá derecho el contratista tanto al daño emergente como a las utilidades dejadas de percibir, en cuanto la ocurrencia de la desatención de los deberes contractuales determina en buena parte el rompimiento simétrico del acto.

Debe aquí mencionarse que el Gobierno Nacional, en el contexto de la reciente reforma a la ley de contratación administrativa, en el ánimo de terciar en la discusión respecto del alcance del restablecimiento del equilibrio económico, cuando el mismo se produce por situaciones imprevistas, le propuso al

¹⁹ Árbitros Antonio José de Irisarri Restrepo, José Alejandro Bonivento Fernández y Ramón Eduardo Madriñán de la Torre.

Congreso de la República y obtuvo el beneplácito de éste para derogar parte del inciso segundo del artículo 3º de la Ley 80 de 1993, en cuanto a la proposición en la que se postulaba que el Estado garantizaba la protección de las utilidades del contratista²⁰, derogatoria que quedó consagrada en la Ley 1150 de 2007.

Al parecer la preocupación del Gobierno Nacional se explicaba por las implicaciones económicas adversas que para la Administración se desprendían de la adopción de la línea jurisprudencial en la que se reconoce que frente a situaciones de desequilibrio sobreviniente, el contratista tiene derecho a que la administración le reconozca las utilidades dejadas de percibir como consecuencia de la actividad desplegada para enfrentar la situación que había emergido y alterado la economía del contrato²¹.

Si bien debe reconocerse, de una parte, que la lectura que se hizo de la norma, condujo a que durante algún tiempo la jurisprudencia del Consejo de Estado, acogida en diversos arbitrajes, le confiriera al contratista la máxima protección posible, sin preocuparse de explicar cómo se superaba la fricción que tal planteamiento generaba frente a la disposición del mismo estatuto de contratación administrativa, que limita ese reconocimiento a aquello que permita al contratista quedar en punto de no pérdida, no es menos cierto que el aparte de la disposición en comento admitía otros entendimientos, que de ninguna manera riñen con la concepción que el Gobierno estaba interesado en hacer prevalecer:

El Estado, bajo el precepto mencionado (...), está asumiendo una garantía de protección a la utilidad que el contratista aspira legítimamente a obtener en función de la ecuación trazada al celebrar el contrato, con los ajustes que para la preservación de dicha ecuación deban hacerse, sin que ello signifique que el Estado deba preservar en cualquier escenario la utilidad en mención, pues lo que la norma está mandando es una conducta de la entidad estatal que sea consecuente con la tutela ofrecida y nada más.

²⁰ El alcance preciso de la derogatoria se puede observar en la reproducción que enseguida se hace del mencionado inciso, en la que se ha subrayado el texto derogado: “Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colabora con el Estado en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

²¹ A la reforma de la Ley 80 de 1993, en cuyo contexto se produjo la modificación que se menciona, se llegó después de sucesivos intentos. En el proyecto presentado a la consideración del Congreso de la República en 2004, se señalaba que la reforma propuesta en materia de equilibrio económico, mucho más ambiciosa que la finalmente se planteó con ocasión del proyecto que derivó en la expedición de la Ley 1150 de 2007, y ciertamente más desafortunada, se basaba en la consideración de que la multiplicidad de normas que en la Ley 80 de 1993 tratan el desequilibrio económico generan complicaciones, complicaciones que, según el Gobierno Nacional, se explican por el hecho de que la regulación “en algunos casos engloba dentro del equilibrio la ocurrencia de imprevistos y los eventos de incumplimiento de la entidad contratante, y en otros le da un espectro mayor al que ha caracterizado a esta institución, conforme al cual corresponde a las entidades proteger y garantizar el margen de utilidad del contratista, con las implicaciones que a nivel de responsabilidad y de manejo presupuestal comporta esta interpretación”.

La norma del inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 que en el proyecto de 2005 se propone derogar parcialmente [se está haciendo referencia al proyecto que se convirtió en la Ley 1150 de 2007] es uno de los pilares de la concepción bajo la que se estructuró la ley de contratación de 1993, derogatoria que se planeta sin más, no obstante que el precepto en mención parte de un enunciado legítimo. En efecto, al contratista, que interactúa con la Administración y debe aceptar la superioridad contractual que se expresa desde la fijación por la entidad de las condiciones de la contratación y que se reafirma con la atribución de poderes excepcionales de dirección del contrato, en cuya virtud la entidad contratante adquiere la potencialidad de afectar radicalmente el curso de la vida del mismo, se le ofrece como contrapartida un amparo de protección respecto de la utilidad que para él provendrá del contrato, en el sentido de que la misma no tiene porqué afectarse por la actividad contractual de la Administración en sus diferentes manifestaciones.

El Estado garantiza la protección de la utilidad y la protección de la utilidad está dada por el respeto que debe darle la entidad contratante a lo que en esa materia se ha acordado y se da también por la aplicación de las restantes normas que regulan esa materia dentro del estatuto de contratación, es decir que la regla contenida en ese precepto se deberá aplicar integrándola con otras que son pertinentes por la estrecha relación que guardan, en orden a fijar su verdadero alcance. En efecto, la norma en cuestión se debe relacionar con otras de la Ley 80 de 1993, como el inciso 2º, del numeral 1º, del artículo 5º, al momento de juzgar la implicación que la disposición pueda tener frente a fenómenos exógenos a la actuación de la entidad, como los relacionados con el acaecimiento de situaciones imprevistas.

No parece razonable pensar que la reacción negativa que algunos sectores han expresado frente a algunos fallos judiciales, que no revelan una tendencia jurisprudencial definida, se utilice como pretexto para hacer tabla rasa de una regla cuyo contenido es razonable, dentro de una interpretación sistemática de la ley; ni tampoco parece apropiado improvisar una reforma que, sin un estudio sociojurídico detallado, con alcance cualitativo y cuantitativo, valore las reales implicaciones que se han derivado de la existencia de este precepto en el ordenamiento y que, de paso, analice si el único campo de aplicación predicable del mismo está relacionado con la visión de que el Estado le asegura al contratista que siempre que haya desajuste frente a lo inicialmente pactado, la utilidad se mantendrá íntegra. Además, una reforma en esta materia debería partir de un examen del conjunto de la regulación sobre equilibrio económico, que llevara a hacer una presentación sustentada de las ideas rectoras de la reforma propuesta y no proceder a elaborar propuestas de normas preparadas a la carrera y, por lo mismo, con protuberantes defectos técnicos²².

²² FERNANDO SILVA GARCÍA, La distribución del riesgo en la contratación estatal, en proceso de publicación.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, según ha quedado en evidencia en la exposición hecha en este documento, ya había tomado un curso de pensamiento distinto, en una dirección en la que también se ha orientado la jurisprudencia arbitral, de manera que proceder a derogar la proposición que, en el inciso 2º del artículo 3º de la Ley de 1993, le garantizaba al contratista la protección estatal de la remuneración que en su favor se hubiere pactado, o que con arreglo a la propia ley se le debe reconocer, fue no sólo innecesaria, sino desafortunada.

Además, no puede perderse de vista que la dogmática jurídica que postula la ayuda parcial al contratista fue concebida en el derecho administrativo como un remedio a la dureza de la fórmula "*pacta sunt servanda*" edificada en el derecho privado, pero en la medida en que en el derecho contemporáneo se ha consolidado la concepción de justicia conmutativa que está implícita en el acogimiento de la teoría de la imprevisión, se va haciendo más evidente la necesidad de revisar la tesis que, en el campo del derecho administrativo contractual, predica la ayuda de alcance limitado al contratista, como solución parcial a la problemática del desequilibrio.

Aquí es necesario resaltar que en la reforma que se adoptó con la expedición de la Ley 1150 de 2007 parece haber prevalecido la idea de reducir el impacto que para las finanzas públicas se deriva de tener que asumir las consecuencias de decisiones judiciales en las que se pronuncie una decisión en el sentido de reconocerle al contratista, de manera íntegra, las utilidades dejadas de percibir como consecuencia de un desequilibrio económico sobreviniente no imputable a ninguna de las partes, lo cual es loable como formulación general, pero que es una posición que puede y debe ser criticada si no viene acompañada de una sólida sustentación teórica, en la que se justifique la razonabilidad de la misma, sustentación que está totalmente ausente en la tramitación de la Ley 1150 de 2007.

En todo caso, es lo cierto que:

- a) La posición que creía ver en el texto derogado del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 una puerta para admitir el reconocimiento íntegro de todo lucro dejado de percibir por el contratista, en un contexto de desequilibrio generado por causa no imputable a las partes, no tenía un sustento claro en el texto por cuya derogatoria optó el legislador;
- b) La norma derogada proclamaba un postulado que, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, debería tener reconocimiento explícito en la contratación estatal, en el sentido de que el Estado respetará las utilidades que se han convenido por las partes en un contrato estatal con los ajustes que la propia ley establece en determinadas situaciones, asunto que cobra importancia creciente, especialmente en los tiempos presentes en los que en algunos países de la región se ven decisiones gubernamentales unilaterales que, por consideraciones políticas, alteran abrupta y arbitrariamente las reglas del juego que las partes acordaron en cuanto a los derechos que un contrato válidamente celebrado otorgó al contratista, es decir, decisiones de autoridad con las que se deja

- desguarnecido al contratista de toda protección en cuanto al derecho que le asiste a que las utilidades pactadas sean respetadas;
- c) Por el sólo hecho de la derogatoria del aparte de la norma que se refería a la protección que el Estado ofrecía al contratista en cuanto a su derecho a obtener utilidades no cierra el debate que se podrá plantear, bajo una interpretación sistemática de las normas sobre equilibrio económico, en cuanto a si lo que se debe reconocer al contratista es tan sólo una ayuda o si se debe ir mucho más allá, sin perjuicio de que el analista del tema no puede dejar pasar por alto el hecho de que el propio legislador dibujó en el artículo 5º de la Ley 80 de 1993 una regla en la que dispuso que el rompimiento del equilibrio del contrato por causa no imputable a alguna de las partes se debe resolver redefiniendo los términos de la relación, de modo de dejar al contratista en un punto de no pérdida, y;
 - d) Se rehuyó el debate en cuanto a si la concepción clásica que postula un régimen de ayuda al contratista, la cual tan sólo mitiga los efectos adversos de un desequilibrio económico como el mencionado, es una respuesta equitativa, que se atempere con las directrices de justicia contractual que deben prevalecer en las relaciones entre la Administración y el contratista, como lo proclama reiteradamente el propio legislador en la Ley 80 de 1993.

2.3. La gestión contractual de la administración en la estructuración del contrato y su implicación en la configuración de situaciones de desequilibrio durante su ejecución

Otra de las aristas que afloran al efectuar un análisis de las decisiones adoptadas por tribunales de arbitramento es la que se relaciona con la improvisación que con frecuencia se advierte en la gestión contractual de la administración pública, la cual se vuelve causa primaria de la generación de problemas en la ejecución de los contratos, problemas que el Estado tiene que terminar reconociendo en el plano de la corrección del desequilibrio económico que se provoca cuando la propuesta se estructura sobre ciertas bases técnicas y económicas, que luego se desdibujan de manera significativa al momento de ejecutar los trabajos, sin que las entidades demandadas puedan esgrimir argumentos razonables para justificar la situación que se provoca por una omisión en su conducta que, incluso, en ocasiones resulta difícil compatibilizar con el dictado de la buena fe, especialmente cuando las falencias en los estudios que se suministran a los contratistas se pretenden mitigar mediante el expediente de transferir a los mismos, sin justificación alguna, el riesgo originado en la ausencia de información consistente o de estudios serios, que permitan prever con razonable certeza el camino que se deberá recorrer para culminar una obra y los áleas normales que en ese contexto se pueden y se deben soportar por el contratista para llevar a feliz término un trabajo encomendado.

Un ejemplo de lo dicho se aprecia al examinar el laudo proferido en el proceso

arbitral de Sepúlveda Lozano contra el Municipio de Villavicencio²³:

... [Co]mo acaba de verse, esta providencia en aparte anterior, consideró que el contrato se celebró a “precio global” y nunca cambió de naturaleza, por consiguiente, las mayores obras se encuentran cobijadas por el alea normal que conlleva la modalidad de contratación acordada entre las partes y en consecuencia no procede ordenar su reconocimiento.

[...]

... Encuentra el tribunal que en punto al pretendido desequilibrio contractual, tal fenómeno sólo podría operar en la medida en que las mayores cantidades de obra en que incurrió el contratista, se ubicaran por fuera del alea que supone la modalidad del contrato a precio global.

Sin embargo, si como lo alega la parte convocante, tal fenómeno se sucedió en virtud de la deficiente información que contenían los estudios suministrados por el municipio, ello plantea un problema diferente y hace surgir, sin duda, la figura del desequilibrio económico del contrato que comporta unos efectos jurídicos completamente diferentes a los que se pueden establecer bajo la óptica exclusiva de la modalidad del contrato, todo ello, para determinar si surge la obligación de indemnizar al contratista por el valor de esos mayores volúmenes de obra.

[...]

Resulta indudable además que el contratista debió atenerse, para formular su propuesta a los estudios presentados por el municipio, como era su deber de Concursante, y además, porque los datos allí consignados así se lo permitían. De hecho el contrato pudo haberse desarrollado sin contratiempos, por este aspecto, si los datos suministrados en tales estudios hubieran coincidido, al menos, en términos generales, con las condiciones objetivas que se encontraron durante la ejecución de la obra. Pero resulta que las diferencias fueron totales, como lo afirma la prueba recaudada, hasta el punto que obligó al contratista a ejecutar mayores cantidades de obras, cuyo costo el contratante se negó a reconocer.

[...]

Así las cosas, si el contratista edificó su propuesta con fundamento en los estudios aportados por el municipio y tales estudios, según ha quedado probado, resultaron diferentes a la realidad encontrada, por cuya razón el contratista hubo de incurrir en unas mayores cantidades de obras, descritas por los mismos peritos, resulta elemental concluir que el municipio debe indemnizar en este aspecto al contratista, ya que por lo demás en el análisis de la prueba pericial quedó expresamente demostrada la relación de causalidad entre la deficiencia de los estudios y los mayores volúmenes de obra que se vio obligado a ejecutar el contratista, al tenor de lo que sobre el particular consignan los peritos en el folio 68 del dictamen.

²³ Laudo proferido el 4 de noviembre de 1999, árbitros Jaime Rohenes Mathieu, César Gómez Estrada y Carlos Betancur Jaramillo.

También puede citarse el laudo proferido en el caso de Diego Jaramillo contra la CAR, del 5 de mayo de 1998²⁴, en el que el contratista reclama el reconocimiento del desequilibrio contractual provocado por haber tenido que cambiar el sitio previsto en la propuesta para botar los desechos de la obra encomendada, pues aunque el pliego determinó que tal sitio sería designado por el contratista, también previó que el mismo tenía que ser aprobado por el interventor, que actúa como delegado de la propia entidad contratante, aprobación que se debía dar durante la fase de ejecución del contrato, y en la medida en que el sitio propuesto por el contratista era un humedal, situación conocida por la CAR pero ignorada por el contratista, la entidad contratante estaba en la posibilidad de conocer que el mismo no podía ser elegible como botadero de materiales y ha debido pronunciarse en ese sentido, antes de la adjudicación; al no hacerlo, deja abierta la puerta para la prosperidad de la solicitud del contratista, toda vez que se alteran las bases bajo las cuales se configuró la conmutatividad del contrato.

Así mismo, en el laudo arbitral dictado el 5 de mayo de 1997, dentro del proceso de Sepúlveda Lozano vs. el IDU²⁵ se resalta el deber que la entidad contratante tiene de actuar con diligencia en la estructuración del proyecto cuya ejecución se le encomienda al contratista:

El tribunal entiende que bajo esta hipótesis de análisis no es dable enlistar aquellas modificaciones que se presentan en vigencia de un contrato y cuyo objeto es corregir deficiencias iniciales en la concepción teórica del proyecto. En estos eventos se estaría ante la hipótesis primera que hemos denominado responsabilidad contractual por incumplimientos obligacionales. El incumplimiento de deberes obvios que apuntan a que los estudios y análisis que sirven de base para la realización de los trabajos sean serios, razonables y previsiblemente ajustados a la realidad, se erige en la real causa eficiente de dichas modificaciones.

En resumen, puede decirse que la diligencia con la que actúe la entidad estatal en la definición de las bases bajo las cuales edifica el marco que servirá de guía al contratista para la ejecución del contrato es fundamental para prevenir la configuración de situaciones que después alteren la ecuación económica del contrato. Si la entidad contratante actúa en forma no diligente, si contraría el deber de obrar con buena fe, al dejar de revelar potenciales situaciones que cambien las reglas del juego a las que debe en principio someterse el contratista, tendrá que asumir las implicaciones adversas que se lleguen a presentar.

2.4. La limitación a la arbitraria distribución del riesgo contractual

El aporte de la jurisprudencia arbitral ha sido también importante para discernir el alcance que debe dársele a las cláusulas que, sin mayores elementos de

²⁴ Árbitros Humberto Mora Osejo, Álvaro Tafur Galvis y Martha Cediél de Peña.

²⁵ Árbitros Luis Guillermo Dávila Vinuesa, Jaime Rohenes Mathieu y Álvaro Dávila Peña.

información, que sirvan para valorar las implicaciones de lo que en ellas se expresa, pretenden atribuirle al contratista un conocimiento pleno de situaciones fácticas que no resultaba posible establecer con la información disponible al momento de contratar. Lo antes expuesto puede apreciarse en el laudo proferido el 2 de septiembre de 1992, dentro del proceso de Impregilo S.P.A. y Estruco S.A. contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá²⁶:

No puede aceptarse, por ser contrario al derecho, a la ley y a la justicia, que el contratista al suscribir las citadas cláusulas haya renunciado de antemano a todos los derechos que la ley colombiana le reconoce como mecanismo para hacer factible la ejecución de las obras mismas, protegiendo, simultáneamente, su patrimonio o su derecho a la remuneración convenida; máxime, cuando en el momento de suscribir el contrato, justamente no se tenía noticia de su posible ocurrencia ni de la magnitud de esos eventos o circunstancias que podrían generar mayores costos o desequilibrio contractual.

El principio **res perit domino** (las cosas perecen para su dueño) ha sido reconocido desde tiempo atrás en nuestro derecho. Por ello, los riesgos “imprevisibles”, “anormales” o no “conocidos”, que generan mayores costos de ejecución de las obras, no pueden correr por cuenta del contratista; deben serlo por el dueño de la obra.

Es de común inclusión en los pliegos y en los contratos de la administración, cláusulas que hacen suponer que el contratista lo sabe todo. Con una visita física al lugar donde la obra va a construirse, debe quedar enterado del comportamiento de los suelos, de la estabilidad de la cordillera, debe detectar errores de los estudios técnicos y de factibilidad, (los cuales en muchas ocasiones requirieron de varios años), etc., y se supone que al contratista no se le puede pasar “lo que el estudio no dijo” o “no señaló”.

Este tipo de cláusulas que pretenden desconocer la teoría de la onerosidad sobreviniente en cualquiera de sus modalidades, tiene consecuencias graves: si el contratista tiende a cubrirse de lo “imprevisible” o “no conocido” que pueda llegar a ocurrir en el desarrollo de la obra o de la ejecución del contrato, el precio de su propuesta será exagerado si nada de lo supuesto llega a ocurrir; pero, si solamente incluye en el precio ofrecido lo que resulte razonablemente previsible, corre el riesgo de sufrir graves consecuencias económicas en caso de que se presente un acontecimiento excepcional o anormal, además de que la entidad, a su vez, corre el riesgo de que la obra no pueda ser concluida.

Por ello, el alcance de cláusulas como las que se comentan, ha de interpretarse en el sentido de que sólo puede involucrar una manifestación respecto de aquello que resulte “razonablemente previsible”.

El asunto planteado en el laudo arbitral al cual se ha hecho referencia cobra especial relevancia frente al nuevo escenario que se presenta con la

²⁶ Árbitros Susana Montes de Echeverri, Alberto Preciado Peña y Jorge Rueda Saenz, proferido.

incorporación, en la Ley 1150 de 2007, de una norma según la cual la Administración debe incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible. La falta de definición de criterios rectores para la distribución que la ley ordena, puede derivar en una asignación de riesgos basada en una distribución arbitraria de los mismos, en la medida en que dicha distribución se realice de manera mecánica, con base en modelos predefinidos, o en la medida en que la distribución se haga asumiendo que todos los riesgos listado de manera vaga o general deben ser asumidos por el contratista. Una actuación de la Administración que se desarrolle en la forma indicada debe ser rechazada por contrariar el postulado de la buena fe y por envolver un ejercicio abusivo del poder contractual que se le confiere.

También debe llamarse la atención sobre el riesgo al que se puede ver expuesta la Administración cuando, como consecuencia de una inadecuada distribución de los riesgos, deje de pronunciarse sobre la asignación de algunos de ellos, que deberían quedar en cabeza del contratista, pues la falta de tal pronunciamiento podría tener consecuencias negativas para la entidad contratante, en el sentido de que la no asignación sea entendida como asunción por parte de la entidad.

Si el pliego de condiciones o su equivalente, que prepare la entidad contratante en cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, debe contener la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible, ¿puede entenderse que, por determinación del legislador, la no inclusión de un riesgo determinado supone que al mismo no se le pueda atribuir el carácter de previsible, a pesar de que tradicionalmente el riesgo en cuestión haya sido visto como tal en contratos semejantes?, o, planteado desde otra perspectiva el problema jurídico, ¿ha de entenderse, como consecuencia del postulado de la ley que se comenta, que la categorización de un riesgo como previsible lo convierte en tal, con independencia de las circunstancias en que el mencionado riesgo se configure o se concrete en el contexto de la ejecución del contrato?

Somos de la opinión que no sería posible deducir de manera categórica una respuesta afirmativa en el sentido de que se le haya de atribuir el carácter de previsible a todo riesgo por el sólo hecho de haber sido calificado como tal por la entidad contratante, ni tampoco que sólo pueda aceptarse como previsible aquel riesgo que haya sido objeto de la anotada calificación, al tiempo que es inevitable reconocer que el ejercicio que realice la entidad contratante tendrá gran incidencia en la configuración del mapa de distribución de riesgos y en la valoración de las consecuencias que se han de desprender para las partes de esa distribución, aún con prescindencia de la regla legal contenida en la Ley 1150 de 2007.

Desde otra perspectiva, también se encuentran pronunciamientos arbitrales en los que se descarta la licitud de pactos enderezados a plantear renuncia anticipada al ejercicio de los derechos que la Ley 80 de 1993 establece a favor de los contratistas, cláusulas con las que se llega, por otra vía, a una

inadecuada asignación de riesgos, aunque postulan la tesis según la cual la renuncia puede ser válida en ciertos escenarios en los que, de cara a una situación particular y concreta, el contratista renuncia al derecho a obtener el restablecimiento.

Dentro de la corriente expuesta se encuentra el laudo arbitral dictado para resolver las diferencias entre el Consorcio Cosacol y ECOPETROL²⁷, en el que se expresa:

Más aún: la preservación del equilibrio económico que se persigue sea reconocida judicialmente, se construye en razones de orden público y con fundamento en el carácter imperativo que tiene la Ley 80 de 1993. En verdad, se comprometen los intereses generales de la sociedad por encima de los particulares de los asociados. Asumir de antemano cualquier costo que resultare de la ejecución de un contrato es quitarle, en una eventualidad que no puede ser compartida por un ordenamiento que se edifica en la prevalencia de los intereses generales de la contratación estatal, estabilidad y equivalencia a los contratos que se celebren con entidades estatales.

El carácter de orden público, propio del principio del restablecimiento del equilibrio económico, que proclama la Ley 80 de 1993, impulsa una conclusión: la renuncia anticipada que se haga a cualquier reconocimiento económico, carece de fuerza sustancial.

La renuncia general y anticipada, por tanto, no puede servir de argumento o pretexto ala (sic) entidad estatal contratante para oponerse o impedir que haya un pronunciamiento sobre el rompimiento de la ecuación económica alegada por el consorcio convocante si llegaren a darse los supuestos de ley para un reconocimiento de aquel principio.

Cuestión distinta sería que la renuncia se hiciera de manera concreta y ante una situación determinada en cuanto el contratista renuncie a las prestaciones que le correspondan por motivo del restablecimiento del equilibrio económico, que no es la que se invoca por las entidades convocadas.

En la misma dirección se orienta el laudo proferido el 15 de marzo de 2002, dentro del proceso arbitral de Augusto Moreno Murcia y otros contra el Invías²⁸:

La preservación del equilibrio económico en los contratos estatales, como ya se expuso atrás, se edifica en razones de orden público y con apoyo al carácter imperativo de los preceptos de la Ley 80 que lo consagran, pues compromete más los intereses generales de la sociedad que los intereses particulares de los asociados. Cuando una entidad estatal celebra un contrato lo hace en cumplimiento de sus funciones administrativas y con el fin de asegurar una correcta y plena prestación de los servicios públicos. En efecto, el principio del restablecimiento del equilibrio económico del contrato

²⁷ Laudo del 28 de mayo de 2000, árbitros María Cristina Morales de Barrios, César Gómez Estrada y José Alejandro Bonivento.

²⁸ Árbitros Álvaro Escobar Henríquez, Juan Pablo Cárdenas y José Alejandro Bonivento Fernández.

parte de la base de la necesidad para el interés público de ejecutar la obra o el servicio y por ello de la necesidad de asegurar que el contratista pueda hacerlo en los términos que fueron pactados.

Ese carácter de orden público, permite la indiscutible aseveración de que la renuncia anticipada que haga un contratista a cualquier reconocimiento económico, antes de la celebración o antes y durante de la ejecución del contrato, que pueda surgir o derivarse de una relación obligatoria estatal y se soporte en las circunstancias especiales que la misma ley consagra, no es válida, en cuanto quebranta, ciertamente, ese imperativo principio. Cualquiera que sea el motivo que lleve al contratista a consignar una renuncia, asimismo, carece de trascendencia sustancial no sólo por comprometer el orden público sino también la equidad que debe prevalecer en una relación contractual.

[...]

La situación es por el contrario bien distinta cuando ante un hecho concreto el contratista renuncia al restablecimiento del equilibrio, pues en tal evento el mismo puede apreciar la incidencia de dichos factores y la forma en que los mismos pueden afectar su capacidad de cumplir el contrato y si decide renunciar a ellos es porque considera que en todo caso está en capacidad de ejecutar el contrato.

... En esta medida, en principio, una renuncia al reconocimiento por mayor permanencia que se incluye en un acuerdo de prórroga de plazo en principio estaría prohibida por la ley, pues es claro que la ampliación del plazo queda condicionada a la renuncia, ya que en la medida en que se trata de un único acuerdo sólo si se renuncia se prorroga el plazo. Sin embargo, para el tribunal es perfectamente válida la renuncia a un determinado reconocimiento cuando quiera que ello obedece a un acuerdo de las partes para resolver de esta manera una controversia surgida entre ellas acerca del alcance de los derechos de las mismas.

Por el contrario, no sería válida la renuncia que se presenta cuando es claro el derecho del contratista, sin que exista una controversia seria sobre el particular, y simplemente la entidad contratante busca a través de la estipulación incluida en un acuerdo con el contratista privarlo de su derecho al restablecimiento del equilibrio.

En definitiva para el tribunal es claro que la renuncia a determinados derechos concretos por parte del contratista en un contrato adicional es válida cuando ella forma parte de un acuerdo para resolver las controversias surgidas respecto de ellos entre la entidad y el contratista. Por el contrario, cuando no existe al momento del acuerdo controversia real sobre el derecho de las partes, dicha renuncia es impuesta por la entidad estatal simplemente como una condición para firmar el acuerdo y por ello no es válida.

A nuestro juicio, la regla introducida en el artículo 3º de la Ley 1150 de 2007, según la cual la entidad estatal contratante tiene que realizar un ejercicio de estimación, tipificación y asignación de los riesgos que envuelve el contrato que se pretende celebrar, ejercicio que ha de reflejarse en el contenido del pliego de condiciones o en el documento que equivalga al mismo, y que además tiene que discutirse con los posibles oferentes, debe ser examinada con el mismo

prisma o con uno similar al aquél que sirve de base para los pronunciamientos arbitrales sobre los límites aceptables para una renuncia a la reclamación de ciertos desequilibrios que puedan sobrevenir en el curso de la ejecución de un contrato.

En efecto, en la medida en que se reconoce que las normas que regulan el principio de equilibrio económico son de orden público y envuelven mínimos de protección que no son renunciables en abstracto o de manera general, habrá de concluirse que un modelo de distribución de riesgos que pretenda hacer una mecánica asignación de los mismos al contratista debe ser ineficaz.

Por el contrario, un ejercicio de distribución de riesgos que constituya un trabajo en el que se haga un análisis ponderado de cada uno de los riesgos que se pretenden trasladar al contratista, se podrá considerar apropiado y consistente con el ordenamiento general en la materia, en cuanto con la asignación efectuada también la entidad pública contratante está asumiendo que en la propuesta deben quedar adecuadamente reflejados los costos que demanda para el contratista la asunción de tales riesgos, caso en el cual será del todo razonable que se vea cualquier tentativa del contratista que apunte a reclamar por un riesgo que de manera conciente asumió, y debió valorar y sopesar en sus posibles implicaciones.

En la medida en que, como consecuencia de la distribución de riesgos, se trasladen algunos de aquéllos que tradicionalmente debía soportar la entidad estatal contratante, de la órbita patrimonial de la misma a la órbita patrimonial del contratista, no podrá éste, en principio, formular reclamación por circunstancias que se presenten y alteren la economía del contrato.

En ese orden de ideas, puede sostenerse que si un determinado riesgo es asumido por el contratista, en el contexto de la distribución que se realice, el mismo habrá pasado a integrar el álea normal de ejecución del contrato. Sin embargo, la asignación del riesgo debe ser una definición que se adopte en el marco de un escenario en el que se reconozca (i) que el riesgo tiene que estar correctamente determinado en su alcance, (ii) que el contratista se hace cargo de lo razonablemente previsible respecto del riesgo de que se trata, y (iii) que la entidad contratante debe esperar que los oferentes incluyan, en el precio que formulen al presentar su propuesta, la implicación económica resultante del traslado del riesgo, y obrar en consecuencia al evaluar las ofertas.

No podrá, en cambio, arribarse a la misma conclusión sobre la implicación de una determinada asignación de riesgos si el ejercicio de distribución estuvo marcado por el signo de la arbitrariedad impuesta por la entidad contratante, ya que en ese caso se estaría llegando a un escenario semejante al que se contempla en los laudos arbitrales examinados.

En el laudo arbitral proferido el 30 de octubre de 1997, mediante el cual se resolvieron las diferencias entre la Constructora Norberto Odebrecht y otro vs.

Ferrovías²⁹, se rechaza la validez de una cláusula del pliego de condiciones mediante la cual la entidad contratante pretende exonerarse de responsabilidad frente a cualquier eventualidad en la que no sea posible lograr el perfeccionamiento de un contrato de empréstito, que según las condiciones pactadas debía concretarse como presupuesto para la ejecución del objeto del contrato celebrado, invalidez que el tribunal arbitral señala debe pronunciarse en el evento en que se establezca que la no obtención del empréstito tiene origen en la conducta desplegada por la propia entidad contratante.

También se encuentran pronunciamientos en los que se plantea que el retraso de la entidad contratante en el pago de las cuentas a favor del contratista constituye un hecho que desequilibra el contrato y que debe dar lugar a restablecimiento, el cual trasciende el simple ajuste que del valor correspondiente a dichas prestaciones se puede dar para compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. En la dirección antes anotada se orienta el laudo arbitral de Impregilo S.P.A. y Estruco S.A. vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá³⁰, en el que se afirma:

Asiste razón al consorcio al reclamar por el desequilibrio ocasionado por la mora en que ha incurrido en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá en los pagos de cuentas de obra y de ajustes.

Es evidente que una de las principales obligaciones que adquiere el ente contratante al celebrar un contrato, es la de pagar oportunamente sus obligaciones dinerarias y, por supuesto, su incumplimiento, su no satisfacción oportuna, genera consecuencias graves e injustas en la economía del contrato que afectaron al contratista.

Una cosa es el daño que se provoca a un contratista cuando el otro incumple sus obligaciones contractuales y perjudica a su contraparte, y otra diferente es el desequilibrio que se genera en la economía del contrato como consecuencia de hechos que se sitúan por fuera de la esfera de actuación de las partes y que tienen la virtualidad de afectar patrimonialmente a una de ellas.

En el escenario del incumplimiento hay que reparar el daño causado, mediante el resarcimiento íntegro de los perjuicios provocados. En el ámbito del desequilibrio, el ordenamiento jurídico se pronuncia, con los instrumentos ideados para el efecto, por una corrección del desajuste generado, buscando mantener la correspondencia que las partes establecieron como adecuada al momento de contratar.

La corrección del desequilibrio económico no es una indemnización del perjuicio causado a la parte que lo experimentó, puesto que el perjuicio se indemniza, en el plano de las relaciones contractuales, cuando se ha provocado un daño a la otra parte del contrato, daño que ha de tener origen en el comportamiento desplegado por quien debe repararlo, por su acción u

²⁹ Árbitros Carlos Enrique Marín, Rafael Baquero Herrera y Carlos Enrique Campillo.

³⁰ Laudo de Impregilo S.P.A. y Estruco S.A. vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, árbitros Susana Montes de Echeverri, Alberto Preciado Peña y Jorge Rueda Saenz, de fecha 2 de septiembre de 1992.

omisión. El planteamiento expuesto es el mismo sea que se esté en frente de un contrato estatal o de un contrato privado.

2.5. La distribución del impacto económico negativo de la concreción de un riesgo contractual no previsto

En laudo arbitral proferido el 30 de marzo de 2005 dentro del proceso de Datascore Ltd. y Plescom contra el ISS³¹ se sostiene la tesis de que, en frente de un riesgo contractual no previsto y, por ende, no distribuido “*ab initio*” en el contrato, éste debe ser afrontado por igual entre la entidad contratante y el contratista, en términos de una distribución del menor valor percibido por el contratista, no obstante que la decisión se sustenta en las normas contenidas en los artículos 3, 5-1 y 27 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 868 del Código de Comercio, norma esta última que se estima aplicable a la controversia para permitir el reconocimiento de la teoría de la imprevisión al contrato administrativo, por la remisión que en el estatuto de contratación administrativa se hace a las disposiciones comerciales y civiles, con arreglo al artículo 13 de la Ley 80 de 1993. En el laudo mencionado se reconoce que hubo hechos imprevistos e imprevisibles que sobrevinieron a la celebración del contrato, aunque la falta de previsión es imputada a culpa de las dos partes (culpa por no haber previsto).

La fórmula de repartición a la que se llega no tiene un referente normativo que le sirva de respaldo, toda vez que la norma del artículo 868 del Código de Comercio se orienta en la dirección del restablecimiento del equilibrio alterado por la onerosidad sobreviniente, con aplicación de la equidad, al paso que la decisión arbitral se inclina por un restablecimiento parcial del equilibrio, que tampoco se equipara completamente con el postulado según el cual el restablecimiento del equilibrio económico debe dejar al contratista en un punto de no pérdida.

2.6. La distribución del riesgo contractual en el marco del contrato a precio fijo y en el marco del contrato de concesión

En el laudo proferido para resolver las diferencias entre Augusto Moreno Murcia y otros contra el Invías, de fecha 15 de marzo de 2002, se planteó que si las partes han pactado la celebración de un contrato a precio fijo, el hecho de proceder de tal manera implica una forma de distribución del riesgo contractual, que deja sin efecto las previsiones legales sobre reajuste de precios en los contratos estatales, que regula la Ley 80 de 1993, a menos que se pruebe que ocurrieron circunstancias especiales que no era posible prever, diferentes a las del simple paso del tiempo, o a menos que demuestre que el contrato se prolongó más allá de lo acordado³².

³¹ Árbitro Guillermo Benavides Melo.

³² Árbitros Álvaro Escobar Henríquez, Juan Pablo Cárdenas y José Alejandro Bonivento Fernández.

En lo concerniente con la aplicación del principio del equilibrio económico a los contratos de concesión merecen resaltarse los laudos proferidos en relación con los canales de televisión, en los años 2001³³ y 2004³⁴, en los cuales se formuló reiteradamente la tesis de que los precios ya pagados por los concesionarios, como contraprestación por el derecho de explotación de los canales privados, debían ser revisados en consideración al efecto adverso que soportaron los concesionarios por la disminución de la pauta publicitaria como consecuencia de la grave crisis que hubo de soportar la economía colombiana, para cuyo efecto se consideró procedente confrontar el comportamiento que habían presentado los ingresos del respectivo canal privado por el concepto anotado, con los lineamientos que en esa materia se habían tenido en cuenta por el Gobierno Nacional para fijar las condiciones económicas bajo las cuales los concesionarios debían formular sus ofertas.

En los dos laudos del año 2001 se señaló, a propósito de la conmutatividad de los contratos de concesión examinados, lo siguiente:

La equivalencia o conmutatividad de las prestaciones de este contrato de concesión, se establecen entre las partes, según el valor de los derechos pagados por el concesionario y 'la participación en los beneficios que la misma (concesión) proporcione a los concesionarios, según la cobertura geográfica y la audiencia potencial del servicio' (L. 182/95, art. 5º, lit. g). O, lo que es lo mismo, por su participación en el mercado de la pauta publicitaria, más conocida técnicamente como inversión neta en publicidad de televisión o mercado de televisión.

Lo anterior significa igualmente que la ecuación contractual no se ve afectada por incidencia de otros ingresos o egresos obtenidos por el concesionario en ejercicio de otras actividades comerciales tales como la comercialización de productos en el exterior; ellas nada tienen que ver con el contrato de concesión propiamente dicho. Sería absurdo pretender restablecer la ecuación financiera de un contrato de esta naturaleza por las eventuales disminuciones de los ingresos del contratista ocasionados en esas actividades comerciales ajenas a la concesión.

Resulta interesante confrontar la línea de argumentación expuesta en los laudos proferidos en relación con las concesiones otorgadas a los canales privados de televisión, en los que se revisó el precio pagado por los concesionarios, bajo la premisa de su conmutatividad, con el análisis que se hace en el laudo dictado para solucionar el conflicto surgido entre Ocel y la Nación – Ministerio de Comunicaciones³⁵, en el que se sostiene que el contrato de concesión para la explotación del espectro electromagnético mediante la

³³ Laudos del 26 de noviembre de 2001, dictados para resolver las diferencias entre Caracol Televisión y la Comisión Nacional de Televisión, y entre RCN y la misma entidad convocada, árbitros Fernando Sarmiento Cifuentes, Gilberto Alzate Ronga y Rodrigo Noguera Calderón.

³⁴ Laudos del 10 de noviembre de 2004, dictados para resolver las diferencias entre Caracol Televisión y la Comisión Nacional de Televisión, y entre RCN y la misma entidad convocada, árbitros Antonio José de Irrisarri Restrepo, José Alejandro Bonivento Fernández y Ramón Eduardo Madriñán de la Torre.

³⁵ Laudo del 10 de julio de 2000, árbitros Jorge Enrique Ibáñez Najar, Julio César Uribe Acosta y Juan Pablo Cárdenas Mejía.

prestación del servicio público de telefonía móvil celular es un contrato aleatorio y, por lo mismo, no susceptible de modificación para restablecer el equilibrio entre prestaciones cuya equivalencia se haya podido alterar durante la ejecución del contrato:

En el caso objeto de examen, el concesionario tanto del servicio público como del bien que se asigna para su uso con el fin de prestar el correspondiente servicio, se obligó a pagar a favor del Estado concedente una prestación económica consistente en una suma determinada de dinero que, como atrás se indicó, constituye un ingreso corriente para la Nación — no tributario y de carácter contractual— y recibe a cambio la concesión misma por cuya explotación obtendrá una remuneración, precio, emolumento que él mismo fija y cobra al usuario por la prestación del servicio que le ha sido concesionado.

Sin embargo, el contrato no es conmutativo, por cuanto no obstante ser oneroso o útil para las partes, dicha utilidad no pudo ser apreciada desde el momento mismo de la celebración del contrato y las prestaciones que resultan de la relación jurídica no pueden mirarse como equivalentes entre sí, de tal manera que determinen un cierto equilibrio en la ecuación económica del contrato. En efecto, la obligación del concesionario consistente en pagar un precio —que corresponde a una suma fija y otra variable trimestralmente— a favor del concedente, no es equivalente a la prestación de éste consistente en otorgar la concesión del servicio y garantizar el uso de un bien del Estado para su prestación con el objeto de que obtenga por su explotación un precio cuya tarifa debe fijar y cobrar directamente el concesionario al usuario beneficiario del servicio, de acuerdo con las condiciones del mercado.

[...]

De esta manera, para definir si un contrato es conmutativo o aleatorio es necesario determinar si desde el momento de la celebración del contrato, es posible determinar el alcance de los derechos y obligaciones que surgen del mismo o si ello no es posible, porque depende de una contingencia.

[L]os profesores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, en su libro la “Teoría general de los actos o negocios jurídicos”, señalan que un contrato es conmutativo cuando reúne tres condiciones a saber: a) que sea oneroso o útil para todas las partes que en él intervienen; b) que no sea aleatorio, es decir, que dicha utilidad pueda ser apreciada desde el momento mismo de la celebración del acto, y c) que produzca prestaciones que se miren como equivalentes entre sí, o sea, que determinen un cierto equilibrio en la economía del contrato.

En el que es objeto de examen, véase cómo el precio, emolumento o remuneración que el concesionario paga a favor del Estado concedente, es el resultado de la relación jurídica que se acuerda y define en el contrato de concesión, de acuerdo con la ley y sus reglamentos. La contraprestación por la explotación de la actividad o el servicio debería corresponder al menos al monto de los ingresos netos que el mismo Estado obtendría si lo prestara directamente, en tanto que la contraprestación por el uso del bien del Estado

para la prestación del servicio tiene como finalidad lograr para éste una retribución justa, objetiva y permanente por el uso de un bien que es de su dominio. De conformidad con el artículo 35 del Decreto Reglamentario 2041 de 1968, los actuales concesionarios de telefonía móvil celular deben continuar cancelando las contraprestaciones a su cargo conforme a lo establecido en los respectivos títulos habilitantes por concepto del uso del espectro.

En cambio, la utilidad o beneficio que recibe el concesionario no proviene del Estado concedente sino del usuario beneficiario como resultado de la prestación del servicio público o la explotación del mismo, de acuerdo con la tarifa que el mismo concesionario fija y en virtud de la relación jurídica que se defina en el contrato de prestación del mismo, del cual no forma parte el concedente, con lo cual aparece también una sensible diferencia respecto de los demás contratos de concesión, en los cuales la remuneración consiste en el derecho otorgado por el Estado al concesionario para recibir del público usuario del servicio que se presta, una tasa que fija directamente el concedente y se calcula en forma tal que asegure al concesionario una remuneración razonable³⁶.

En consecuencia, el precio que el concesionario obtiene por la prestación de los servicios de telefonía móvil celular corresponde a la tarifa fijada libremente por él mismo como operador del servicio y la recibe en tanto tenga abonados que utilicen sus servicios, de acuerdo con las reglas del mercado en el que intervienen otros competidores, todo lo cual indica que su prestación en función del concedente Estado consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida y por lo tanto, aleatoria, pues ella no se supo a cuánto ascendía en el momento mismo de la celebración del contrato.

Distinto es el caso, como sucede en los demás contratos de concesión, si de antemano o simultáneamente con la celebración del contrato de concesión, la tarifa de la tasa la hubiera fijado el Estado, consultando los intereses del concesionario en función de una justa remuneración y de ella se pudiera colegir de una vez por éste cuál era la utilidad que recibiría por la prestación del servicio. En este evento, el concesionario estaría motivado por el lucro que obtendría con la concesión, sin perjuicio de tener en cuenta que se está en todo caso enfrente de la prestación de un servicio público y/o del uso de un bien del dominio del Estado. Con la teoría del equilibrio financiero, estos dos intereses, en principio distantes, se conjugan sin que el particular tenga que sufrir menoscabo alguno en su patrimonio y sin que el interés general se vea vulnerado ante la ocurrencia de hechos que alteren la ecuación contractual. En este último caso, no hay duda alguna, debe existir un equilibrio económico del contrato por cuanto éste sería entonces oneroso y conmutativo. El concesionario, empresario, asumiría, como en todo negocio, cierto riesgo normal dentro de unas condiciones previstas de explotación las cuales, en caso de verse afectadas y que marcaran unas pérdidas exageradas o superiores a las asumidas al celebrar el contrato, deberían ser resarcidas si las mismas son causadas por la entidad concedente. En caso

³⁶ Gastón Jeze. Principios Generales del Derecho Administrativo. Teoría General de los Contratos de la Administración, Segunda Parte, pág. 129.

contrario, opinan algunos tratadistas, el riesgo de manera excepcional sería compartido por el otorgante³⁷.

El planteamiento expuesto en los laudos de los canales de televisión revela falta de fundamentación que dé sustento a la posición conforme a la cual se sostiene que los contratos de concesión de canales de televisión revisten naturaleza conmutativa. La Administración realizó un ejercicio, previo a la licitación, que tuvo por objeto determinar el precio mínimo al que se podría estar dispuesto a entregar la concesión del bien público que era objeto de la licitación. Para tomar tan importante determinación se basó en estudios técnicos que encomendó a terceros.

Al oferente le correspondía, por su parte, hacer su propia evaluación respecto de cuál era el precio máximo que estaba dispuesto a pagar, el cual debía estar por encima del precio que la Administración tenía como referente interno, y que a la vez le permitiera salir airoso frente a otros competidores.

El beneficio o utilidad que para las partes se podría derivar del contrato no era susceptible de ser determinada o conocida por éstas al momento de contratar, lo cual impide caracterizar el contrato como conmutativo. Más bien, a cambio del precio pagado, el concesionario adquirió el derecho de explotación del canal de televisión, lo que puede hacer con plena autonomía, dentro de las reglas generales de funcionamiento de la concesión. El concesionario es, por tanto, dueño de sus aciertos y de sus errores en el proceso de comercialización de la pauta publicitaria y asume los riesgos propios de la empresa comercial en la que se involucra.

A diferencia de otras concesiones, en el caso bajo examen, la Administración no interviene en la determinación del precio que el concesionario puede cobrar por el servicio, sino que en este caso el concesionario fija el precio y las condiciones en que va a comercializar la pauta publicitaria, así como los costos de producción en que va a incurrir y de sus ingresos ni de sus gastos da cuenta alguna.

Si un concesionario advierte que las circunstancias del mercado se han tornado especialmente difíciles, como en efecto ocurrió en Colombia hacía fines de la década de los noventa del siglo pasado, habrá de tomar providencias que permitan reducir los costos o aumentar los ingresos. Sin embargo, en los laudos comentados se considera que cualquier ingreso derivado, por ejemplo, de la comercialización en el exterior de los programas producidos en el país, es ajeno a las consideraciones que se han de tener para calibrar el equilibrio económico del contrato examinado que, como se ha expuesto, fue calificado como conmutativo y, precisamente por darle ese carácter, se consideró que era procedente ajustar el desequilibrio que en cada caso se apreció.

Si bien un sector de la doctrina, en un debate que está aún por desarrollar y al

³⁷ Georges Vedel. Derecho Administrativo. Biblioteca Jurídica Aguilar. 6ª Ed., Madrid. 1980, pág. 717.

que más adelante se hará referencia, ha llegado a plantear la posibilidad de admitir la teoría de la impresión en los contratos aleatorios, no es éste el camino que se escogió para darle cabida al restablecimiento del equilibrio económico de los contratos de concesión de televisión, sino que simplemente se dio por sentado que el contrato objeto de examen era conmutativo. En otro aparte del laudo antes citado y desde otra perspectiva de análisis se sostiene:

Así las cosas, es ajeno al concepto del restablecimiento del equilibrio económico del contrato lo que sucede después de que el Estado ha recibido la prestación y pagado al contratista la contraprestación. Es por ello, que si se revisan los casos más relevantes de la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado en que el mismo ha condenado al restablecimiento del equilibrio económico, se encuentra que siempre se ha tratado de factores que incidían en las prestaciones propias del contrato (incumplimiento, mayor permanencia en la obra, mayor cantidad de obra, cambio en las fuentes de materiales, sobrecostos, obras adicionales, etc), haciendo más gravoso el cumplimiento del contrato para el contratista.

Los problemas que giran alrededor del equilibrio económico del contrato, como se expone en el laudo arbitral reseñado, tienen siempre su origen en situaciones que ocurren después de que el contrato se celebró. Lo que, en cambio, no queda cubierto por el manto del principio del equilibrio económico es si el concesionario pagó más de lo que razonablemente debería haber ofrecido por la concesión que se le estaba otorgando, como tampoco sería admisible que la administración reclamara un desequilibrio económico derivado del hecho de haber otorgado la concesión, recibiendo a cambio una contraprestación más baja que la que razonablemente hubiera podido alcanzar de haber realizado algunos ajustes en el pliego de condiciones de la licitación.

Sobre el alcance de la definición legal del contrato de concesión, en cuanto hace al desarrollo, por cuenta y riesgo del concesionario, de las actividades enderezadas al adecuado funcionamiento de la obra o servicio concesionado se pronunció el laudo proferido el 18 de diciembre de 2000, dentro del proceso arbitral de Prosantana contra Bogotá D.C.³⁸, y en el mismo se pone de presente una visión diferente a la que se expuso en los laudos de los canales de televisión a los que hicimos referencia:

2. De la anterior definición legal, no puede deducir el tribunal que en un contrato de concesión como el que es objeto de análisis en el presente laudo, el concesionario deba soportar sobre su patrimonio todos los riesgos resultantes de la ejecución del contrato.

La norma anterior debe entenderse dentro de todo su contexto y al mismo tiempo debe ser interpretada teniendo en cuenta las demás disposiciones que la propia Ley 80 contiene en el tema relativo a la responsabilidad de las partes en el contrato.

³⁸ Árbitros Saul Sotomonte Sotomonte, Juan Carlos Henao Pérez y Daniel Suárez Hernández.

En efecto, la propia disposición advierte, que la labor que desarrolla el concesionario debe ser ejecutada bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, punto del cual se deduce con claridad que éste no goza de total autonomía para ejecutar, a su gusto, las obligaciones derivadas del contrato. El concesionario debe ejercer dichas obligaciones siguiendo las directrices de la entidad contratante y en el caso presente debía hacerlo además, ciñéndose a los diseños y al manual de operación establecidos por la entidad contratante y bajo la vigilancia de una interventoría cuyo papel consistía precisamente en garantizar el cumplimiento de esta obligación. De lo anterior resulta con claridad que, en dichas circunstancias, sería contrario a la lógica imponerle al concesionario, sin distinción de ningún tipo, la asunción de todos los riesgos derivados de la operación.

En el laudo dictado el 19 de agosto de 2003 para resolver las diferencias entre la Casa Editorial El Tiempo y la Comisión Nacional de Televisión³⁹ se formuló el siguiente planteamiento en relación con la implicación que en la distribución de riesgos tiene la definición legal, contenida en la Ley 80 de 1993, según la cual en los contratos de concesión la actividad concesionada se realiza “por cuenta y riesgo del contratista”:

Por tanto, podría afirmarse que en los contratos de concesión, la expresión **“por cuenta y riesgo del concesionario”** determina la asunción de riesgos de empresa, normales. Así, la entidad contratante, al elaborar los pliegos, al definir el esquema financiero del proyecto, compromete en forma importante su responsabilidad, toda vez que del cuidadoso análisis de riesgos que realice el contratista con base en tales presupuestos, dependerá que su inversión encuentre en la operación, el retorno esperado, y, como contrapartida, que la prestación del servicio satisfaga las necesidades que demandaron tal contratación. Claro está que, si se brindaron los suficientes elementos de juicio por parte de la Administración y el contratista no adelantó los análisis que podrían esperarse de un buen hombre de negocios, las mayores cargas estarían del lado del contratista por su negligencia, y por tanto no podría pretenderse que los riesgos, inclusive los que en ciertas circunstancias podrían calificarse de imprevisibles o extraordinarios fueran trasladados a la Administración, porque no se sabría a ciencia cierta qué márgenes de imprevisión deberían manejarse; por lo cual, cualquier pérdida debería ser asumida por aquel, pues no habría causa justa que le permitiera reclamar”.

En los laudos proferidos en el año de 2004, que resolvieron las diferencias surgidas entre cada uno de los canales privados de cobertura nacional (Caracol Televisión y RCN televisión) y la Comisión Nacional de Televisión⁴⁰, se vuelve sobre el punto de la implicación de la disposición legal contenida en la Ley 80 de 1993 en cuanto a que en los contratos de concesión la actividad que es

³⁹ Árbitros Juan de Dios Montes Hernández, Jorge Suescún Melo y Juan Pablo Cárdenas Mejía.

⁴⁰ Laudos del 10 de noviembre de 2004, dictados para resolver las diferencias entre Caracol Televisión y la Comisión Nacional de Televisión, y entre RCN y la misma entidad convocada, árbitros Antonio José de Irrisarri Restrepo, José Alejandro Bonivento Fernández y Ramón Eduardo Madriñán de la Torre.

objeto de concesión se ejecuta por cuenta y riesgo del contratista, para señalar que:

La circunstancia de que el contrato de concesión de un servicio público, conforme a su definición legal, sea “por cuenta y riesgo del concesionario” no implica que el equilibrio económico del contrato —como principio contractual— no sea aplicable, porque en sentir del tribunal la locución destacada tan solo debe interpretarse en el sentido de que las aleas normalmente previsibles en la ejecución del contrato, dejan de estar a cargo de la entidad pública concedente para trasladarlas al concesionario. Mas los eventos imprevistos o imprevisibles, aún para el más hábil, experto e idóneo de los contratistas no pueden serle asignados a este último, porque aceptar semejante interpretación conduciría a hacer absolutamente nugatorio el principio cardinal que gobierna los contratos estatales, claramente salvaguardado por el estado general de la contratación pública contenido en la Ley 80 de 1993, consistente en la preservación del equilibrio económico del contrato, y absolutamente inane el mandato del propio legislador conforme al cual en todo contrato estatal corresponde a la entidad pública contratante restablecer esa ecuación, cuando quiera que ella se vea desquiciada por causas no imputables al contratista, máxime cuando se trata de contratos de carácter bilateral y conmutativo.

En el laudo proferido el 25 de agosto de 2000, dentro del proceso arbitral de World Parking vs. el IDU, se parte de la premisa de que si bien no todos los riesgos derivados de la ejecución de un contrato de concesión deben ser asumidos por el contratista, a éste se le impone una especial carga de diligencia en frente de situaciones que no hayan quedado comprendidas dentro de la distribución de riesgos que en el contrato se haya efectuado:

Claro está, para comenzar, que no todo riesgo ha de corresponder a quien tenga a su cargo la ejecución de la obra. Hay ciertos riesgos que las partes del contrato de concesión se pueden repartir libremente y otros que debe asumir la entidad concedente.

Si, por ejemplo, se presentan diferencias sobre la titularidad de un inmueble que se dice de propiedad estatal en el cual ha de levantarse la obra pública objeto de la concesión, y tal disputa genera retrasos y sobrecostos en la ejecución de los trabajos a cargo del concesionario, claramente serían de cargo del concedente las consecuencias asociadas con esta dificultad.

Nuestra jurisprudencia constitucional entiende que no todos los riesgos en esta clase de contratos son de cargo del concesionario. En efecto, refiriéndose al contrato de concesión, ha dicho la Corte Constitucional que el empresario debe asumir, así sea parcialmente los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo⁴¹.

Lo que también resulta cierto es que tan genérica atribución de responsabilidad obliga al concesionario a prestar particular atención a todas

⁴¹ Corte Constitucional, Sent. C-250 de 6 de junio de 1996, M.P. Doctor Hernando Herrera Vergara.

las eventualidades que no hayan sido materia de reparto entre el contratante estatal y el particular contratista y le impone “deberes especiales de previsión que usualmente corresponden a la entidad estatal”⁴².

[...]

En concordancia con lo arriba expuesto, es claro que el concesionario debe asumir alguna parte los riesgos implícitos en la concesión de obras públicas y no necesariamente la totalidad de ellos y que, en todo caso, dentro de los que debe asumir se hallan comprendidos los riesgos propios de la construcción de la obra.

Por lo tanto, estima el tribunal que, de conformidad con el derecho colombiano, el contratista y la entidad estatal, pueden, en cuanto la ley no disponga lo contrario, incluir las modalidades, condiciones y cláusulas que estimen necesarias y convenientes según lo dispone el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y repartirse por ende, los riesgos propios de la ejecución del contrato que garanticen su equilibrio económico.

Una característica de la concesión de obra pública es que ella tiene dos etapas, una de construcción y otra de explotación de la obra construida, con el fin de que en la segunda, el concesionario pueda recuperar el costo de su inversión y derivar de ella un beneficio económico.

Por lo tanto, en la concesión de obra pública, hay dos clases de riesgos claramente identificables: los que se relacionan con la construcción de la obra, tales como su financiación, su terminación oportuna y su ejecución dentro del plazo y los límites presupuestales proyectados por el concesionario; y el riesgo relacionado con la explotación económica de la obra, es decir el riesgo comercial⁴³.

Los principales riesgos durante la etapa de construcción en un contrato de concesión de obra pública son, en concepto del tribunal, el de la financiación del proyecto, principalmente de la obra que haya de construirse; el de la terminación oportuna de la construcción; el llamado riesgo regulatorio que incluye la obtención de los permisos y licencias a que haya lugar; el de los sobrecostos inherentes a la construcción, comprendidos dentro de este concepto los riesgos de inflación y devaluación; el riesgo de la falta de los inmuebles sobre los cuales haya de emprenderse la obra; el de la falta de insumos para la construcción; el de la responsabilidad del concesionario frente a terceros y finalmente, la fuerza mayor y el caso fortuito.

⁴² Ver: Hugo Palacios Mejía, “La cláusula de equilibrio contractual y sus efectos en los contratos de concesión,” en: *Concesiones en infraestructura*, publicación del Ministerio de Hacienda de Colombia, la Corporación Andina de Fomento y Coinvertir, págs. 25 y 26.

⁴³ Laubadère, Venezia y Gaudemet, en su obra ya citada opinan que las concesiones de obras públicas, por su doble contenido, implican por lo general, una concesión de servicio público. Señalan cómo el Consejo de Estado francés inicialmente consideró las concesiones para la construcción y explotación de estacionamientos subterráneos como concesiones de obra y de servicio públicos, para luego calificarlas simplemente como concesiones de servicio público. La apreciación de estos autores es compartida por Sayagues Laso.

No existe sustento legal que permita sostener que al concesionario se le impone un deber especial de previsión, es decir, una diligencia mayor a la ordinaria⁴⁴, cuando se está frente a riesgos que no han sido distribuidos, ni tampoco se encuentra en el laudo una argumentación sólida que sustente esa hipótesis, pues si justamente se trata de un álea anormal, el riesgo debe ser asumido en principio por la entidad estatal, debiéndose dar por descontado que si por la conducta negligente del contratista se ha agravado el riesgo, debe éste asumir las consecuencias de su comportamiento improvidente, el cual ha de ser examinado bajo el prisma de la diligencia media de un buen padre de familia o de un buen hombre de negocios.

El estándar para valorar la conducta del contratista, en términos de su diligencia, ha de ser el medio y no, como se postula en el laudo, un estándar que es más exigente cuanto más versado o conocedor de su oficio es el contratista, pues tal medida de diligencia resultaría arbitraria, por cuanto implicaría que a los menos buenos se les exigiría menos, lo cual, desde luego, tendría incidencia en la selección objetiva del contratista, toda vez que los contratistas más hábiles podrían tener que incurrir en mayores costos que los demás, al tener que seguir protocolos de evaluación diferentes. Sobre esta consideración volveremos más adelante, en el numeral 2.9.

2.7. Álea normal, álea anormal y desequilibrio económico

En la jurisprudencia y en la doctrina se ha reconocido de manera más o menos uniforme que, en hipótesis en las que el contratista se enfrenta al álea normal, las implicaciones de la concreción de los riesgos que se sitúan en esa esfera deben ser asumidas por el mismo, a diferencia del álea anormal⁴⁵.

En el laudo que se dictó para resolver las diferencias entre Ocel y la Nación – Ministerio de Comunicaciones se plantea, a manera de síntesis, sobre la implicación jurídica y económica del reconocimiento del principio del equilibrio económico en nuestro ordenamiento⁴⁶:

De todo lo anteriormente expuesto se concluye que el principio de restablecimiento del equilibrio económico que consagra expresamente la Ley 80 de 1993, se aplica exclusivamente a los contratos onerosos y conmutativos de prestaciones recíprocas, y deriva, en el caso del contratista, del hecho de que el particular es un colaborador de la administración que debe asumir los riesgos normales del contrato y tiene derecho a recibir la remuneración inicialmente prevista; por ello, si por causas que no le son

⁴⁴ Mayor diligencia que, ateniéndonos a las directrices sobre graduación de la culpa que trae el Código Civil, haría entonces responsable al concesionario de la culpa levisima

⁴⁵ A este respecto se puede confrontar el laudo del 5 de septiembre de 2001, Caja de Compensación Familiar de Fenalco (Comfenalco) en contra de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EPS), árbitros Adelaida Ángel Zea, Camilo Calderón Rivera, César Torrente Bayona.

⁴⁶ Laudo del 10 de julio de 2000, árbitros Jorge Enrique Ibáñez Najar, Julio Cesar Uribe Acosta y Juan Pablo Cárdenas Mejía.

imputables, se altera dicho equilibrio, el mismo debe ser restablecido. En efecto, a través del contrato la entidad estatal busca lograr los fines de la administración en aras del interés público; por el contrario, el contratista busca una utilidad. No es posible imponer a un contratista cumplir un contrato en beneficio del interés público, sin restablecer el equilibrio, pues ello desconocería la igualdad ante las cargas públicas y además, a la postre pondría en peligro la prestación misma del servicio público.”

A pesar de que expuesto el punto, en la forma como se expone en el párrafo antes transcrito, parece claro, tiene sin embargo matices que, según el enfoque que se adopte pueden hacer más o menos compleja la tarea del juez o del árbitro que debe resolver una controversia en este frente, por ejemplo cuando se plantea que ciertos hechos imprevistos que tengan implicación económica negativa para el contratista deben ser asumidos por él, hasta cierto punto, con cargo al rubro de administración, imprevistos y utilidades, tal y como se plantea en el laudo arbitral proferido el 11 de diciembre de 2001 para resolver las diferencias entre el Consorcio Constructora Norberto Odebrecht – Conciviles y Ferrovías:

Estas consideraciones adquieren especial relevancia en el contrato de obra pública, en el que el riesgo ordinario es mayor y su amparo generalmente se encuentra comprendido en el valor acordado por las partes. Es ese el origen de la práctica de que un porcentaje del valor del contrato de obra esté destinado a cubrir los gastos producidos por la irrupción de imprevistos, como rubro que se integra a los de administración y utilidades del contratista (AIU). En esa medida, los imprevistos de carácter ordinario en la obra y sucedidos con ocasión de la misma, ajenos a la voluntad de las partes contratantes y que no alteran la equivalencia de prestaciones al punto de hacer incurrir al contratista en pérdida y no le afectan su utilidad, deben entenderse como incluidos en su AIU.

[...]

La posición jurídica expuesta no puede interpretarse en ningún caso como un aval de este Tribunal a la tesis esgrimida por la parte convocada a todo lo largo de sus alegatos, en virtud de la cual pretende que todo sobrecosto surgido dentro de la ejecución del contrato, cuya magnitud no haya resultado trascendental frente al valor total del mismo, sea asumida por la parte convocante deduciéndola del ítem de imprevistos contenido en el AIU de su propuesta. Es claro que, de conformidad con las precisiones hechas en este laudo, la posibilidad de imputar al AIU determinado sobrecosto no sólo estará determinada por su magnitud, sino también por la naturaleza de su causa u origen.

Discrepamos de la argumentación expuesta por el tribunal arbitral en el caso al que recién se hizo mención, por cuanto el rubro de imprevistos, que forma parte del AIU y que se incluye como uno de los elementos de la propuesta en

los contratos de obra pública, está concebido para enfrentar los imprevistos ordinarios, que son los susceptibles de mensurarse por el contratista al momento de presentar su propuesta.

En el laudo arbitral que se dictó en el proceso de Hernando Castillo vs. Instituto de Beneficencia y Lotería de Boyacá⁴⁷ se concluye que el hecho de que un contrato celebrado por una entidad pública para la promoción y venta de un proyecto inmobiliario, en relación con el cual se reclamaba por la suspensión de la segunda etapa de ejecución del mismo, hubiera previsto como obligación del contratista la de realizar una “investigación de mercadeo del proyecto”, que tenía por objeto determinar la factibilidad económica, el flujo de fondos requerido, niveles de preventa y venta sobre planos, alternativas de venta y financiación, lleva aparejado que todo cambio de circunstancias que sobrevenga durante la ejecución del contrato se convierta en álea normal.

El planteamiento anterior parece confundir el hecho de la realización de estudios que se han de efectuar para determinar la viabilidad de un proyecto, con el proceso de asignación de riesgos, que presupone una explícita definición de aquéllos riesgos, diferentes de los ordinarios, que el contratista va a asumir.

2.8. El cumplimiento del objeto del contrato en el contexto de una situación que genera desequilibrio

En lo concerniente con los requisitos que deben satisfacerse para que el contratista pueda invocar la imprevisión en orden a obtener el restablecimiento del equilibrio que estima turbado, se encuentran posiciones diversas en cuanto a si el contratista puede abstenerse de ejecutar las prestaciones a su cargo, cuando en su sentir se ha configurado un desequilibrio económico.

En el laudo arbitral proferido el 15 de julio de 2002 para dirimir las diferencias entre Dragados Hidráulicos Ltda. vs. Concesionaria Tibitoc S.A. ESP, se sostiene que la conducta de abstenerse de ejecutar la prestación que se haya tornado excesivamente onerosa es posible, en el entendido que el contratista correrá los riesgos relacionados con el hecho de que no pueda probar que se ha configurado un caso de imprevisión⁴⁸. La posición contraria se aprecia en diversos laudos, entre los cuales puede mencionarse el de Casa Editorial El Tiempo, vs. Comisión Nacional de Televisión, de 19 de agosto de 1993⁴⁹.

Si bien la doctrina prevaleciente se orienta por exigir al contratista el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, cuando enfrente una situación imprevista e imprevisible que desequilibra el contrato, en nuestra opinión el asunto debe examinarse con cierta cautela en aquellos casos en que el

⁴⁷ Laudo de 27 de junio de 1997, árbitros José Antonio Álvarez Milán, Julio Antonio Ramírez Villate y Pedro Nel Escorcia Castillo.

⁴⁸ Árbitros Carlos Darío Barrera, Sergio Muñoz Laverde y Carlos Alberto Navia Raffo.

⁴⁹ Árbitros Juan de Dios Montes Hernández, Jorge Suescún Melo y Juan Pablo Cárdenas Mejía.

contratista, que ha estado presto al cumplimiento de sus obligaciones, enfrenta una situación especialmente adversa, por las dificultades que deba enfrentar para sobrellevar el cambio de circunstancias, especialmente si la entidad contratante no ha sido consecuente con el cumplimiento de su deber legal de cooperación para la reformulación de los términos del contrato.

2.9. La diligencia exigible al contratista al momento de contratar en cuanto a la identificación de situaciones potencialmente generadoras de desequilibrio

En relación con la conducta que debe desplegar el contratista al momento de contratar, en lo relacionado con situaciones que pueden ser potencialmente generadoras de desequilibrio contractual, debe mencionarse el laudo proferido para resolver las diferencias entre Unión Temporal Comfama-Massalud-Clínica Medellín S.A. vs. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por Fiduciaria La Previsora S.A.⁵⁰, en el cual se alude a la diligencia exigible de quien, como profesional, ofrece la prestación de ciertos servicios, diligencia que según el laudo habrá de tenerse en cuenta al momento de juzgar reclamos por desequilibrio económico, en cuanto a la aptitud que el contratista puede tener para identificar *ab initio* ciertas situaciones que pueden sobrevenir durante la ejecución del contrato:

Por lo demás, como la Unión Temporal la integraron entidades expertas en la prestación de los servicios médico-asistenciales en Antioquia, es lógico concluir, por lo menos en términos generales, que la contratista estaba obligada a conocer el perfil epidemiológico de la población del departamento [...]

[...]

Como si lo anterior fuera poco, no le es dable a la contratista alegar, para justificar una reclamación, que no tuvo conocimiento completo de las prestaciones que debía cumplir, en virtud de que dado su profesionalismo en la materia objeto del contrato⁵¹, estaba en la imperiosa obligación de comportarse como un verdadero profesional, conocedor y experto en la labor a la que se obligó. Si así no lo hizo y, por lo mismo, desconoció los factores que en este proceso alega para pretender una indemnización por un supuesto perjuicio recibido, habría que decir que la contratista obró con ignorancia culposa y, como tal, el derecho no la protege, en virtud, entre otros, del brocárdico según el cual nadie puede alegar en su beneficio la

⁵⁰ Laudo del 5 de diciembre de 2003, árbitros Luis Carlos Sáchica Aponte, Héctor J. Romero Díaz y Pedro Nel Escorcía Castillo.

⁵¹ La experiencia que tenía la Unión Temporal sobre la materia, objeto del contrato quedó plenamente demostrada, entre otras pruebas, con la declaración rendida por Luis Guillermo Vélez Atehortúa, de la Unión Temporal, en audiencia de 19 de junio de 2003, en la cual expresó: “[...] Comfama tiene una experiencia de 25 años en prestación de servicios de salud [...]”.

propia culpa.

En la misma dirección se orientan los planteamientos contenidos en los laudos arbitrales de 10 de noviembre de 2004, mediante los cuales se resolvieron las diferencias entre RCN Televisión y la Comisión Nacional de Televisión, por una parte, y Caracol Televisión y la Comisión Nacional de Televisión, por la otra parte, en los cuales se señaló:

Ahora bien, la previsibilidad no es una noción objetiva, sino subjetiva, en el sentido de que debe apreciarse teniendo en cuenta las condiciones particulares del contratista, vale decir, sus conocimientos y experiencia en una determinada profesión o negocio, toda vez que quien desarrolla habitualmente una actividad, está en una mejor posición que los profanos para prever los riesgos inherentes a dicha actividad. Por tanto, si un profesional —teniendo elementos de juicio y capacidad— para anticipar un riesgo, no lo prevé o lo acepta espontáneamente, habrá de entenderse que se trata de la asunción voluntaria o incluso temeraria del riesgo, de manera que quien así se obliga deberá afrontar las consecuencias jurídicas y económicas de su estipulación, más aún cuando los riesgos que llegue a aceptar el contratista pueden jugar un papel determinante en la escogencia de su oferta, frente a otras más conservadoras, para la adjudicación del contrato.

La actuación de un profesional ha de ser siempre correspondiente con el nivel de cuidado esperable de quien tenga un conocimiento medio en la profesión, oficio o actividad que se despliega y, en ciertos casos, puede ser aún mayor, cuando se ha hecho explícito en el contrato, o surge de la conformación o ejecución del mismo, que el contratista asumió el compromiso de obrar con arreglo a un nivel superior de diligencia.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que entre más experiencia tenga un contratista, mayor deba ser el nivel de exigencia que, por ese solo hecho, se le haya de imponer, de manera implícita, pues tal enfoque sería contrario al dictado de igualdad, entendida como derecho fundamental, y que es un elemento central a considerar en la formulación de juicios de responsabilidad.

La distribución de los riesgos del contrato, en nuestra opinión, no debe plantearse asumiendo que existe una predefinición de asignación en función del conocimiento mayor que se le atribuya al contratista, pues por esta vía se llegaría a una arbitraria distribución del riesgo y se convertiría un álea típicamente anormal en un álea normal, trasladando de esta manera en forma inadecuada riesgos que en principio deben situarse en la órbita patrimonial del contratante.

En el laudo antes mencionado que se dictó para resolver las diferencias entre la Unión Temporal Comfama-Massalud-Clínica Medellín S.A. y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁵² se postula, así mismo, que

⁵² Laudo del 5 de diciembre de 2003, árbitros Luis Carlos Sáchica Aponte, Héctor J. Romero

la existencia de una obligación de garantía, denominada también de seguridad, relacionada con la cobertura que se debe brindar a la población hacia la cual se dirige la atención médica, entraña la asunción por el contratista de cualquier álea que pueda sobrevenir durante la ejecución del contrato:

Unánimemente han sostenido doctrina⁵³ y jurisprudencia⁵⁴ que haciendo abstracción de si las obligaciones adquiridas son de medios o de resultado, cuando los contratantes o uno de ellos adquiere una obligación de garantía, llamada de seguridad en el derecho francés, expresión esta adoptada por la jurisprudencia colombiana, el obligado asume un riesgo de tales características que compromete su responsabilidad, en ocasiones, aun frente a la ocurrencia de eventos derivados de la fuerza mayor o caso fortuito⁵⁵.

En este orden de ideas, cuando la contratista —Unión Temporal— se comprometió, conforme a las cláusulas primera y tercera del contrato, a “Garantizar y asegurar” el servicio médico-asistencial de la población que integraba el magisterio activo y pensionado de Antioquia y sus beneficiarios, la obligación que adquirió fue tan amplia que corrió con todos los riesgos derivados de la actividad que garantizó, es precisamente por esto que era también de su incumbencia racionalizar los servicios, desde luego, sin causar perjuicio o detrimento a los derechos de los usuarios. Pero, en todo caso, en el precio acordado, quedaron cubiertas las consecuencias previstas o que debieron preverse al celebrar el contrato. Es más, ni siquiera es dable incluir en esta clase de obligaciones —las de garantía/seguridad— elementos volitivos alegables cuando la prestación es de diligencia, o errores de conducta, como la falta de prudencia, diligencia o cuidado, los que resultan extraños cuando se ha garantizado o asegurado la prestación desde la misma celebración del contrato, por cuanto ello implica que el acreedor queda exonerado de la incertidumbre que dejan otros tipos de contratación.

Con los elementos de juicio que se pueden extraer del laudo arbitral examinado no resulta del todo claro que la existencia de la obligación de “Garantizar y asegurar” la prestación del servicio médico – asistencial deba dar lugar a interpretar que esa obligación conlleva asunción de todos los riesgos derivados de dicha prestación. Una cosa es que deba esperarse que el contratista haga lo necesario para lograr que el servicio opere ininterrumpidamente y cubra a todos los usuarios que lo demanden (alcance de la garantía o seguridad que se otorga), y otra diferente es asumir que por tener a su cargo la citada obligación

Díaz y Pedro Nel Escorcía Castillo.

⁵³Hinestrosa Fernando. Tratado de las obligaciones, concepto, estructura, vicisitudes. T. I. Universidad Externado de Colombia. 2002. págs. 251 y ss.

Pérez Vives, Álvaro. Teoría general de las obligaciones. Universidad Nacional de Colombia. 1957. T. I, pág. 241; T. II, número 347.

⁵⁴Cfr. Cas. Civ. 25 de noviembre de 1938, G.J. XLII, pág. 411.

⁵⁵Para los hermanos Mazeaud obligaciones de garantía o seguridad son aquellas en las que incumbe a una persona indemnizar a otra, según las reglas legales o convencionales, por un daño sobrevenido aun por caso fortuito. L Mazeaud et A Tunc. *Traité theorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. París, 1957, cita de Fernando Hinestrosa, ob. cit., pág. 252.

debe soportar todas las implicaciones patrimoniales de la concreción de riesgos que se lleguen a dar, con desconocimiento de las directrices que el ordenamiento ha reconocido en materia de restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando ocurran eventos no previstos ni previsibles que alteren la economía del contrato.

2.10. La conducta que contraría los propios actos

En algunos pronunciamientos arbitrales se ha invocado la doctrina que descarta la protección del ordenamiento frente a conductas en las que, con desconocimiento del principio de buena fe, se reclaman derechos cuya configuración se desdibuja por la realización de conductas que no son consistentes con la vigencia de tales derechos (*“venire contra factum proprium non valet”*). En el laudo dictado para resolver las diferencias entre Ocel y la Nación – Ministerio de Comunicaciones⁵⁶ se expone a este respecto lo siguiente:

Está también, debidamente probado, que las partes comprometidas en el presente conflicto de intereses, suscribieron el día 30 de enero de 1997, un contrato adicional al 05 de 1994, en el cual se pactó que el término inicial de duración de la concesión, objeto del contrato, era de diez años, contados a partir de la fecha del perfeccionamiento del mismo. Se estipuló, igualmente, que la concesión se prorrogaría automáticamente por otro período de diez años, sin que para ello fuera menester obtener nuevas autorizaciones o suscribir pactos adicionales. Para el tribunal, en ese momento, en el tiempo físico, las partes perdieron la oportunidad de hacer reclamaciones adicionales, por hechos o circunstancias ocurridos antes del 30 de enero de 1997, pues al firmar el contrato adicional, sin observaciones, no hicieron ninguna salvedad ni se reservaron ningún derecho. Para casos como el que se analiza, tanto la doctrina como la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado, han aplicado la doctrina de los actos propios, que es una proyección del derecho fundamental a la igualdad. La firma de una adición al contrato, es trascendental, y presupone la eficacia jurídica de la conducta vinculante. Por ello se enseña:

“Que la norma conforme a la cual “a nadie es lícito venir contra sus propios actos” tiene fundamento y raíz en el principio general de derecho que ordena proceder de buena fe en la vida jurídica, parece incuestionable, como hace años puso de manifiesto Díez-Picazo y ha venido corroborando la doctrina posterior. La buena fe implica un deber de comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever. Como dice una sentencia del 22 de abril de 1967, “la buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente

⁵⁶ Laudo del 10 de julio de 2000, árbitros Jorge Enrique Ibáñez Najar, Julio César Uribe Acosta y Juan Pablo Cárdenas Mejía.

hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo que no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto; y que, conforme con la doctrina sentada en sentencias de esta jurisdicción, como las del Tribunal Supremo de 5 de julio, 14 de noviembre y 27 de diciembre de 1963 y 19 de diciembre de 1964, no puede prosperar el recurso, cuando el recurrente se produce contra sus propios actos". Y la de 27 de febrero de 1981 (ponente Martín del Burgo) dice que "constituye un principio de derecho civil, y de la Teoría general del derecho, la inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa, como una exigencia de Fides que impone el mantenimiento de la palabra dada, la constancia en la conducta, la lealtad a lo pactado o prometido, la observancia de la buena fe, una de cuyas exigencias es la de impedir *venire contra factum proprium*: principios de la dogmática jurídica que han sido plenamente refrendados por la jurisprudencia, sentencias de 23 de diciembre de 1959, 13 de junio de 1960, 16 de octubre de 1965, 11 de marzo de 1978. sobre la buena fe, y sentencia del 17 de diciembre de 1954, sobre los actos propios". (El principio general de la buena fe en el derecho administrativo. Jesús González Pérez. Editorial Civitas, págs. 117 y 118).

El reconocimiento de que cada parte del contrato debe comportarse frente a su contraparte con lealtad, de manera consistente con sus propias actuaciones, a sabiendas de que es previsible que su conducta sea fuente de confianza para la otra parte acerca de que su obrar se mantendrá dentro de los estándares exhibidos, es una guía fundamental para examinar las relaciones contractuales. Desde luego, lo anterior no significa que se puedan omitir todas las circunstancias que son relevantes para juzgar una determinada situación, en orden a entender qué ha llevado a una parte a comportarse de una determinada manera durante un tiempo y qué la pudo motivar a cambiar, siendo entendido que la buena fe al actuar ha de ser una exigencia de conducta que debe imperar respecto de las dos partes de un contrato.

2.11. El desequilibrio económico en los contratos aleatorios

Perseverando en la tradicional posición de la doctrina y sobre la base de afirmar que los contratos de asociación para la exploración y explotación de hidrocarburos son contratos que se deben caracterizar como aleatorios, el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las diferencias entre Halliburton Development Ltd. y Gas Petróleo y Derivados de Colombia S.A. – Petrocolombia S.A. (Consorcio Tibú), contra la Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL⁵⁷, concluye que no es factible invocar el desequilibrio económico en esta clase de contratos como fuente de ajuste del contenido de las prestaciones que las partes deben satisfacerse, aún si el contrato reviste particularidades, derivadas de la circunstancia de que la actividad del

⁵⁷ Laudo arbitral del 26 de octubre de 2004, árbitros, Antonio de Irizarri Restrepo, Margarita Ricaurte de Bejarano y Aurelio Martínez Caníbal.

contratista recae sobre áreas ya sujetas a explotación desde muchos años atrás (activa en un caso e inactiva en el otro), en las cuales se busca optimizar los niveles de extracción y buscar nuevas fuentes de crudo en otras partes de los mencionados campos. Se adopta la orientación que sostiene que la consideración del riesgo es un elemento esencial del acuerdo de voluntades en un contrato aleatorio y agrega, mediante la invocación de doctrina francesa, que un contrato naturalmente conmutativo se puede volver aleatorio por el designio de las partes.

La inaplicabilidad del principio del equilibrio económico del contrato a los contratos aleatorios se afirma también en el laudo del 17 de julio de 2000, dictado en el proceso arbitral de *Ocel vs. la Nación – Ministerio de Comunicaciones*⁵⁸.

Si bien la doctrina y la jurisprudencia se inclinan de manera dominante por negar la aplicabilidad de los instrumentos de corrección del desequilibrio económico a los contratos aleatorios, bajo la consideración de que en la base del contrato aleatorio está la incertidumbre de ganancia o pérdida que se pueda obtener por cada parte del contrato, el tema no está exento de controversia.

En ese sentido puede formularse el interrogante en el sentido de si, en ciertos eventos, un contrato aleatorio podría ameritar una corrección, de cara a la ocurrencia de circunstancias que lleguen a alterar los supuestos bajo los cuales una persona, en condiciones razonables, habría acogido una relación de intercambio de prestaciones como la que se estableció al momento de contratar.

Para ir al ejemplo clásico, se paga una prestación cierta a cambio del derecho a tener un día de pesca, cuyo beneficio o utilidad, en términos del producto que finalmente se obtenga por la realización de la actividad, no se puede medir o establecer al momento de contratar. Podría convenirse en que un cambio en las reglas del juego que, con posterioridad a la celebración del contrato, altere una de las premisas sobreentendidas en la contratación, y cambie de plano el escenario de incertidumbre sobre el que las partes edificaron su relación, es un hecho que se aleja del marco de referencia que se tuvo en cuenta para contratar y, en ese sentido, podría ameritar una revisión.

En la línea de lo expuesto estaría el caso en que un nuevo marco regulatorio sobreviniente redujera significativamente las posibilidades de aprovechamiento de la actividad de pesca por la que se pagó la prestación acordada al contratar, o el caso en que el que pone a disposición el lugar donde la actividad pesquera debe practicarse se ve repentinamente sujeto a gastos inusualmente altos, por circunstancias sobrevinientes, para preservar las condiciones bajo las cuales se ha acordado que se realizará la actividad por la contraparte. En ambos casos, las circunstancias que han cambiado son independientes de las que conforman el marco de referencia propio de la aleatoriedad y, en ese sentido, hay un desequilibrio no cubierto por el riesgo que cada parte entendió estar

⁵⁸ Árbitros Jorge Enrique Ibáñez Najjar, Julio César Uribe Acosta y Juan Pablo Cárdenas Mejía.

asumiendo al contratar.

Dicho de otra manera, si bien en un contrato aleatorio, al momento de contratar no se puede establecer la utilidad que para una de las partes, o para ambas, se derivará de la prestación que brinda su contraparte, sí podría admitirse que ambas partes podrían tener una dimensión de “frontera” respecto de lo que podría significar como mínimo o como máximo la utilidad que se podría experimentar frente a lo que se da a cambio, de manera que un cambio brusco en el entorno de ejecución del contrato, que cambie radicalmente lo que se puede esperar por una de las partes, podría justificar en condiciones excepcionales una revisión de la prestación que se ha dado como contrapartida, o podría ameritar un reconocimiento a la contraparte para amortiguar el impacto provocado por el cambio de condiciones, positivas o negativas.

2.12. Las implicaciones de la naturaleza experimental de una actividad frente a la ocurrencia de circunstancias imprevistas relacionadas con esa actividad, que hayan afectado la onerosidad del contrato

Vale la pena mencionar el caso que se ventiló en el proceso arbitral de Prosantana contra Bogotá D.C.⁵⁹, en el que el Tribunal de Arbitramento, mediante laudo del 18 de diciembre de 2000, concluyó que el hecho de que las partes contratantes tuvieran establecido, al momento de celebrar el contrato, que la actividad que cumpliría el contratista, en cuanto al manejo de basuras en un relleno sanitario, se realizaría mediante la aplicación de un procedimiento que revestía un carácter experimental y envolvía riesgos que el contratista estuvo en posición de conocer, conllevaba por ello mismo el reconocimiento de que la eventual inestabilidad del terreno que pudiera llegar a presentarse era un hecho previsible:

4. Ahora bien, ese carácter de experimental, con las consecuencias precisamente expresadas antes, puede darse por conocido, en general por los proponentes y especialmente por Prosantana. La simple premisa de que se trataba de un sistema sobre el cual no existía experiencia es un punto sobre el cual son concordantes todos los expertos y los técnicos cuyos conceptos o testimonios obran en el expediente. La experiencia previa del concesionario en el contrato indica, además, que él efectivamente sabía que uno de los problemas fundamentales en un relleno sanitario está relacionado con los lixiviados y con su tratamiento.

La premisa anterior, consistente en que el concesionario sabía acerca de la “problemática que representa el lixiviado” y la experiencia acerca de los problemas de estabilidad que el mismo representaba, así fueran de naturaleza distinta o no comparable con el que se presentó el 27 de septiembre de 1997, encuentra respaldo probatorio en el expediente, en las actas y documentos correspondientes al contrato 116 de 1989.

[...]

⁵⁹ Árbitros Saúl Sotomonte Sotomonte, Juan Carlos Henao Pérez y Daniel Suárez Hernández.

El tribunal en este aspecto y respecto de la posición asumida por el concesionario, estima que la obligación de asumir los gastos del accidente, no puede imponérsele a la entidad contratante bajo el fundamento de que es a ella a quien le corresponde restablecer el equilibrio financiero y económico del contrato, pues si el accidente se relaciona con una causa que las partes conocían al momento de contratar y que era el carácter experimental de la operación, es claro que el requisito de imprevisibilidad necesario para que esta figura se aplique no está cumplido en el presente evento.

El asunto examinado en el laudo reviste cierta complejidad, pues se parte en el mismo de la premisa de que la actividad que el contratista cumpliría presuponia que éste hiciera uso de procedimientos que no estaban suficientemente probados en actividades semejantes y, por lo tanto, se da por sentado que todos los oferentes y el contratista en particular debían ser concientes de que el modelo de operación del relleno sanitario tenía un tinte experimental, lo cual sirve de base al Tribunal de Arbitramento para establecer que esa circunstancia debía haber permitido al contratista prever que podría ocurrir un percance como el que sucedió y, bajo esa consideración, concluye que el riesgo de ocurrencia y sus implicaciones económicas se radicaron en cabeza del contratista.

Entendiendo la argumentación del Tribunal Arbitral sobre la naturaleza experimental del protocolo adoptado para el manejo del relleno sanitario, que es el hecho conocido o susceptible de conocerse, surge la inquietud de si, por ser experimental el método acogido, deben entonces dejarse en cabeza del contratista los riesgos asociados a las implicaciones del modelo de manejo que se adoptó, pues la utilización de todo método de manejo o de toda técnica empleada para la realización de una actividad, por probada que éste, lleva aparejada la posibilidad de que se produzca una afectación por una situación no prevista por las partes al momento de contratar y no previsible por éstas.

Debe convenirse en que es altamente probable que ninguna de las partes del contrato sobre el que recayó el pronunciamiento arbitral hubiera estado en posibilidad de prever que una situación tan grave como la que se presentó en el caso abordado en la decisión arbitral mencionada se podía presentar, pues asumir lo contrario sería presuponer que se obró por la entidad contratante o por el contratista, o por ambos, con temeridad o con grave negligencia, y tal cosa no parece haberse establecido en el proceso. ¿Puede la administración lograr una transferencia plena del riesgo asociado con las implicaciones del sistema de operación elegido, por el sólo hecho de que éste no ha sido suficientemente probado?

2.13. El carácter objetivo o subjetivo de la equivalencia de las prestaciones en la contratación estatal

En el laudo arbitral dictado dentro del proceso de Constructora Ática Estudio

Internacional vs. el Distrito Capital de Bogotá⁶⁰ se postula la tesis según la cual la equivalencia de las prestaciones en el ámbito de la contratación pública es objetiva, en contraste con el enfoque del derecho privado, que sería subjetivo, para cuyo sustentación se invoca el artículo 1498 del Código Civil, que alude a que las prestaciones se “miran como equivalentes” al momento de contratar, momento éste bien diferente al que sería relevante en el derecho administrativo y en el derecho privado para que un contratista invoque la existencia de una situación generadora de desequilibrio contractual sobreviniente, por lo cual la argumentación que en seguida se expone resulta en nuestra opinión equivocada:

Diferencia esencial entre el derecho civil y el administrativo en torno al punto que se analiza, radica en que, en el campo del derecho civil, la equivalencia entre las prestaciones de las partes es subjetiva al tratarse de prestaciones que se miran como equivalentes, en tanto que en el campo del derecho administrativo, particularmente de la contratación estatal, las prestaciones que las partes recíprocamente se deben, deben ser equivalentes en atención a la concepción objetiva que tiene consagrada la Ley 80, de acuerdo con la cual el precio debe reflejar los costos reales de la prestación del contratista más un margen de utilidad razonable que el Estado le debe garantizar.

2.14. Liquidación del contrato estatal e invocación por el contratista del derecho al restablecimiento del equilibrio del contrato

Acogiendo orientación trazada en la jurisprudencia contencioso administrativa, en el laudo dictado para resolver las diferencias entre GF Servicios Empresariales y Corabastos⁶¹ se sostiene que la reclamación por desequilibrio contractual debe plantearse durante la ejecución del contrato o, a más tardar, durante la liquidación del mismo y antes de que dicha liquidación se haya concluido.

2.15. “*ius variandi*” y restablecimiento del equilibrio económico

En el laudo arbitral proferido el 11 de diciembre de 2001, para resolver las diferencias entre el Consorcio Constructora Norberto Odebrecht – Conciviles y Ferrovías, se pone de presente lo que parece ser una posición uniforme en doctrina y jurisprudencia, en lo relacionado con el derecho al pleno restablecimiento del equilibrio económico cuando éste se vea afectado por la decisión de la administración de modificar unilateralmente el contrato, en ejercicio del denominado “*ius variandi*”, de manera consecuente con lo que al respecto se prevé en la Ley 80 de 1993:

⁶⁰ Laudo del 24 de octubre de 2000, árbitros Martín Gustavo Ibarra Pardo, Marco Tulio Gutiérrez Morad y Juan Manuel Turbay Marulanda.

⁶¹ Laudo de 11 de mayo de 2000, árbitros Alfredo Vásquez Villareal, Arturo Ferrer Carrasco y Carlos Paz Méndez.

Tal como lo ha expresado este laudo al definir otros conceptos, los contratos en el derecho administrativo se caracterizan por la mutabilidad del objeto e inmutabilidad de su fin; en efecto, la obra pública contratada es susceptible de variarse por razones de interés público y por la adecuación de dicha obra a las variables que se presenten en la prestación de los servicios públicos. Por ello el Estado está dotado de la potestad de introducir unilateralmente modificaciones al objeto del contrato estatal, para atender las necesidades de la comunidad que sobrevengan a su celebración; según esto resulta legítimo que la administración pueda modificar las condiciones de ejecución de una obra, pero, sin que el contratista sufra por ello ningún desmedro patrimonial. Lo anterior determina la necesidad de conjugar el principio de la mutabilidad del contrato estatal con el principio de la intangibilidad de la remuneración del contratista, para hacer prevalecer la equivalencia económica de las cargas contractuales.”

Las potestades contractuales del Estado o el régimen de exorbitancia de los contratos administrativos, como se ha dicho a lo largo de este laudo, no concede al Estado la facultad excepcional de alterar el alcance de las obligaciones a cargo de cada cocontratante, salvo que compense económicamente todo evento que genere variaciones y que pueda afectar la remuneración del contratista particular; de esta suerte el contrato administrativo tiene fuerza obligatoria para ambas partes, lo que implica la asunción bilateral de las obligaciones y por ende su cumplimiento no solamente por parte del contratista sino de la administración. Los eventos que se examinan, corresponden claramente a la asunción de obligaciones de Ferrovías por parte del Consorcio, lo cual, constituye un incumplimiento contractual que sin duda alguna altera el equilibrio económico del contrato en contra del contratista, puesto que injustamente contribuye a una repartición desigual de las cargas económicas. En consecuencia, al encontrar el Tribunal demostrados los hechos generadores del reclamo, los costos asumidos por el Contratista y la relación de causalidad entre éstos y el objeto del contrato de obra, ordenará a Ferrovías su reembolso.

El restablecimiento del equilibrio económico por el ejercicio del *“ius variandi”* constituye una de las facetas de la figura que se enmarca cabalmente en el derecho administrativo, en cuya vertiente debe buscarse su fundamento o razón de ser, que es claramente distinto del que puede sustentar la vigencia del principio en el derecho privado, a diferencia de lo que ocurre cuando se analizan otras situaciones generadoras de desequilibrio respecto de las cuales las fronteras dogmáticas entre lo público y lo privado no presentan la misma claridad, a pesar de los esfuerzos que despliegan los doctrinantes desde una y otra rama del derecho para afirmar una autonomía entre las disciplinas.

2.16. La corrección del desequilibrio económico a partir de la aplicación de la teoría del Hecho del Príncipe

Sobre los requisitos para la aplicación de la teoría del hecho del príncipe, se encuentran diversas posturas en la jurisprudencia arbitral, consecuentes con la

discusión dogmática, por lo que en veces se sostiene que debe reconocerse en frente de actos emanados de autoridades de cualquier órbita⁶², al paso que en otras se ha señalado que solamente tiene cabida frente a actos de autoridades del mismo orden jurídico⁶³.

En el laudo del 10 de julio de 1990, dictado en el caso de Ocel vs. la Nación – Ministerio de Comunicaciones⁶⁴ se plantea que una medida enderezada a imponer un gravamen de carácter general que tiene como destinatario a un contratista de la administración, pero que no guarda relación con las prestaciones que ese contratista se obligó a satisfacer, no puede ser vista como una situación que afecte el equilibrio económico del contrato, máxime si el contratista puede ajustar los precios por el servicio que presta en virtud del contrato estatal celebrado.

De otra parte es preciso citar el fallo arbitral del 30 de septiembre de 1996, proceso de Centelsa vs. EEB⁶⁵, en el que se sostiene que el acto generador del desequilibrio tiene que provenir de la propia entidad contratante, aduciendo que una consideración distinta desconocería el principio de imputabilidad, posición que se apoya en cita que se hace de diferentes autores:

En este sentido, el tribunal destaca cómo tan crucial tema no fue objeto de análisis alguno por parte de la Sentencia proferida el 27 de marzo de 1992 por la Sección Tercera del Consejo de Estado (“Anales”, T. 126, segunda parte, págs. 606 y ss.) que Centelsa invoca como respaldo de sus pretensiones. Por el contrario, en el fallo aludido el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sin profundizar en el tema, expresa que el “hecho del príncipe” puede emanar de la misma autoridad “o de cualquier órgano del Estado”, afirmación que el tribunal no comparte porque la generalidad de su formulación desconoce el principio de la imputabilidad, conforme al cual para que las consecuencias nocivas o perjudiciales de un hecho cualquiera puedan ser puestas a cargo de una persona, pública o privada, deben ante todo poder serles jurídicamente achacadas, máxime cuando, como en el caso presente, se está en presencia de una eventual responsabilidad derivada, en una u otra forma, de un contrato administrativo, y ello por virtud del artículo 90 de la Constitución Política que instituyó la imputabilidad como factor determinante de la responsabilidad de los poderes

⁶² Cfr. (i) laudo de Impregilo S.P.A. y Estruco S.A. vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, árbitros Susana Montes de Echeverri, Alberto Preciado Peña y Jorge Rueda Saenz, proferido el 2 de septiembre de 1992, (ii) laudo del 10 de mayo de 1990, dictado para resolver las diferencias entre COMCEL y la Nación – Ministerio de Comunicaciones, árbitros María Teresa Garcés Lloreda, Hernán Guillermo Aldana y Humberto Mora Osejo.

⁶³ En el laudo arbitral del 10 de julio de 1990, dictado en el proceso arbitral de Ocel vs. la Nación – Ministerio de Comunicaciones, árbitros Jorge Enrique Ibáñez Najjar, Julio César Uribe Acosta y Juan Pablo Cárdenas Mejía se invoca doctrina que sostiene que la teoría del “Hecho del Príncipe” está circunscrita a los casos en que los actos generadores de desequilibrio se dictan por autoridades del mismo nivel. También se sostiene la misma posición en el laudo dictado el 27 de julio de 1981, en el proceso arbitral de Sociedad de Ingenieros Civiles Asociados S.A., ICA, de México vs. la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E., árbitros Luis Carlos Neira Archila, Gabriel Melo Guevara y Miguel Aguilera Rogers.

⁶⁴ Árbitros Jorge Enrique Ibáñez Najjar, Julio César Uribe Acosta y Juan Pablo Cárdenas Mejía.

⁶⁵ Árbitros Antonio José de Irisarri, David Luna Visbal y Jaime Paredes Tamayo.

públicos, sea ella contractual o extracontractual.

En consecuencia, una primera precisión indispensable al concepto de “hecho del príncipe” es la de que la circunstancia en que se hace consistir, para que pueda ser tenida como tal, ha de estar referida en todo caso a una decisión o conducta que pueda ser jurídicamente atribuible, vale decir, imputable a la misma autoridad pública que celebró el contrato.

En el caso *Ica vs. EAAB*⁶⁶, el Tribunal de Arbitramento planteó, en el laudo arbitral del 27 de julio de 1981, que el “Hecho del Príncipe” es una figura que se predica de aquellos casos en los que la propia entidad contratante u otra entidad de su mismo nivel, adoptan decisiones o realizan conductas que trascienden el ámbito particular del contratista afectado:

Las citas anteriores sirven para precisar como las decisiones o hechos de la administración pueden influir en la ejecución de un contrato administrativo de tres maneras diferentes: si provienen de la misma entidad contratante y tienen el carácter particular, que sólo afecta al contratista, quedan comprendidas dentro de la responsabilidad contractual; si emanan de la misma entidad contratante o de autoridades de su misma esfera configuran el hecho del príncipe; y si corresponden a autoridades de una esfera diferente quedan encuadradas dentro de la teoría de la imprevisión.

Desde nuestra visión, la ocurrencia de un hecho externo a las partes, que se produce durante la ejecución del contrato y que no había sido previsto por éstas, ni era previsible, debe ubicarse en el campo de la teoría de la imprevisión, cuando es por sí mismo lo suficientemente vigoroso como para alterar profundamente la economía del contrato. En cambio, la actuación de la propia entidad, que ejerce una potestad que le es propia, pero que es ajena al ámbito de la relación contractual, podría ser enmarcada en la Teoría del Hecho del Príncipe, dado que es la propia entidad contratante la que, en ejercicio de la autoridad de la que está investida, ha generado el hecho que da lugar al desequilibrio, y la actuación no se ha producido en ejercicio de una atribución contractual.

2.17. Teoría de la imprevisión y corrección del desequilibrio sobreviniente

Las referencias que en la jurisprudencia arbitral se encuentran a la teoría de la imprevisión se ocupan principalmente de reiterar los supuestos básicos para la admisión de la figura.

En el laudo arbitral de ICA contra EAAB, de fecha 27 de julio de 1981⁶⁷, se plantea que es admisible la aplicación de la teoría de la imprevisión enfrente de un hecho que es previsible, pero no cuyas consecuencias no resultan previsibles para las partes del contrato:

⁶⁶ Árbitros Luis Carlos Neira Archila, Gabriel Melo Guevara y Miguel Aguilera R

ogers.

⁶⁷ Árbitros Luis Carlos Neira Archila, Gabriel Melo Guevara y Miguel Aguilera Rogers.

Mostapha Mohamad El-Gammal en *L'adaptation du Contrat aux Circonstances Economiques* (Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1967, pág. 233) anota que "Sabemos que las fluctuaciones son inherentes a la naturaleza misma de la economía. Ellas son, la mayor parte del tiempo, la consecuencia de una multitud de actitudes o acontecimientos indiscernibles. Así, se ve que los acontecimientos generadores de las fluctuaciones de precios no pueden ser aisladas y su existencia demostrada a menos (sic) sean de naturaleza extra-económica. Buscar la anormalidad del acontecimiento excluyéndola de sus efectos es condenar la teoría a restringirla a los casos extra-económicos y, por lo tanto a traicionar la función para la cual ha sido elaborada.

La jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha tenido una feliz evolución en esta materia.

Aunque comenzó por aplicar la noción de la imprevisibilidad del acontecimiento, llegó finalmente a adoptar aquella de las fluctuaciones de precios. En una sentencia del 9-11-1921, rechazó la demanda de indemnización en un contrato de suministro celebrado después de la iniciación de las hostilidades. Pero no ha tardado en 1948, en admitir la demanda de indemnización a causa de las alzas de precios provocadas por leyes sociales promulgadas antes del contrato, en el supuesto de que "**la amplitud de las alzas ha podido exceder el límite** de aquellas que podían razonablemente entrar en las previsiones de las partes el 1º de abril de 1935".

Las consecuencias de la inflación mundial que se originó en el alza de los precios del petróleo, como todo fenómeno anormal, no podían ser previstos razonablemente en sus verdaderos alcances ya que, como lo afirma el apoderado de la empresa "no hay dudas de que la inflación es un fenómeno económico anormal, es una enfermedad de las economías capitalistas, como dicen los entendidos. Si ello es así resulta obvio, entonces, que no pueda prevérsele bajo un desarrollo normal, porque ello conduciría a afirmar que lo anormal va a desarrollarse normalmente, lo que sería una contradicción en los términos". Por eso ciertamente debe considerarse feliz, como lo dice El-Gammal, la evolución jurisprudencial del consejo de estado francés para ajustar ciertamente la teoría de la imprevisión a los fenómenos económicos actuales.

En el mismo sentido, comentando la sentencia de 1948, Marienhoff (op. cit. pág. 525) dice que "para que la teoría de la imprevisión pueda ser aplicada no es indispensable que el "acontecimiento" mismo haya sido imprevisible; basta con que lo sean las "consecuencias" de un acontecimiento ya producido en el momento de celebrarse el contrato. Determinar todo esto constituye una cuestión de hecho, que ha de resolverse en cada caso concreto sobre la base del buen sentido".

La imprevisión alegada en cuanto a la crisis económica de orden internacional se contrae, por lo tanto, a las consecuencias de la misma, que forman parte de los presupuestos de la teoría desarrollada por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, teoría que ha venido a

constituirse en elemento fundamental dentro de la normatividad jurídica de los contratos administrativos.

Dentro de la misma orientación se inscribe el planteamiento que se hace en los laudos arbitrales dictados en el año de 2004 para resolver las diferencias entre Caracol y la Comisión Nacional de Televisión y entre RCN y la Comisión Nacional de Televisión⁶⁸, en los cuales se afirma:

También en la práctica comercial internacional, la existencia de las cláusulas de “hardship” y su filosofía, así como las observaciones de Ghestin que se dejan destacadas, permiten sostener que un acontecimiento como una devaluación de magnitud, válidamente previsible en economías inflacionarias como la colombiana, bien puede desencadenar efectos o consecuencias totalmente imprevisibles sobre la economía de un determinado contrato oneroso conmutativo de larga duración, en el cual las prestaciones de las partes están llamadas a satisfacerse en forma escalonada, sucesiva o diferida en el tiempo, pues lo que verdaderamente cuenta, para efectos de la aplicación de la teoría de la imprevisión a un determinado contrato de esas características, no es tanto que el acontecimiento sea o no previsible o haya sido o debido ser previsto por las partes al momento de la celebración del convenio, cuanto que las consecuencias de ese acontecimiento sobre la relación comercial no hayan podido ser previstas por las partes en ese instante. La imprevisión, pues, se reconocerá por sus efectos⁶⁹. De allí que la ley colombiana (C.Co., art. 868), como se expuso, reserve la aplicabilidad de la imprevisión a los contratos de ejecución periódica o sucesiva, y limite la mayor onerosidad sobreviniente de las prestaciones a cargo de una de las partes, a aquellas que deban satisfacerse en el futuro, pues son ellas las que sufrirán los efectos o consecuencias del advenimiento de una circunstancia nueva, extraordinaria, imprevista o imprevisible. Es, entonces, respecto de tales prestaciones de futuro cumplimiento donde debe encontrarse la afectación del equilibrio contractual.

En sentido diferente parece moverse la posición del Tribunal de Arbitramento en el laudo del 11 de diciembre de 1972, dictado dentro del proceso arbitral de *Imprese Italiane All’Estero vs. EAAB*⁷⁰, en el que se afirma:

Otra observación muy importante por hacer respecto al concepto de imprevisibilidad, es la de que ésta sólo es tal, para efectos de la teoría de la imprevisión, cuando es absoluta, y no cuando es meramente relativa. Entendiéndose por imprevisibilidad absoluta la que versa sobre el acontecimiento sobreviniente en su totalidad, y no sólo sobre aspectos particulares del mismo; y por imprevisibilidad relativa la que recae apenas sobre modalidades del acontecimiento, como por ejemplo el grado de

⁶⁸ Árbitros Antonio José de Irisarri Restrepo, José Alejandro Bonivento Fernández y Ramón Eduardo Madriñán de La Torre.

⁶⁹ VOIRIN, Paul: “DE L’IMPRÉVISION DANS LES RAPPORTS DE DROIT PRIVÉ”, citado por Ghestin en nota de pie de página, Op. Cit., página 344.

⁷⁰ Árbitros Samuel Hoyos Arango, Samuel Arango Reyes y Juan Uribe Durán.

gravedad o de intensidad con que se presente. ...

3. La jurisprudencia arbitral en relación con el equilibrio económico en la contratación privada

Es más bien escasa la jurisprudencia arbitral que se haya ocupado de resolver problemas jurídicos planteados en relación con contratos regidos por el derecho privado.

La revisión de los pronunciamientos arbitrales sobre desequilibrio económico sobreviviente en el ámbito del derecho privado pone de presente que el contexto de aplicación de este concepto, el cual se presenta por un sector de la doctrina como un principio general del derecho, se mantiene dentro de los estrechos linderos de las normas legales que describen hipótesis de aplicación de la figura, con especial énfasis en la regulación mercantil sobre teoría de la imprevisión y con alguna referencia, más ocasional, al supuesto de hecho excepcional que se recoge en la legislación civil, en el contrato de obra, para regular la posibilidad de ajustar la prestación a favor del contratista enfrente de un contrato de esta clase, pactado a precio global.

Bien puede sostenerse que en derecho privado colombiano sigue siendo nula la aplicación práctica de las figuras ideadas por la teoría jurídica para la corrección del desequilibrio económico sobreviviente en la contratación, toda vez que en la esfera arbitral, al igual que en las pocas sentencias de la jurisdicción civil que se pueden ubicar en esta materia, no se identifica ninguna en la que se haya dispuesto reconocer un ajuste a las prestaciones derivado de la aplicación de una de tales figuras.

3.1. Instrumentos para la corrección del desequilibrio económico en el derecho privado

En laudo arbitral proferido para resolver las diferencias entre Bonaire Ltda. e Impregilo SPA parece dársele acogida a la postura que permitiría resolver problemas de desequilibrio económico en contratos de derecho privado más allá de las soluciones que ofrece el instrumento de la teoría de la imprevisión, aunque los planteamientos al respecto no son suficientemente claros⁷¹:

O sea, que el reconocimiento de los mayores valores que generó el contrato —según lo afirma el demandante en su libelo— no constituyen una petición basada en la figura doctrinal y jurisprudencial, ahora legal (C. Co., art. 831) del enriquecimiento sin justa causa, de una parte, así como la petición del restablecimiento del equilibrio financiero tampoco es la exposición de la teoría de la imprevisión, pues algunos de los hechos que se alegan como mayores costos asumidos para citar por vía de ejemplo la reclamación del

⁷¹ Laudo del 29 de mayo de 2003, árbitros Enrique Laverde Gutiérrez, Germán Tabares Cardona y Carlos González Vargas.

incremento del IVA, el aumento en las cantidades de obra, la mayor permanencia en ella, la demora en los pagos, las diferencias entre el valor del ajuste contractual y la aplicación del IPC, la devolución de los valores cobrados por la administración de suministros, no tienen las características que la ley les exige (C. Co., art. 868) para configurar esa figura, tales como:

- Ser extraordinarias, imprevistas e imprevisibles.
- Agravar la prestación del futuro cumplimiento.
- Ser excesivamente onerosas.
- Revisarse durante la ejecución del contrato.

Sería un contrasentido de la justicia y la equidad considerar que el respeto por el equilibrio económico o financiero de los contratos solo se predicara en la contratación estatal regulada por la Ley 80 de 1993. Porque precisamente la ley comercial consagra para los contratos celebrados entre particulares dos disposiciones con idéntico sentido teleológico: La del artículo 868 que desarrolla la teoría de la imprevisión; y la del artículo 871, que aplica los principios de la buena fe y la equidad. Dice el tratadista Jorge Cubides Camacho al analizar esta disposición de la obra mercantil:

“La buena fe es la recta disposición de ánimo. Aplicada a la ejecución del acto jurídico es la recta disposición del agente en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acto. Es el cumplimiento honesto, leal, ético. De ahí las consecuencias que las normas transcritas deducen de la buena fe: no solo está obligado el agente a cumplir literalmente con lo pactado, al estilo del derecho estricto de Roma; deben cumplirse las obligaciones según la naturaleza del acto que las origina, pero sobre todo deben cumplirse bajo los dictados de la equidad natural”⁷².

Por su parte, en un juicioso estudio sobre obligaciones se encuentra el siguiente razonamiento que resume la moderna posición doctrinal adoptada y pregonada por varios e ilustres tratadistas colombianos:

*“El Código de Comercio representa un esfuerzo fundamental por rescatar el negocio jurídico de los rigores del individualismo, pues en él se introducen varios aspectos relacionados con la teoría del negocio jurídico que tiene como finalidad primordial crear o establecer una justicia contractual y equilibrar las relaciones contractuales”*⁷³.

En aquellos casos donde el juez es llamado a ajustar lo pactado de acuerdo con la prudencia y el buen juicio —equidad— es porque el legislador le ha dado de manera específica tal atribución⁷⁴.

Lo que la parte demandante reclama, se repite, es el reconocimiento de los sobrecostos que le generó el contrato y el reconocimiento de una mora en los pagos del contratante —situación diferente a la planteada por la teoría

⁷² Obligaciones, Universidad Javeriana, Profesores 3, página 214.

⁷³ Integración de las normas comerciales y civiles en materia de obligaciones y contratos: interpretación del artículo 822 del Código de Comercio. Pilar Zapata y Maikel Nisimblat. Revista de Derecho Privado 19-20, Universidad de los Andes Facultad de Derecho, junio de 1997, página 73.

⁷⁴ Jorge Suescún Melo, Derecho Privado Tomo 1, pág. 260

de la imprevisión— y será esta interpretación del interés reclamado lo que motivará al tribunal a revisar, hecho por hecho, y petición por petición, si realmente aquellos se produjeron, en desarrollo y aplicación de los principios de la buena fe y la equidad natural que van implícitos en todo contrato comercial como quedó expuesto.

Una óptica de aproximación diferente a la antes expuesta puede apreciarse en el laudo proferido dentro del proceso de Consorcio Miel vs. Fiduanglo, del 24 de noviembre de 2000, en el cual se señala:

Si bien en su sentido más amplio las nociones del rompimiento y del restablecimiento del equilibrio contractual tienen relación con todo el género de la institución contractual, y por ende con sus distintas especies —y en tal sentido pueden considerarse como una simple expresión del principio general de conmutatividad—, la verdad es que en nuestro derecho se trata de unos conceptos puntuales cuyo ámbito está circunscrito, por ministerio de la ley, al campo de los contratos estatales propiamente dichos. Así lo dispone con toda claridad el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. El fundamento de esta norma no es otro que el ya mencionado atrás, en el sentido de que la prevalencia del interés público, que caracteriza estos contratos, de ningún modo puede llevarse de calle los derechos del contratista particular atados a la equivalencia en las pretensiones recíprocas del contrato.

Entre nosotros, ese postulado no se aplica del mismo modo a los contratos que se gobiernan por el derecho común, por la sencilla razón de que, en éstos, la interrelación propia de las obligaciones y las cargas mutuas entre los contratantes se orienta de una forma un tanto distinta y, sobre todo, se rige por otras disposiciones legales.

En efecto, mientras que en materia de contratos estatales la tutela del llamado equilibrio financiero está estructurada sobre la base de las reglas contenidas en los artículos 4º, 5º y 27 de la Ley 80 de 1993, por el lado de las convenciones no sujetas a ese régimen la norma aplicable al tema de la preservación de la conmutatividad es, en cambio, la del artículo 868 del Código de Comercio.

Y por supuesto se trata de dos esquemas bien diferentes, no obstante ser innegable que tienen algunas semejanzas y elementos básicos comunes, los cuales son apenas el resultado natural de que tanto el uno como el otro están inspirados en los mismos principios básicos de equidad y de justicia.

Así mismo, en el proceso arbitral de Tebsa S.A. ESP contra Corelca se señala que en el ámbito del derecho privado el establecimiento de la ecuación económica inicial y el posterior restablecimiento de la misma es del resorte exclusivo de los contratantes en ejercicio de su autonomía privada; no se alude en el fallo a la hipótesis en que se configure una situación que se pueda enmarcar bajo la teoría de la imprevisión, aunque la referencia inmediata que en laudo se hace a la no aplicabilidad de la Ley 80 de 1993 para resolver problemas de desequilibrio podría darle contexto a la primera afirmación y restringir su alcance, dado que en el proceso en mención no se planteaba la

ocurrencia de una onerosidad sobreviviente que pudiera dar lugar a la utilización de la mencionada figura⁷⁵.

También se plantea la existencia de una diferenciación marcada entre el mundo del derecho privado y el del derecho público, en cuanto a la aplicación de instrumentos para corregir eventuales desequilibrios en contratos civiles de obra, en el laudo proferido el 30 de mayo de 2002 para resolver las diferencias entre Augusto Ruiz Corredor y Cía., por una parte, y Constructora Andrade Gutiérrez S.A., por la otra parte⁷⁶, en el que se sostiene que:

A este respecto conviene recordar que, como regla general, el deudor sólo puede exonerarse del cumplimiento de su obligación acreditando caso fortuito o fuerza mayor, esto es, que la obligación se ha hecho imposible de cumplir. Por consiguiente, en principio el deudor no puede pretender exonerarse de su obligación invocando para tal efecto circunstancias que le hacen más difícil o más oneroso cumplir.

Sin embargo, dicho principio es morigerado en el derecho colombiano de dos formas distintas.

En efecto, de una parte, en materia de contrato de construcción de edificios a precio único prefijado, el artículo 2060 numeral 2º del Código Civil dispone que: “Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda”.

En relación con este artículo ha existido discusión sobre su alcance, porque al paso que algunos autores señalan que el concepto de edificio sólo se aplica a “Obra o fábrica construida para habitación o usos análogos, como casa, templo, teatro, etc.”, pues tal es la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, y por ello no incluye los contratos de construcción de otras obras de infraestructura⁷⁷, como la que es objeto del presente proceso, otros afirman que dicho precepto debe aplicarse a todos los casos de construcción que resulta de la unión de materiales permanente adherido al suelo⁷⁸.

Además, debe observarse que dicha disposición sólo se aplica a los eventos en los cuales el precio es único prefijado, esto es, cuando el precio es global para toda la obra, y por consiguiente, no se aplica a los eventos en que el contrato se celebra a precios unitarios.

Cabe entonces preguntarse qué sucede en los eventos en los cuales no es aplicable el numeral 20 del artículo 2060, como ocurre en el presente caso,

⁷⁵ Laudo dictado el 19 de noviembre de 2004, Árbitros Jorge Suescún Melo, Nohora Palomo y Paul Cahn-Speyer.

⁷⁶ Árbitros, María Cristina Morales de Barrios, Antonio de Irisarri Restrepo, Juan Pablo Cárdenas Mejía.

⁷⁷ César Gómez Estrada. Contratos Civiles, pág. 328.

⁷⁸ Esta es la opinión de Arturo Alessandri cuando se refiere a la responsabilidad por ruina de un edificio, quien además cita a Don Luis Claro Solar.

bien sea porque el contrato no tiene por objeto la construcción de un edificio —entendido en sentido estricto—, bien porque el contrato no se celebró a un precio único prefijado, sino a precios unitarios.

En esta medida, en aquellos casos en que no es aplicable el artículo 2060 del Código Civil, en principio deberá acudir a la teoría de la imprevisión que actualmente consagra el artículo 868 del Código de Comercio y que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia había considerado aplicable en general en materia civil⁷⁹.

Desde otra perspectiva, en laudo arbitral proferido el 21 de noviembre de 2001, se aborda el tema relacionado con la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión a los contratos civiles de obra, para sostener que, sin perjuicio del régimen legal aplicable al contrato de obra que se pacta a precio fijo, según el cual no se admiten reclamaciones de reajuste del precio, diferentes de las expresamente reguladas, y de las que puedan resultar del pacto de las partes, también será posible invocar la teoría de la imprevisión para obtener el restablecimiento del equilibrio económico turbado por circunstancias excepcionales, no susceptibles de preverse al momento de contratar, siempre que las prestaciones que se han tornado excesivamente onerosas no se hayan ejecutado. Sin embargo, también advierte que mayores gastos en que en la ejecución de un contrato civil de obra a precio fijo deba incurrir el contratista, incluso la mayor permanencia no imputable a culpa del contratante, deberán ser soportados por el contratista, a menos de contarse con la autorización del dueño de la obra para proceder en tal sentido⁸⁰.

En el laudo dictado en el proceso de Gases de Boyacá y Santander vs. Ecogás y ECOPETROL del 20 de agosto de 2003 se plantea que en derecho privado, en contraste con el derecho público, no hay garantía alguna de mantenimiento de la ecuación económica que surge al contratar, ni garantía de rentabilidad esperada, y al respecto se expresa: “Ha de recordarse que a diferencia del contrato estatal sometido al Derecho Administrativo, en la contratación privada (y por supuesto en el contrato estatal sometido al derecho privado) no se garantiza el mantenimiento de la ecuación económica estructurada al perfeccionarse el negocio, ni mucho menos la rentabilidad esperada por los contratantes, lo cual requiere de estipulación específica para que se produzcan tales efectos, toda vez que la ley no los presume, ni los impone”.

Las posiciones planteadas en los fallos arbitrales reseñados son consistentes con el estado del arte en la materia, en el ámbito del derecho privado, en donde prevalecen las posturas reactivas a admitir cualquier escenario de restablecimiento del equilibrio turbado, que no pueda enmarcarse en los linderos de las figuras que tienen desarrollo legislativo, aún si el resultado de la

⁷⁹ No sobra recordar que algunos autores expresamente señalan que el artículo 2060 del Código Civil es una aplicación de la imprevisión César Gómez Estrada, pág. 332. Igualmente la doctrina italiana al revisar las reglas del Código Civil Italiano que consagran la imprevisión y la revisión del precio por razón de dificultades sobrevinientes en el contrato de obra, señalan que esta última es una aplicación de la imprevisión para el contrato de obra. Doménico Rubino, op. cit., págs. 195 y 196.

⁸⁰ Laudo proferido para resolver las diferencias entre Total Inversión Inmobiliaria Ltda. vs. The Chase Manhattan Bank, árbitro Adelaida Ángel Zea.

aplicación del postulado “*pacta sunt servanda*” conduce a una situación en la que la inequidad sea protuberante y en la que, por ende, parecería languidecer el principio de la buena fe, no obstante su vigoroso reconocimiento constitucional y legal.

3.2. La diferencia entre el alcance del derecho al restablecimiento del equilibrio económico bajo la Ley 80 de 1993 y del derecho al restablecimiento del equilibrio económico bajo la teoría de la imprevisión

En el laudo arbitral que se dictó para resolver las diferencias entre el Consorcio Miel y Fiduanglo⁸¹ se sostiene la tesis de que el restablecimiento del equilibrio económico en el ámbito de la Ley 80 de 1993 opera frente a cualquier álea anormal que afecte la conmutatividad del contrato, al paso que en la teoría de la imprevisión que regula el Código de Comercio se requiere de la ocurrencia de una circunstancia extraordinarias e imprevistas o imprevisibles, que hagan excesivamente onerosa la prestación de la parte afectada:

Efectivamente, ante todo, en el régimen de la Ley 80, para que haya lugar a invocar el rompimiento del equilibrio contractual y a solicitar su consiguiente restablecimiento, basta simplemente con que ocurra **cualquier álea anormal** que lesione la conmutatividad contractual establecida por las partes, siempre, desde luego, que ella no le sea imputable a quien la sufre. En cambio, en el del Código de Comercio, no sólo es necesario un hecho o circunstancia que sobrevenga durante la ejecución del contrato, sino, además, que esa circunstancia que sobrevenga durante la ejecución del contrato, sino, además que **esa circunstancia tenga la condición de ser extraordinaria e imprevista o imprevisible.**

De otro lado, mientras en el régimen de la Ley 80 apenas si se requiere que esa circunstancia sobreviniente **afecte sin más calificativos y por ende de cualquier modo la conmutatividad** originalmente acordada por las partes, en el de la ley mercantil se exige, perentoriamente, que aquélla sea **de un grado tal que le haga al deudor excesivamente onerosa la ejecución de la prestación** de que se trate.

3.3. La distribución del riesgo contractual y la autonomía privada

En el laudo arbitral dictado para resolver las diferencias entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. ESP y la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. ESP⁸² se plantea que en materia de distribución de riesgos en la contratación privada campea el principio de la autonomía privada, que se puede ejercer sin frontera ni limitación, de manera que si las partes de uno de tales contratos han

⁸¹ Laudo del 24 de noviembre de 2000, árbitros, Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Hugo Palacios Mejía y Gustavo Arrieta Padilla.

⁸² Laudo del 21 de octubre de 2004, árbitros María Cristina Morales de de Barrios, Jorge Suescún Melo y Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

efectuado una cierta distribución de riesgos, no existe posibilidad alguna de invocar la teoría de la imprevisión frente a una circunstancia sobreviniente que haya alterado la economía del contrato y se pueda enmarcar en el área del riesgo distribuido, al menos en el supuesto en que una parte (la entidad contratante pública) le ha garantizado a la otra parte (el contratante particular) la adquisición de una cierta cantidad periódica de energía, con prescindencia de si los montos de energía realmente utilizada son menores, conclusión a la que se llega después de deducir una regla implícita de distribución de riesgos, para cuyo efecto se invoca el artículo 1732 del Código Civil, norma ésta que prevé la posibilidad de que las partes pacten que una de ellas asuma responsabilidad frente a la otra por la ocurrencia de cualquier caso fortuito o de alguna clase particular de caso fortuito. Desde otra perspectiva, se sostiene en este pronunciamiento arbitral la tesis de que la teoría de la imprevisión es un límite al principio de autonomía de la voluntad y no una excepción al mismo.

En la línea del planteamiento del Tribunal Arbitral cabría preguntarse si el único límite susceptible de plantearse al principio de autonomía privada es el relacionado con la teoría de la imprevisión, o si, partiendo de la premisa de la configuración del equilibrio económico como principio general de contratación se pueden establecer límites diferentes a los que se han reconocido explícitamente en el ordenamiento.

Tomando en consideración que en el documento CONPES, en el cual se fijaron las bases para la estructuración del proyecto que dio lugar a la celebración del contrato respecto del cual se discutía la viabilidad de su revisión por excesiva onerosidad, se puso de presente que los proyectos de generación eléctrica están sujetos a mayores riesgos e incertidumbres que otros proyectos industriales, el Tribunal de Arbitramento al que antes se aludió, convocado para resolver las diferencias entre EEB y CES, arriba a la conclusión de que la significativa desviación de las proyecciones de la demanda que en la realidad se registraron, frente a las contempladas en el mencionado documento CONPES, no es argumento que pueda esgrimirse para sustentar un cambio de circunstancias con efecto relevante en el equilibrio de las prestaciones, pues la aludida incertidumbre es “un rasgo característico del sector eléctrico, de manera que debía tomar con cautela las tradicionalmente optimistas predicciones gubernamentales”.

Respecto del planteamiento anterior y reconociendo que las proyecciones que se realizan por las autoridades son por regla general optimistas en ciertas áreas de la administración de los asuntos públicos, ese sólo hecho no parecería suficiente para descalificar la implicación que para la economía del contrato puede haberse derivado de una desviación significativa frente a dichas proyecciones, cuando las mismas estuvieron en la base de construcción de las relaciones de intercambio prestacional. Si un proyecto está sujeto a un nivel de riesgo superior al que ordinariamente se advierte en otras empresas de la misma clase, tal circunstancia no debería ser considerada por sí sola para desechar un reclamo por desequilibrio económico. El mayor nivel de riesgo de un proyecto no conlleva, en nuestra opinión, que la concreción del mismo se deba entender como algo cuyas consecuencias son entonces previsibles.

En el laudo antes mencionado se acoge la orientación dogmática que se pronuncia a favor de una renunciabilidad ex ante al derecho de invocar la teoría de la imprevisión en un contrato de derecho privado, siempre que la renuncia no resulte de la imposición una de las partes en un contrato de adhesión o surgido al amparo de condiciones negociales generales, planteamiento que se pone en contraste con la argumentación que propugna por la irrenunciabilidad de tal derecho en los contratos estatales, sin que esto último obste a la distribución de los riesgos en dicha clase de contratos, postura que el Tribunal Arbitral acoge con apoyo en jurisprudencias que cita para el efecto.

La renunciabilidad del derecho a la reclamación del desequilibrio económico es un asunto que demanda una reflexión profunda, particularmente si se admite que la teoría de la imprevisión es un instrumento que le da vigor al equilibrio económico como principio general de contratación. ¿Hasta dónde se debe admitir una renuncia al derecho de reclamar por una onerosidad excesiva cuando dicha renuncia se plantea de manera abstracta y general? Desde nuestra perspectiva, los instrumentos de protección que se establecen en desarrollo de principios que buscan mantener la equidad en las relaciones contractuales sólo deben perder vigencia cuando son el resultado de un ejercicio particular y concreto, en el que el acuerdo tiene una explicación económica que lo justifica y que permite descartar todo dejo de arbitrariedad o de ejercicio abusivo de una posición de preeminencia contractual. En el caso particular de los reclamos por onerosidad excesiva, la cuestión debería enfocarse más desde la perspectiva de la distribución de riesgos, distribución que conlleva asunción de algunos de ellos por cada una de las partes.

Es preciso resaltar que, en el caso EEB vs CES, el Tribunal Arbitral se inclinó por la tesis según la cual, desde el año de 1993, había información suficientemente indicativa para predecir o anticipar la grave crisis que vivió la economía colombiana y que se manifestó de manera intensa en el año de 1999, planteamiento que contrasta con el comportamiento general de los agentes económicos en el período que precedió a dicha crisis y a la propia visión que en otros Tribunales de Arbitramento se sostuvo sobre el derecho de contratistas del Estado a reclamar por desequilibrio económico por hechos que se situaron en la época de la crisis y en directa conexión con la misma.

En el mismo laudo antes mencionado se sostiene la tesis de que la excesiva onerosidad debe ser examinada con referencia a las implicaciones que la mayor onerosidad de una prestación tenga en la economía del contrato, sin que sea determinante para valorar el desequilibrio la consideración de si el contratista afectado sufrirá mella significativa en su patrimonio como consecuencia de la excesiva onerosidad a la que se ve sometido y también se pronuncia el Tribunal Arbitral en el sentido de que la intervención judicial en el caso de la teoría de la imprevisión apunta a la preservación del principio de equidad, “pero en ningún supuesto pretende garantizar que los contratantes obtendrán la utilidad esperada”, afirmación que examinada en el contexto parece apuntar a que la figura sólo se podrá aplicar si la desproporción sobreviniente es acentuada, y no simplemente por el hecho de que el contratante afectado esté dejando de percibir la utilidad que en condiciones

ordinarias estaría llamado a recibir, de lo que podría inferirse, porque en el laudo no se plantea explícitamente, que si la desproporción es mayor, el restablecimiento del equilibrio ha de darse sin restricción, en consonancia con la equidad como criterio rector, caso en el cual, agregamos nosotros, si el juez decide mantener el vínculo contractual, debe tratar de que las condiciones económicas del contrato sean equivalentes a las que estarían presentes si el desajuste no se hubiera presentado, lo cual conllevaría tener en cuenta la preservación de la utilidad que en el escenario inicial el contratista afectado estaba llamado a recibir.

3.4. La procedencia de alegar la teoría de la imprevisión frente a un contrato ya terminado o ya ejecutado

En el aludo dictado en el proceso arbitral de La Fortaleza vs. Salomón Finvarb Mishaan y otros⁸³, el Tribunal de Arbitramento señaló que la teoría de la imprevisión en el marco del derecho privado no podía ser invocada en un contrato cuyo término de ejecución ya había concluido o en un contrato cuyo objeto ya hubiere sido ejecutado.

La postura expuesta en, a nuestro juicio, un desarrollo del principio de la buena fe, en el sentido de que si una parte afirma que en un momento de la ejecución del contrato se presentó una situación que alteró profundamente la economía del contrato, debe obrar frente a su contraparte de manera consecuente con la expectativa de cumplimiento que ésta legítimamente tiene, y no resulta admisible la alegación de una onerosidad excesiva como pretexto para escudar un incumplimiento contractual.

3.5. La posibilidad de que el contratante incumplido solicite la aplicación de la teoría de la imprevisión

La situación en que un contratante incumplido pretende que se dé aplicación en su favor de la teoría de la imprevisión fue analizada en el laudo arbitral proferido el 11 de diciembre de 2000 para zanjar las diferencias entre La Fortaleza y Salomón Finvarb Mishaan:

En relación con el incumplimiento de un contrato bilateral, la parte incumplida tampoco puede pedir la ejecución, ni la revisión del contrato porque la ley (C.C., arts. 1546, 1608 y 1609 y C. Co., art. 870), sólo faculta exclusivamente al contratante cumplido para escoger entre la resolución del contrato o su ejecución y únicamente en este último caso —el de la ejecución— sería posible promover la acción de revisión del contrato por imprevisión.

Aunque el artículo 868 del Código de Comercio no condiciona la procedencia o viabilidad del instituto de la teoría de la imprevisión a la inexistencia de

⁸³ Laudo dictado el 11 de diciembre de 2000, Árbitros Bernardo Carreño Varela, Francisco Morales Casas y Humberto Mora Osejo.

mora del peticionante perjudicado, es obvio que sólo el contratante cumplido puede invocarlo.

Según principio general fijado en los artículos 1604, 1607 y 1608 del Código Civil, el contratante que promueva la acción de revisión por imprevisión debe haber cumplido sus obligaciones.

En idéntico sentido cabe interpretar la institución de la teoría de la imprevisión consagrada por el artículo 868 del Código de Comercio en lo atinente a la mora del perjudicado. Sin embargo cuando excepcionalmente el incumplimiento del perjudicado haya sido irrelevante para la excesiva onerosidad de la prestación a su cargo, por ser otra la causa de esa excesiva onerosidad (igual se hubiera dado independientemente de la mora, o sea, que no existe allí relación de causalidad), el instituto analizado cabe.

Lo mismo ocurre cuando el incumplimiento es producto precisamente de esa excesiva onerosidad, por lo cual una estricta interpretación puede llegar a desvirtuar la ratio legis de la norma.

Compartimos la posición del Tribunal Arbitral en punto a que la onerosidad excesiva no puede ser invocada de manera pura y simple como argumento para justificar un no cumplimiento del contrato, partiendo de la premisa de que la teoría de la imprevisión no se sitúa en el terreno de la imposibilidad de cumplimiento de la prestación, lo cual no obsta a que en determinadas circunstancias, esa excesiva onerosidad pueda explicar un incumplimiento, en los casos en que no resulte razonable, de acuerdo a las circunstancias, exigirle al contratista que padece la onerosidad excesiva cumplir con lo de su cargo, para lo cual debe juzgarse tanto la conducta de la parte que enfrenta la dificultad para cumplir, como la conducta de su contraparte al tener noticia de la situación perturbadora que se ha presentado y su incidencia en la posibilidad que el deudor de la prestación tiene para poderla satisfacer oportunamente.

3.6. La teoría de la imprevisión frente a contratos de ejecución instantánea y cumplimiento diferido

En el caso de La Fortaleza contra Salomón Finvarb y otros⁸⁴, el Tribunal de Arbitramento se pronunció positivamente sobre la procedencia de aplicar la teoría de la imprevisión a contratos caracterizados como de ejecución instantánea, pero en frente de los cuales se haya acordado por las partes el cumplimiento diferido de alguna o algunas prestaciones, en relación con dichas prestaciones:

Tenemos pues que, en sana hermenéutica, no puede ser directamente aplicable, como en efecto tampoco lo es, el artículo 868 del Código de Comercio ni a los contratos civiles ni a los contratos mercantiles de ejecución instantánea, en los cuales las prestaciones se cumplen al mismo tiempo. Es clara la norma en ese sentido. Sin embargo distinto es el caso de los contratos de cumplimiento instantáneo pero de ejecución diferida, donde la

⁸⁴ Laudo dictado el 11 de diciembre de 2000, Árbitros Bernardo Carreño Varela, Francisco Morales Casas y Humberto Mora Osejo.

efectividad de las obligaciones está sujeta a plazo o condición. En este último caso, la teoría de la imprevisión, una vez acogida, no altera los efectos ya cumplidos.

La postura que se adopta en el laudo arbitral es relevante en la medida en que la disposición del régimen mercantil en materia de imprevisión ha señalado, de manera imperativa, que el remedio del artículo 868 del Código de Comercio no se puede aplicar en caso de que el contrato celebrado sea de ejecución instantánea, lo cual supone entender que cuando la disposición legal alude a la viabilidad de utilizar la figura de la teoría de la imprevisión a los contratos de ejecución periódica o diferida, no está usando la expresión “diferida” como sinónima de “periódica”, sino que aquélla se estaría empleando para hacer una excepción frente a aquellos contratos en que, no obstante ser catalogables como de ejecución instantánea, las partes han acordado que alguna o algunas, o todas las prestaciones, se cumplen en otro momento del tiempo posterior al de la celebración del contrato (contratos de ejecución escalonada).

3.7. La aplicación de la equidad por el juez para restablecer el equilibrio del contrato

En el fallo arbitral de La Fortaleza vs. Salomón Finvarb y otros⁸⁵ se analizó cuál sería el alcance del fallo que se podría proferir en caso de que prosperara una pretensión de corrección del desequilibrio económico de un contrato por onerosidad excesiva, que llevara al juez a replantear el contenido prestacional del contrato, para sostener que la decisión, sentencia o laudo arbitral, no sería, por el hecho de basarse en la equidad, una decisión en conciencia, sino en derecho, porque la equidad se trae al caso particular en virtud de una definición adoptada por el propio legislador.

La precisión anotada reviste la mayor importancia en el caso de los laudos arbitrales, puesto que una de las fronteras de la competencia de un tribunal arbitral está determinada por la naturaleza del fallo que ha de proferir, si en derecho o en equidad, entendiéndose que en la primera modalidad el laudo arbitral ha de adoptarse apegándose a las directrices generales que establece el ordenamiento positivo, conforme a la interpretación que de las mismas haga el tribunal arbitral, al paso que en la segunda modalidad se puede moldear una regla especial y propia para la solución del problema jurídico planteado, en el entendido que si un fallo debe proferirse en derecho porque las partes así lo decidieron, o porque nada establecieron al respecto, y se profiere en equidad, existiría una causal de anulación, salvo, como se precisa en el fallo arbitral referido, cuando es el propio ordenamiento legal el que le impone al fallador el uso de la equidad como herramienta de solución del conflicto, o lo habilita para emplearla.

⁸⁵ Laudo dictado el 11 de diciembre de 2000, Árbitros Bernardo Carreño Varela, Francisco Morales Casas y Humberto Mora Osejo.

3.8. Funcionalidad de las cláusulas denominadas de “revisión de precios” y de “ajuste de índices” frente a la ocurrencia de situaciones predecibles y no predecibles

Aunque los planteamientos que adelante se exponen fueron formulados en el contexto de una controversia desatada entre el Consorcio Miel y Fiduango, respecto de un contrato sujeto a las normas del derecho privado, por el hecho de que los recursos públicos involucrados para la realización de la obra fueron transferidos a un patrimonio autónomo cuyo vocero era una sociedad fiduciaria, lo expuesto sería igualmente predicable frente a contratos regidos por la ley de contratación estatal:

Es costumbre que las personas que celebran contratos cuya ejecución debe prolongarse en el tiempo, busquen protegerse de los efectos adversos de fenómenos como la inflación, o la devaluación, que, según la experiencia, se presentan con el paso del tiempo aun en las economías de los países industriales, y pueden afectar el valor de las obligaciones y derechos de las partes. La ocurrencia de tales fenómenos es predecible, así su magnitud no lo sea.

Uno de los sistemas de protección más extendidos, sobre todo en cuanto a los contratos de obra y suministro se refiere, consiste en utilizar “cláusulas de revisión”, o bien “cláusulas de índices de precios”. Las primeras permiten a las partes hacer un ajuste en los precios, de valor indeterminado, cuando se presentan ciertas circunstancias determinadas. Las segundas, en cambio, permiten modificar el valor del contrato, o el de alguno de sus componentes, nacionales o extranjeros, en forma precisa y automática, cuando evolucionan ciertos índices de precios.

En materia de contratos de las entidades públicas, el derecho colombiano positivo acepta estas cláusulas en los contratos de obra desde cuando se expidió el artículo 11 de la Ley 4ª de 1964; y en nuestros días, la Ley 80 de 1993 induce a los contratistas a adoptar sistemas similares (art. 4º, núm. 8º). Pero, por supuesto, nada impide que estas cláusulas se pacten en los contratos que se rigen por las leyes 142 y 143 de 1994, el Código de Comercio o el Código Civil, como es el caso del contrato materia de este laudo.

La existencia de “cláusulas de índices de precios” en los contratos asegura, en principio, que cualquier variación en los índices se traslada a los precios del contrato, de modo que ni el hecho mismo de que exista inflación, ni sus valores absolutos, pueden considerarse como un hecho imprevisto entre las partes. Uno de los precios que, a menudo, se toman en cuenta, en aquellos contratos que exigen el uso de bienes o servicios adquiridos en otras partes del mundo, es la “tasa de cambio” que no es otra cosa que el precio de unas monedas en función de otras.

Los “índices temporales de precios” tienen el propósito de medir cambios en los precios de ciertos bienes y servicios a través del tiempo. Se refieren, a menudo, a precios de conjuntos de bienes o servicios que tienen alguna relación entre sí, o con algún fenómeno económico; cada tipo de bienes o

servicios tiene un peso específico dentro del índice, según su importancia dentro del conjunto para los propósitos en los que se usará el índice.

Los índices reflejan variaciones generales en los precios de tales conjuntos sin que, por definición, pueda pretenderse que el índice se comporte en forma igual al del precio de uno cualquiera de los bienes que se tomaron en cuenta para definirlo: esta consideración sería suficiente por sí sola para explicar las diferencias entre la “inflación del proyecto” y el ajuste en precios que resulta al aplicar la cláusula octava del contrato, a las que se refiere la página 83 de la demanda.

Es natural que cada tipo de índice se comporte en forma diferente a los demás, pues su comportamiento depende, entre otras causas, de los bienes y servicios que se usan para calcular los índices, y de los pesos relativos que se les asignan. El manejo de índices permite medir y comparar en forma razonable fenómenos que, de otra manera, sería muy dispendioso registrar. En muchos países, y por cierto en Colombia, hay entidades dedicadas en forma profesional a elaborarlos, de tal manera que sean representativos de los conjuntos para los cuales se elaboran.

Como bien señala la apoderada de la parte actora, las “cláusulas de índices de precios” no tienen el propósito de resolver problemas contractuales derivados de fenómenos distintos a la variación de los precios, y que pueden alterar la economía del contrato o hacerlo muy gravoso para una o ambas partes.

Para el tribunal es evidente que el fenómeno inflacionario en un país no produce un incremento idéntico de todos los precios y en todas las regiones. La existencia de índices específicos, por productos o por regiones, tiene el propósito de reflejar tal hecho. El uso de índices específicos para ajustar los precios de ciertos tipos de bienes y servicios en el contrato refleja la voluntad de las partes de que tales ajustes se hicieran con índices que incorporaran las condiciones particulares de los mercados en donde se transan esos bienes y servicios, lo que resulta opuesto, por completo, al novísimo propósito de juzgar su eficacia comparándolos con índices generales, como el IPC o el CPI de los Estados Unidos. Existe noticia, inclusive, de que la Corte Suprema de este país ha dicho que cuando hayan de usarse índices, “el índice especial que se emplee debe ser apropiado al fin especial que persigue. Un índice del “nivel general de precios”, por ejemplo, es claramente inadecuado⁸⁶.

Las diferencias entre los valores que se obtienen al aplicar las fórmulas de ajuste contractuales, y los que se hallarían al aplicar a los precios pactados el índice de precios al consumidor (IPC) son explicables por el simple hecho de que el IPC y los índices empleados en ñas fórmulas son construidos de modo distinto, para que midan fenómenos relacionados pero diferentes.

Naturalmente, el tribunal podría haber revisado las fórmulas si se hubiera demostrado un verdadero “desquiciamiento” del contrato, en donde ellas, por algún motivo sobreviniente e imprevisible, hubieran estado lejos de dar al

⁸⁶ Frederick E. Croxton y Dudley J. Cowden, *Estadística general aplicada* (México, Fondo de Cultura Económica, 1965), pág.432.

contratista valores comparables, en su capacidad adquisitiva, al que tuvo en cuenta al contratar. Tal ocurriría, por ejemplo, si el consorcio, por obra de la naturaleza, de las autoridades o de terceros, se hubiera visto obligado a adquirir los bienes y servicios que usa para cumplir el contrato en condiciones completamente distintas a las que prevalecen en el mercado, pues son estas condiciones, ciertamente, las que reflejan los índices de precios. O si, por un cambio tecnológico impuesto, la estructura de las fórmulas de ajuste no reflejara ya en forma razonable la estructura de costos del proyecto. Pero tal “desquiciamiento” no ha sido probado; y las diferencias porcentuales en el ajuste que produciría el uso del IPC, frente al que produce la ponderación de las fórmulas del contrato, además de los reparos de concepto que pueden hacerse a ese cotejo, no revela una tendencia definida ni cifras que puedan calificarse de “desquiciamiento”⁸⁷.

El laudo arbitral examinado contiene planteamientos que contribuyen a aclarar la espinosa cuestión relacionada con la funcionalidad de las cláusulas de ajuste de precios, en los eventos en que uno de los índices empleados en la fórmula se comporta de manera diferente a otro índice que no fue tenido en cuenta para la determinación de la misma, y tal divergencia de comportamiento es aducido para sustentar una reclamación por desquiciamiento de la economía del contrato.

3.9. La reducción de la actividad del contratista por decisión unilateral de la entidad contratante, prevista en el contrato, y su implicación en el equilibrio del contrato

En el laudo que se dictó para resolver las diferencias entre el Consorcio Miel y Fiduango se sostuvo la tesis según la cual la potestad de modificación unilateral del contrato, en un contrato de derecho privado pactado bajo la modalidad de precios unitarios, no puede ser examinada bajo los lineamientos que en la contratación estatal se establecen para la modificación del objeto contractual por el ejercicio de facultades exorbitantes que se reserve la administración, y que la procedencia de un reclamo por esa causa está directamente relacionada con la razonabilidad y proporcionalidad de la modificación y con la no alteración del núcleo central del objeto del contrato:

Por otra parte, el tribunal debe resaltar también que, a su juicio, es indispensable que los cambios que por la vía de la voluntad de una de las partes se introduzcan en el alcance del objeto de un contrato a precios unitarios que así lo permita, forzosamente deben estar enmarcados dentro del criterio de la razonabilidad y proporcionalidad. Principalmente, porque aunque se trate, como en efecto se trata, de modificaciones que tienen apoyo en el principio fundamental de la normatividad del contrato, ello no puede dar lugar a que por la vía de ellas se quebrante inaceptablemente aquel otro principio, no menos importante, de la conmutatividad del mismo.

⁸⁷ Laudo proferido el 24 de noviembre de 2000, árbitros Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Hugo Palacios Mejía y Gustavo Arrieta Padilla.

No podría ser de otra manera, dado que, evidentemente, mal podría pensarse en que bajo el alero de una facultad contractual de esta índole, una de las partes de un contrato a precios unitarios pudiera introducirle sobre la marcha un cambio sustancial a su objeto, e imponérselo a su co-contratante, sin ningún tipo de compensación.

Al fin de cuentas, no puede perderse de vista que, con todo y su soporte en la normatividad del contrato, ese tipo de modificaciones tiene que constituir un álea normal del contrato.

Ahora bien, forzosamente, esa razonabilidad de la modificación sobreviniente tiene que ser considerada y determinada para cada caso y en cada ocasión, en función de las circunstancias particulares de cada contrato. Por supuesto también en función del mismo considerado como un todo.

Ello obliga a que en cada contrato de este tipo sea necesario evaluar los cambios que puedan haber surgido durante su ejecución, y a hacerlo con todos ellos. Porque sólo ese examen, que de ordinario debe hacerse a la finalización de aquél, permitirá saber de qué orden y de qué magnitud fueron los efectos que de esas modificaciones se siguieron para una y otra partes, si ellas fueron o no sustanciales o razonables, y cuál fue su balance final, de modo de poder establecer si realmente se trató de un álea normal del contrato, o de uno anormal y por lo tanto inaceptable desde el punto de vista de la conmutatividad.

En el caso que ocupa a este tribunal, habiendo quedado establecido ya que Hidromiel S.A., estaba válidamente facultado en principio por el propio texto del contrato de obra para introducir modificaciones en el alcance de su objeto, resta por determinar si la eliminación de algunas obras que ella decidió mediante la comunicación del 20 de junio de 1996, cumplió cabalmente con las condiciones propias del ejercicio de esa facultad. Dicho de otra manera, se trata de definir específicamente si el haberse suprimido la construcción de las Subestaciones doña Juana y Miel I, así como de las dos líneas de transmisión a 230 KV que debían conectarlas, puede ser calificada de razonable, y considerada, en consecuencia un álea normal del contrato de obra del caso *sub lite*; si con ella se hizo uso correcto uso del poder contractual de variar de modo no sustancial el objeto del contrato, o si por el contrario se incurrió en un inaceptable incumplimiento del mismo, con todas sus consecuencias.

[...]

De todo lo anterior se desprende, a juicio del tribunal, que la eliminación de algunas de las obras del objeto del contrato que dispuso Hidromiel S.A., era simplemente uno de los áleas normales del contrato, propio de su modalidad y previsto en su propio texto, tal como se desprende de sus cláusulas ya mencionadas. Además, que por parte alguna del expediente y, en especial en el dictamen rendido por los señores peritos ingenieros, aparece la más leve indicación que permita pensar al tribunal que la eliminación de aquellas obras desbordó la razonabilidad que a su juicio debe ser característica de

una modificación sobreviniente en casos como el que se estudia, lo cual es aún más evidente si se tiene en cuenta que, sobre la base de la diferencia del 5.6% anotada por los peritos, la disminución en el AIU ocasionada por la eliminación aquí estudiada asciende a menos del 2% de la misma base, y, por consiguiente, las utilidades y demás conceptos reclamados por la demandante, ciertamente no pueden considerarse, al menos por ahora, como sustanciales a la luz de los valores contractuales anotados.

Lo anterior es tanto más cierto si se tiene en cuenta, de un lado que las obras eliminadas no forman en absoluto parte del núcleo de la central hidroeléctrica que es, como un todo el objeto básico del contrato; y del otro, que no habiéndose concluido aún hoy, su ejecución, es muy temprano para saber a ciencia cierta cuál es el balance definitivo entre las obras suprimidas y las adicionadas, y entre las que eventualmente puedan aun suprimirse o adicionarse. En todo caso, para el tribunal, ese balance actual no permite inferir hoy que las modificaciones dispuestas por Hidromiel S.A., puedan calificarse de sustanciales.

Y siendo así, resulta evidente que por lo tanto mal podría hablarse de que pudiera haber lugar a una eventual responsabilidad de carácter contractual derivada de tal eliminación e imputable a Hidromiel S.A., que pudiera dar lugar a cualquier tipo de reconocimiento o pago a favor del consorcio por concepto de una eventual pérdida de utilidades, o de una eventual pérdida de la parte proporcional de unos costos indirectos, o de una eventual pérdida derivada de la circunstancia de no haber recibido y podido utilizar una porción del anticipo.

El pronunciamiento arbitral reseñado es importante en cuanto contribuye a arrojar claridad en lo atinente a las fronteras que se deben considerar al momento del ejercicio de la potestad de modificación unilateral del contrato que una parte se reserva, particularmente si, como en este caso, el contratante tiene una posición de preeminencia sobre la otra parte.