UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

El desequilibrio económico en los contratos estatales de concesión portuaria en Colombia

Diego José Monroy Núñez

Universidad Nacional de Colombia
Faculta de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2025

El desequilibrio económico en los contratos estatales de concesión portuaria en Colombia

Diego José Monroy Núñez

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:

Magister en Derecho

Director:

Ph.D. Cesar Antonio Cohecha León

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá, Colombia

2025

…Si la sociedad establecida administra toda comunicación normal, dándole validez o invalidándola de acuerdo con exigencias sociales, los valores ajenos a esas exigencias quizá no puedan tener otro medio de comunicación que el anormal de la ficción. La dimensión estética conserva todavía una libertad de expresión que le permite al escritor y al artista llamar a los hombres y las cosas por su nombre: nombrar lo que de otra manera es innombrable...

Herbert Marcuse, El hombre unidimensional

Agradecimientos

Al Gran Amor de Dios, que es Unión.

A la Suprema Fuerza creadora del Universo, plectro constante de luz y sabiduría.

A la memoria de mi abuela Dora y mis abuelos Alfonso y Roberto, por irradiar siempre a su familia y por ella, seriedad, honestidad y compromiso.

A la memoria de mi hermano Daniel Felipe, mi ángel guardián, quien desde el oriente eterno siempre me ha acompañado en esta existencia.

A mi abuela Elisa, por ser ejemplo permanente de tenacidad, fortaleza y humildad.

A mis padres, por el modelo constante de probidad y caridad, por la libertad y la confianza sinceras e incondicionales, por el apoyo y el afecto ilimitados.

A Sally, mi toda amada esposa, y a Sallicita y Sofía, mis preciosas hijas, fuentes inagotables de amor e inspiración.

A los Profesores Cesar Cohecha y Silvio Rosero por sus orientaciones de orden teórico, práctico, metodológico, epistemológico y de estilo, por ayudarme a alcanzar los propósitos de este trabajo.

A mi maestro interior por no rendirse, por mantenerme motivado, por enseñarme el valor percutor de la persistencia.

Resumen

El desequilibrio económico en los contratos estatales de concesión portuaria en Colombia

El presente trabajo tiene como propósito principal establecer la posibilidad de configuración de desequilibrio económico en los contratos de concesión portuaria, asumiendo estos como una especie de contratos estatales en los que se evidencian condiciones particulares en cuanto a su estructuración, economía y ejecución, lo cual amerita su estudio y análisis particular. Como punto de partida, se aborda la conceptualización de instituciones jurídicas como: los contratos estatales de concesión de obra pública en general, y de concesión portuaria en particular, la técnica de gestión de los riesgos previsibles y el manejo de los riesgos imprevisibles, así como el principio de equilibrio económico de los contratos estatales y las causas por las cuales puede verse alterado. Para dicha tarea se tiene como base la doctrina regional y local, y la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

Una vez establecido el marco conceptual referenciado, a partir del análisis de 5 casos paradigmáticos en la jurisprudencia arbitral colombiana, referidos a controversias contractuales de orden económico que se han suscitado en la ejecución de los contratos de concesión portuaria durante los 30 años de vigencia de la Ley 1 de 1991 -Estatuto de Puertos Marítimos-, se identifican los aspectos relevantes de cada decisión arbitral en relación con el objeto de la controversia, las consideraciones del tribunal respectivo en torno a la economía del contrato analizado y su equilibrio económico, el incumplimiento contractual y el régimen de riesgos en este tipo de concesiones, así como los fundamentos de cada decisión adoptada. Con ello se establecen las causas por las cuales en dichos casos no se estimó quebrantado el equilibrio económico de los contratos objeto de controversia.

Palabras clave: Contrato de concesión, contrato de concesión portuaria, riesgos previsibles, equilibrio económico del contrato, revisión de precios, ius variandi, hecho del príncipe, teoría de la imprevisión, incumplimiento contractual.

Abstract

Economic imbalance in port concession state contracts in Colombia

The main purpose of this work is to establish the possibility of configuring economic imbalance in port concession contracts, assuming them as a type of state contracts with particular conditions regarding their structure, economics, and execution, which warrants their specific study and analysis. As a starting point, it addresses the conceptualization of legal institutions such as: state contracts for public works concessions in general, and port concessions in particular, the management of foreseeable risks and the handling of unforeseeable risks, as well as the principle of economic balance in state contracts and the causes for which it may be altered. This task is based on regional and local doctrine, as well as the jurisprudence of the Council of State and the Constitutional Court.

Once the referenced conceptual framework is established, based on the analysis of 5 paradigmatic cases in Colombian arbitration jurisprudence related to economic contractual disputes that have arisen in the execution of port concession contracts during the 30 years of the validity of Law 1 of 1991, the Maritime Ports Statute, the relevant aspects of each arbitral decision regarding the subject of the dispute, the considerations of the respective tribunal regarding the economics of the analyzed contract and its economic balance, contractual non-compliance, and the risk regime in this type of concession, as well as the foundations of each decision adopted, are identified. This helps to establish the reasons why in these cases it was not considered that the economic balance of the contracts in dispute was breached.

Key words: Concession contract, port concession contract, foreseeable risks, economic balance of the contract, price revision, ius variandi, sovereign act, theory of unforeseeability, breach of contract

Contenido

Pág.

Resumen ..... **IX**

Lista de figuras ..... **XV**

Lista de tablas ..... **XVI**

Introducción **1**

1. Los contratos de concesión de obra pública de infraestructura de transporte en Colombia **9**

1.1 Características generales de los contratos de concesión de obra pública de infraestructura de transporte en Colombia 9

1.1.1 Antecedentes históricos 10

1.1.2 Noción general de la concesión 12

1.1.3 Contrato de concesión de obra pública de infraestructura de transporte 15

1.2 Los riesgos previsibles en los contratos de concesión de obra pública de infraestructura de transporte en Colombia 19

1.2.1 Concepto 19

1.2.2 La tipificación 21

1.2.3 La estimación / valoración 22

1.2.4 La distribución 23

1.2.5 La técnica de los riesgos contractuales previsibles frente al equilibrio económico del contrato estatal 24

1.2.6 Los riesgos contractuales frente al incumplimiento del contrato estatal 26

2. El contrato de concesión portuaria en Colombia **29**

2.1 Contexto de la actividad portuaria 29

2.1.1 El contexto internacional 29

2.1.2 Contexto latinoamericano 31

2.1.3 Modelos de construcción, operación y explotación portuaria 32

2.1.4 Contexto nacional 36

2.2 Aspectos relevantes de la actividad portuaria en el país 37

2.2.1 El contexto general de la actividad portuaria en el país antes de la expedición de la Ley 1 de 1991 37

2.2.2 La crisis de Colpuertos y el cambio de modelo de prestación de servicios portuarios 39
2.2.3 La Ley 1 de 1991 41
2.2.4 Los planes de expansión portuaria 43
2.3 Características del contrato de concesión portuaria en Colombia 44
2.3.1 Objeto y alcance del contrato....44
2.3.2 Las sociedades portuarias 47
2.3.3 El origen de los recursos de inversión y la gestión privada del servicio 49
2.3.4 El plazo de la concesión 50
2.3.5 La contraprestación portuaria 53
2.3.6 La modificación de las condiciones de los contratos de concesión portuaria .54
2.3.7 Los riesgos en los contratos de concesión portuaria....59
2.3.8 Los riesgos en los contratos de concesión portuaria....62
2.3.9 Las inversiones adicionales en los contratos de concesión portuaria....65

3. Equilibrio económico de los contratos estatales conmutativos en Colombia y causas de desequilibrio 69
3.1 Justificación.... 73
3.2 Causas de ruptura del equilibrio económico de los contratos estatales 76
3.2.1 El ius variandi 77
3.2.2 El hecho del príncipe (factum principis) 80
3.2.3 La teoría de la imprevisión....82
3.2.4 Incumplimiento contractual 85
3.3 Oportunidad y forma de salvedades, reclamaciones u objeciones 86

4. Cinco casos paradigmáticos de pretensiones económicas derivadas de contratos de concesión portuaria en la jurisprudencia arbitral nacional....89
4.1 Tribunal arbitral Sociedad Portuaria Regional de Tumaco S.A. vs. Superintendencia General de Puertos 90
4.1.1 Objeto de la controversia 90
4.1.2 Consideraciones del tribunal relativas a las características del contrato de concesión portuaria 91
4.1.3 Consideraciones del tribunal en relación con el equilibrio económico del contrato 92
4.1.4 La decisión del tribunal 93
4.2 Tribunal arbitral Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. vs. Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena – Cormagdalena 94
4.2.1 Objeto de la controversia 95
4.2.2 Consideraciones del tribunal relativas a las características del contrato de concesión portuaria 96
4.2.3 Consideraciones del tribunal en relación con el equilibrio económico del contrato 97
4.2.4 La decisión del tribunal 99
4.3 Tribunal arbitral Cementeras Asociadas S.A. – CEMAS vs. Instituto Nacional de Concesiones – INCO 101
4.3.1 Objeto de la controversia 101
4.3.2 Consideraciones del tribunal relativas a las características del contrato de concesión portuaria 102
4.3.3 Consideraciones del tribunal en relación con el equilibrio económico del contrato 103
4.3.4 La decisión del tribunal 105

4.4 Tribunal arbitral Sociedad Portuaria Palermo S.A. vs. Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena – Cormagdalena 107
4.4.1 Objeto de la controversia 107
4.4.2 Consideraciones del tribunal relativas a las características del contrato de concesión portuaria 107
4.4.3 Consideraciones del tribunal en relación con el equilibrio económico del contrato 108
4.4.4 La decisión del tribunal 111
4.5 Tribunal arbitral Oleoducto Central S.A. – Ocensa vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI 113
4.5.1 Objeto de la controversia 114
4.5.2 Consideraciones del tribunal relativas a las características del contrato de concesión portuaria 114
4.5.3 Consideraciones del tribunal en relación con el equilibrio económico del contrato 115
4.5.4 La decisión del tribunal 118

5. Conclusiones y recomendaciones 123
5.1 Conclusión general 123
5.2 Conclusiones específicas 124

Bibliografía 133

Lista de figuras

Pág.

Figura 1: Diagrama de sistema orientado a concesiones portuarias - relación sector público y sector privado en la provisión y operación de infraestructura de transporte..... 18
Figura 2: Diagrama resumen de la relación tetravalente existente en el sinalagma prestacional de los contratos de concesión portuaria 125

Lista de tablas

Pág.

Tabla 1. Cuadro comparativo de la regulación del cambio de las condiciones de las concesiones portuarias 55

Introducción

La historia del comercio internacional y la del sector marítimo y portuario han estado íntimamente ligadas a la historia de la humanidad. Gracias a la posibilidad de intercambio de mercancías por vía marítima civilizaciones enteras han prosperado y florecido, por lo que desde tiempos remotos los puertos han gozado de especial importancia en la vida económica de los pueblos. Los puertos constituyen el nodo del tráfico nacional e internacional de mercancías por antonomasia, y en este sentido han jugado un papel relevante para la humanidad, sirviendo como punto de interfase y enlace entre distintas regiones y modos de transporte[1].

El transporte marítimo es de vital importancia para el desarrollo del comercio de cualquier país, y a nivel regional y global. En materia de comercio internacional, los volúmenes de carga que se transportan por vía marítima y las distancias que se recorren para el efecto[2] evidencian cómo este modo de transporte es el que ha sustentado el mundo globalizado imperante, y por consiguiente de la economía internacional, basada en el flujo mundial de capitales y la apertura al comercio internacional, con el intercambio de commodities y productos semi elaborados y terminados.

La doctrina especializada en materia de infraestructura y desarrollo en América Latina y el Caribe describe la relación de la actividad portuaria con la expansión del comercio marítimo

---

[1] ZULETA, Luis Alberto et. al., ZULETA, Luis Alberto et. al., *La contraprestación portuaria en Colombia en un entorno competitivo*. Estudio para la Cámara Colombiana de la Infraestructura. Informe final [en línea]. Bogotá, 2015. Disponible en Internet: <URL: https://www.infraestructura.org.co/documentos/economicos/LA%20CONTRAPRESTACI%C3%93N%20PORTUARIA%20EN%20COLOMBIA%20EN%20UN%20ENTORNO%20COMPETITIVO%20(ZULETA%202015).pdf>,., 2015, p. 96

[2] FREIRE, María, et. al., *Economía del transporte marítimo,* 1 ed., Coruña: Instituto Universitario de Estudios Marítimos – IUEM, Netbiblo, 2003, p. 63: *"Este transporte mueve entre el 90 y 95% de todo el comercio internacional, en peso y en términos de tonelada por kilómetro recorrido, supone algo más del doble que la suma de todos los transportes realizados por otros medios."*

internacional en los últimos años, y la importante tarea de los puertos en la facilitación del comercio internacional y su crecimiento, remarcando la función básica de los puertos de proveer la infraestructura y capacidad operativa idóneas para atender de la manera más eficiente posible las naves y la carga que por ellos se transporta, y la relación directa que existe entre dicha eficiencia y los costos de importación y exportación para un país o región, y por ende su competitividad[3].

Las actividades marítima y portuaria tienen una estrecha correlación con respecto a la economía mundial y sus ciclos económicos, por lo que los hechos que se presentan en ésta, en buena medida terminan repercutiendo en el sector del transporte marítimo internacional, especialmente en los fletes y su relación con los servicios de atención a la carga ofrecidos por los puertos, en tanto que la oferta de servicios navieros se reduce cuando los fletes suben, para posteriormente incrementarse la oferta produciendo una disminución en los fletes y un exceso de demanda[4].

En el ciclo marítimo las cuestiones más significativas se refieren al mercado de construcción de nuevos buques para atender la demanda de transporte internacional y su relación con los fletes a percibir por la prestación de los servicios de transporte, así como a las inversiones requeridas para atender la demanda requerida de transporte marítimo internacional[5]. De ahí que usualmente el sector del transporte marítimo internacional haya

---

[3] SANCHEZ, RICARDO, et. al., *Transporte marítimo y puertos: Desafíos y oportunidades en busca de un desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe*, en Serie de recursos naturales e infraestructura. Santiago de Chile: Naciones Unidas – Cepal, 2015, p. 71.

[4] Al respecto, DOERR, Octavio, *La industria del transporte marítimo y las crisis económicas*, en Serie de recursos naturales e infraestructura No. 149, Santiago de Chile: Naciones Unidas – Cepal, 2003, p. 14.

[5] SANCHEZ, Ricardo, et, al., Op. cit., 2015, p. 92: *"Se entiende el ciclo marítimo como una interacción de la oferta y la demanda en el sector del transporte marítimo, cuya oferta denota una alta inelasticidad y falta de sincronización ante una demanda que es exógena y extremadamente dinámica. Dicha descoordinación entre una y otra se debe a los lentos cambios de la oferta, ya que para que la oferta atienda los cambios en la demanda, ésta debe aumentar o disminuir las flotas disponibles para el transporte marítimo. Esto es, cuando hay una baja demanda acumulada, disminuye la construcción y aumentan los buques que se encuentran detenidos o son enviados a destrucción; al momento en que la demanda acumulada aumenta, lo que puede ser por distintas razones, principalmente por cambios en la economía mundial, la oferta no tiene la capacidad de acomodarse rápidamente, suben los fletes y se reanudan las construcciones de barcos, provocando finalmente una sobre oferta y con ello una baja de dichos fletes."*

resultado ser especialmente sensible frente a las crisis económicas internacionales que han logrado un alcance global[6].

En línea con lo expuesto hasta este punto, la competitividad de un país o región en buena medida puede determinarse teniendo en consideración la capacidad y eficiencia de los puertos a través de los cuales moviliza las distintas cargas que se importan, exportan, o simplemente se transportan, desde y hacia dicho país o región y por sus aguas interiores. Así mismo en la capacidad del equipamiento en materia de carreteras, vías férreas, canales navegables y facilidades logísticas, entre otros aspectos, en la medida que dichos factores juegan un papel determinante a la hora de analizar los costos de transporte de mercancías en comparación con otros países de la región y el resto del planeta[7].

En el caso colombiano, desde 1991 el país experimentó una apertura económica y la liberalización de diversos sectores claves de la economía, y entre ellos, en la provisión y operación de infraestructura de transporte. Ante la escasez sostenida de recursos presupuestales disponibles por parte de la Administración Pública en sus distintos niveles para desarrollar tales tareas, a través de contratos de concesión de obra pública se delegó a los particulares su acometida, reservándose el Estado el control y vigilancia de la correcta y oportuna ejecución de las obligaciones contractualmente pactadas. Se pasó de un modelo de provisión directa por parte del Estado de las obras públicas correspondientes a la infraestructura de transporte, a un modelo en el que los agentes privados proveen, mantienen y operan infraestructura de transporte y prestan directamente servicios asociados a esta, reservándose la Administración la supervisión y vigilancia de las actividades que los actores privados autorizados desarrollan, así como las labores de planificación, coordinación, regulación y definición de políticas en torno al sector[8].

Los contratos de concesión de obra pública constituyen desde entonces valiosas herramientas de colaboración entre el sector público y el sector privado. En efecto, han representado figuras contractuales de utilidad para el desarrollo, bienestar y cohesión social a largo de los plazos concesionales, pues a través de la provisión, financiación y

---

[6] Cfr. DOERR, Octavio, Óp. Cit., 2003, p. 16.
[7] SANCHEZ, Ricardo, et, al., 2015, Op. cit., p. 22
[8] CAMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA, Op. cit., 2012, p. 31

gestión de infraestructuras de transporte en el país por vía concesional, se ha posibilitado su operación y mantenimiento continuos y eficientes. A través del empleo del modelo concesional se han podido destinar importantes recursos de los presupuestos públicos a aspectos de vital importancia desde el punto de vista social (educación, salud, subsidios, etc.), sin comprometer grandes recursos de dichos presupuestos para a la ejecución de obras e instalación de equipos necesarios para el transporte en el país, y a la vez, sin renunciar a la atención de las necesidades crecientes en esta y otras materias en el territorio nacional[9].

La infraestructura de transporte tiene como propósitos principales permitir (i) la movilización de carga desde y hacia los centros de producción y consumo, y hacia los puertos de embarque y desembarque de dicha carga, así como (ii) el libre tránsito de los ciudadanos y residentes en el territorio nacional. Son crecientes las necesidades de provisión, gestión y operación de este tipo de infraestructura de transporte, amén del aumento progresivo de consumo de bienes y servicios[10]. Como parte de la infraestructura de transporte se puede identificar aquella relacionada con las instalaciones requeridas para el desarrollo de la actividad portuaria. Dicho subsector es un ejemplo paradigmático en el país del aprovechamiento de la experiencia, capacidades y eficiencia del sector privado para el desarrollo de una actividad a cargo del Estado, directa o indirectamente.

En cuanto a la actividad portuaria en el país, la provisión, financiación y gestión de infraestructuras, equipamientos y servicios asociados a los puertos marítimos se ha producido, desde la expedición de la Ley 1 de 1991 -Estatuto de Puertos Marítimos-, partiendo de la iniciativa privada para el efecto, bajo un modelo en el cual el interesado propone las condiciones económicas, técnicas y operativas que tendrá la concesión que pretende se le adjudique[11]. Esta se otorga al solicitante -sin un proceso licitatorio o competitivo, sin perjuicio de la posibilidad de presentación de presentación de propuestas alternativas y oposiciones-, luego de surtirse un procedimiento que comporta la celebración de una audiencia de divulgación de los términos y condiciones en que se oferta la

[9] DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, *Régimen jurídico de la contratación estatal*. 2016, p. 873
[10] SANCHEZ, Ricardo, et, al., *Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual*, en Serie de recursos naturales e infraestructura No. 75. Santiago de Chile: Naciones Unidas – Cepal 2004, p. 10
[11] VERGARA, Ernesto. *Gestión de puertos marítimos y fluviales en Colombia*, 2013, p. 130

concesión pretendida, y de la emisión de conceptos de legalidad y conveniencia de las distintas autoridades competentes que participan en el trámite.

Los contratos de concesión portuaria constituyen una especie de contratos estatales conmutativos de alta relevancia para el comercio internacional y la economía del país, dado que los puertos representan el punto de confluencia e interacción entre los modos de transporte marítimo, fluvial y terrestre -también con el modo férreo en algunos casos específicos-, así como el nodo de salida y acceso de exportaciones e importaciones desde y hacia el país. Los retos y desafíos de adaptabilidad, inversión y diversificación han evidenciado la necesidad de delimitar las competencias de las autoridades administrativas que intervienen en la supervisión, vigilancia y control del desarrollo de actividades portuarias. También han evidenciado la necesidad de contar con concesionarios sólidos financieramente y con una experiencia suficiente para lograr gestionar de manera eficiente los servicios portuarios a los que se comprometen[12].

En línea con lo indicado, las reglas de revisión de los contratos de concesión portuaria vigentes y de ajuste de la contraprestación que se ha pactado en los contratos de concesión portuaria a favor del Estado, así como las metodologías que se han empleado para el cálculo de dichas contraprestaciones, y el plazo de las concesiones en las que variaron las condiciones y especificaciones técnicas pactadas, se han convertido en los puntos respecto de los cuales han versado las principales controversias contractuales que se han suscitado entre los concesionarios y las entidades concedentes en la ejecución de este tipo de contratos, desde que fue adoptado en 1991 el modelo concesional[13].

Como objetivo general del presente trabajo se pretende determinar por qué no se ha materializado la posibilidad de configuración de desequilibrio económico en los contratos de concesión portuaria en Colombia, considerando que durante más de 30 años de vigencia del Estatuto de Puertos Marítimos no se han presentado decisiones jurisprudenciales en las cuales se haya encontrado quebrantado el equilibrio económico

---

[13] En https://bibliotecadigital.ccb.org.co/collections/66633b37-c004-4701-9685-446a1d42c06d, cfr. Laudos arbitrales emitidos en materia de controversias de contenido patrimonial derivadas de la ejecución de contratos de concesión portuaria

de los contratos de concesión portuaria analizados, y se haya ordenado su restablecimiento, amén de las cláusulas compromisorias incorporadas en la mayoría de los contratos de concesión portuaria estudiados, que han sometido la mayoría de los desacuerdos de contenido patrimonial que se han presentado durante dicho periodo a la justicia arbitral.

En desarrollo del objetivo general, el primer objetivo específico abordado correspondió a establecer la conceptualización del contrato estatal de concesión en general, y de la concesión portuaria en particular -entendiendo éste como especie de concesión de obra pública-. Así mismo, otro de los objetivos específicos apuntó a determinar las características del equilibrio económico de los contratos estatales sometidos al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública como principio fundante de las relaciones contractuales públicas, estableciendo los elementos característicos y definitorios de dichas instituciones jurídicas.

Finalmente, se orientó el trabajo al objetivo particular de establecer las causas por las cuales se ha alegado la configuración del desequilibrio económico de esta clase de contratos en Colombia, atendiendo a las particularidades propias de dicha tipología contractual, a los requisitos que el Consejo de Estado ha definido para la configuración del desequilibrio económico de los contratos estatales conmutativos de acuerdo con lo previsto en la Ley 80 de 1993, y a los antecedentes arbitrales con los que se cuenta en el país en materia de controversias derivadas de contratos de concesión portuaria de contenido económico que se han presentado en vigencia del Estatuto de Puertos Marítimos.

Para el desarrollo de los objetivos indicados, se recopiló normativa vigente, jurisprudencia arbitral, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, así como textos de doctrina especializada, relacionados con los contratos de concesión, la ruptura del equilibrio económico de los contratos estatales y el manejo de los riesgos en dichos contratos. Seguidamente, a través de la combinación de los métodos deductivo y de estudio de casos, el análisis de 5 de los principales laudos arbitrales que se han proferido en Colombia en materia de controversias económicas derivadas de los contratos de concesión portuaria, identificando con ello las causas por las cuales en dichos eventos no se presentaron condenas a título de restablecimiento del equilibrio económico, a pesar de la evidencia de que en estos casos se suscitaron controversias contractuales de contenido patrimonial, y

que fueron alegadas circunstancias que impactaron la economía de los contratos objeto de análisis.

Finalmente, en las conclusiones, se presenta de manera general la respuesta al interrogante planteado en cuanto a la posibilidad de configuración de desequilibrio económico en el caso de los contratos de concesión portuaria. Así mismo, de manera específica se presentan los principales aspectos encontrados con ocasión de la elaboración del presente trabajo, en relación con las características principales de los contratos de concesión portuaria en Colombia, las causas que dan origen al desequilibrio económico de los contratos estatales conmutativos en Colombia, y las razones esbozadas por los Tribunales de Arbitramento que profirieron los laudos arbitrales analizados para no estimar el restablecimiento de la ecuación económica de los contratos de concesión portuaria que fueron objeto de debate.

1. Los contratos de concesión de obra pública de infraestructura de transporte en Colombia

En el presente capítulo se efectúa una aproximación conceptual al contrato de concesión de obra pública en general y al contrato de obra pública de infraestructura de transporte en particular, del cual una de sus especies corresponde al contrato de concesión portuaria. Para dicho análisis, se parte del entendimiento de este último como especie de contrato estatal sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, asumiéndolo, desde una noción material, como un negocio jurídico en el cual el inversionista privado que pretende el otorgamiento de la concesión (i) presenta una solicitud de concesión portuaria en la que acredita la viabilidad técnica, jurídica y financiera del negocio que plantea desarrollar, el cual en caso de obtener dicho otorgamiento (ii) asume los efectos de los riesgos previsibles que se puedan presentar con ocasión de la ejecución del objeto contractual.

1.1 Características generales de los contratos de concesión de obra pública de infraestructura de transporte en Colombia

En este primer subcapítulo se aborda el estudio de los antecedentes y generalidades de los contratos de concesión de obra pública para la provisión de infraestructura y servicios asociados o conexos a ésta, como una de las formas de colaboración público-privada que más ha sido empleada por los gobiernos de distintos Estados para acometer grandes obras en su territorio, ante la insuficiencia de recursos en el patrimonio público.

1.1.1 Antecedentes históricos

Durante el siglo XX, como respuesta a los cambios económicos, tecnológicos y políticos que sufrieron los entornos internacional y regionales, principalmente con ocasión del acaecimiento de la Primera y Segunda Guerras Mundiales, se otorgaron en el mundo contratos de concesión para la construcción y operación de diversas infraestructuras de transporte, incluyendo carreteras, puentes y túneles. Estos contratos implicaban la participación del sector privado en la financiación, construcción y mantenimiento de estas infraestructuras a cambio de tarifas o peajes. También se concedieron derechos a empresas privadas para la generación y distribución de energía eléctrica, el suministro de agua, la provisión de obras de saneamiento, hospitales y escuelas, la prestación de servicios de telecomunicaciones y de transporte aéreo, la explotación de recursos naturales, como la minería y el petróleo, para el desarrollo de proyectos de desarrollo urbano, construir complejos residenciales y desarrollar centros comerciales[14].

Como contraste a lo previamente expuesto, en el periodo sucedido con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial las Administraciones Públicas de diversos Estados asumieron la responsabilidad de la prestación directa de servicios considerados como públicos, a efecto de reactivar sus economías. Esto, en la medida que en la posguerra la capacidad productiva y de gestión de obras, se encontraban considerablemente lesionadas. Diversos sectores considerados como estratégicos para la planificación y el funcionamiento de un país, la generación de productividad y el desarrollo de su economía, tales como en las redes energéticas comunicaciones, el transporte en sus distintos modos, el acueducto y saneamiento básico y la provisión de agua potable, entre otros, fueron declarados como de servicio o dominio público, y en algunos casos el Estado asumió directamente su gestión a través de la constitución de empresas públicas[15].

---

[14] URUETA, Juan Manuel, Op. Cit., 2010, p. 173

[15] ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *El contrato de colaboración público-privada*, en Reforma al régimen de contratación estatal. Bogotá: Universidad de los Andes, 2010, p. 203-204

La doctrina nacional[16] describe la realidad imperante a inicios de la segunda mitad del siglo XX en dicha materia en Colombia, con ocasión de la reforma constitucional de 1968, resaltando la posición por parte del Estado como prestador único y directo de servicios públicos, pasando de ser vigilante y observador de la actividad privada a actor principal y directo de la gestión y prestación de servicios públicos. Así mismo llama la atención el papel central de los contratos celebrados por las entidades estatales, a través de los cuales se permitió la participación de particulares en calidad de contratistas, pero siempre teniendo al agente público como titular y responsable por la prestación del servicio público y/o la provisión del bien público respectivos.

Sin perjuicio del protagonismo adquirido para ese momento por los Estados en ese modelo monopólico público, más recientemente un sector importante de la doctrina ha llamado la atención respecto a la insostenibilidad de este tipo de provisión y operación, a propósito de la insuficiencia de recursos disponibles para atender las necesidades crecientes de construcción, gestión y mantenimiento de infraestructuras de transporte, más aún en Estados donde el progresivo aumento de gasto social va incrementando también la incapacidad de efectuar inversiones requeridas, únicamente con base en una financiación a partir del ahorro y del gasto público directo[17].

Considerando los altos niveles de déficit y endeudamiento de parte de las Administraciones Públicas, que tornaban inviable la provisión de dichas infraestructuras con cargo únicamente a los recursos disponibles en el erario público, se presentó un cambio profundo de modelo que se extiende hasta hoy. A través de fórmulas contractuales y no contractuales que, de manera genérica, se han denominado por la doctrina alrededor del mundo como asociación, colaboración o partenariado público privado, se defirió al sector privado la gestión de infraestructuras y servicios púbicos[18].

---

[16] PALACIO JARAMILLO, María Teresa, *Equilibrio económico en contratos de concesión, en Escritos Contemporáneos de Derecho de los Negocios. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá*, 2007, p. 253
[17] ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Óp. Cit., 2010, p. 203 y 204
[18] PALACIO JARAMILLO, María Teresa, Op. Cit., 2007, p. 255

La doctrina identifica como antecedente de la noción moderna de participación, asociación o partenariado público privado los negocios jurídicos desarrollados para el logro de objetivos complejos que ninguna de las 2 partes pudiese acometer individualmente, y como alternativa entre la nacionalización de compañías y actividades y la completa privatización de las mismas, la cual fue instaurada en el Reino Unido a finales de la década de 1970 e inicio de la década de 1980, bajo el gobierno de Margaret Thatcher. Gaspar Ariño remarca que, en el contexto de surgimiento de la noción anglosajona de colaboraciones público-privadas, no existe un contrato típico para este tipo de colaboraciones, por lo que en dicho contexto la figura goza con un amplio margen de libertad negocial que no se identifica en los sistemas jurídico continentales[19].

1.1.2 Noción general de la concesión

La concesión hace parte de los sistemas de participación indirecta del Estado en la gestión y provisión de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos, contando para el efecto con la experiencia, los recursos y la posibilidad de financiación de la empresa privada. Mediante el contrato de concesión, el contratista asume, a su propio riesgo y ventura, y a cambio de la posibilidad de cobrar directamente al usuario tarifas, peajes o cánones por concepto de los servicios prestados, la responsabilidad respecto de la gestión de los servicios concesionados y los compromisos de inversión de capital necesarios para la construcción, operación y mantenimiento del bien o servicio público concesionado. La tratadista chilena Dolores Rufián[20] presenta una visión de la concesión como la modalidad de provisión indirecta de provisión de bienes y servicios públicos en la que el Estado mantiene la titularidad de la infraestructura o servicio público, así como las facultades regladas y en algunos casos excepcionales de (i) regular la actividad y (ii) supervisarla, (iii) sancionar al concesionario en casos de infracción al régimen legal (iv) o contractual, (v) asumir temporalmente la gestión del bien o servicio público, e incluso (vi) rescatar la concesión.

---

[19] Ibid., p. 208

[20] RUFIÁN LIZAMA, Dolores, *Manual de concesiones de obra pública*. 1 ed., Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 11

Bajo un modelo de incentivo de la participación privada en el desarrollo de actividades de relevancia para la economía de los Estados y las regiones, el contratista / concesionario funge como colaborador en la consecución de sus fines, metas y objetivos[21]. La figura de la colaboración pública privada, y entre estas el contrato de concesión, articula capacidades, recursos y conocimientos para el desarrollo y gestión de infraestructuras y servicios públicos de alta complejidad, dificultad e incertidumbre, que no sería posible acometer únicamente por uno de estos agentes. En los distintos modelos concesionales, por regla general, la infraestructura construida, operada y/o mantenida por el contratista a lo largo del periodo concesional, debe revertir a la entidad pública titular del servicio o bien público de que se trate, una vez culminado el plazo concesional.

Para Rufián las ventajas del modelo concesional están representadas principalmente en el alivio fiscal que puede representar para la Administración el aprovechamiento de la capacidad del sector privado para responder de manera oportuna a las crecientes necesidades de financiamiento y provisión, así como al rol de integración que se da en la concesión en relación con la construcción de la obra, su operación, mantenimiento y reversión. Esto, en tanto que resulta más eficiente que quien construye una obra, sea el llamado a operarla y mantenerla, pues bajo una perspectiva de practicidad y economías de escala es el más interesado en la calidad y durabilidad de la obra. Se sustituye una lógica totalmente dependiente de las reglas presupuestales públicas y sus limitaciones, por una de administración negocial de una actividad, que debe cumplir con unos estándares mínimos de prestación del servicio público. Otra ventaja es que el sector privado cuenta con experiencia acumulada para construir y operar infraestructuras dedicadas o afectas a la prestación de servicios públicos, así como con capacidad -en principio- para asumir y gestionar los riesgos contractuales técnicos, financieros y comerciales de manera eficiente[22].

Así mismo, el concesionario es el llamado a financiar las inversiones que emprende y la infraestructura que construye, opera y mantiene. Este es uno de los principales elementos

---

[21] DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, *Régimen jurídico de la contratación estatal*. 2016, p. 873
[22] RUFIÁN LIZAMA, Dolores, Óp. Cit., 1999, p. 22-23

diferenciadores de la concesión con los contratos de obra o prestación de servicios[23]. En lo que refiere a la remuneración del concesionario por las obras y equipos acometidos, instalados y operados, en el régimen concesional el contratista remunera su actividad con las tarifas que recauda por poner a disposición del público, operar y mantener la infraestructura pública construida, rehabilitada o ampliada, u otro tipo de recursos[24].

Esta tipología contractual materializa la posibilidad de que un particular entre a prestar directamente un servicio público o provea un bien o servicio destinado a dicha prestación, actividad que en principio estaría en cabeza del Estado. En Colombia, de conformidad con lo previsto en el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales de concesión se definen como aquellos *"... que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden"*.

De la definición legal presentada es posible establecer que el legislador consideró frente a los tipos de concesión dos especies, en razón al contenido del derecho que con ésta se otorga: (i) la concesión de servicio público que confiere a un particular por un tiempo determinado la posibilidad de prestación, operación, explotación, organización o gestión

[23] PALACIO JARAMILLO, María Teresa, Óp. Cit., 2007, p. 251

[24] ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Óp. Cit., 2010, p. 210: *"En cuanto a las modalidades posibles de financiación, éstas pueden ser públicas, privadas y casi siempre mixtas. Pueden ser cánones o peajes abonados por la Administración por el uso de las obras, equipos o instalaciones realizadas por el contratista, pero también tarifas abonadas por los usuarios; pueden consistir en subvenciones o ayudas a la construcción, en cesión de bienes públicos, en dotación de capital o en el otorgamiento por la Administración de créditos participativos; otra fuente importante de retribución en las grandes infraestructuras (puertos, aeropuertos, autovías, ferrocarriles) es la concesión de zonas complementarias de explotación comercial en régimen exclusiva."*

de un servicio público, de tal suerte que se traslada a dicho agente privado la realización de una actividad que en principio se encuentra reservada a la Administración[25]; y (ii) la concesión de obra pública, en la cual el contratista se obliga a la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinado al servicio o uso público.

La concesión portuaria entraña manifestaciones de los 2 tipos de concesiones enunciados, en la medida que se otorgan para la construcción, explotación, operación y mantenimiento de puertos, los cuales se integran por equipamientos e infraestructuras, y se ubican en zonas de uso público con vocación portuaria, de por sí, bienes públicos escasos.

1.1.3 Contrato de concesión de obra pública de infraestructura de transporte

Los contratos de concesión de obra pública de infraestructura de transporte, entendidos en un criterio amplio, corresponden aquellos en los que la Administración encarga a un particular la ejecución, mejora, adecuación y mantenimiento de obras públicas asociadas a diversos sectores económicos y la prestación de servicios públicos, y a cambio confiere un derecho a dicho particular de recibir una remuneración por las obras acometidas, los servicios prestados, la operación y mantenimiento de la infraestructura afecta a la concesión, la cual suele estar asociada a la explotación de la obra pública.

Esta tipología de contrato ha sido abordada a nivel internacional y nacional desde distintas perspectivas doctrinales. Para un sector de la doctrina foránea[26] los contratos de concesión de obra pública representan el ejemplo por antonomasia en relación con la teoría de la combinación de contratos, en tanto que en su estructuración y ejecución se hacen presentes rasgos de los contratos tradicionales del contrato de obra y de los de prestación de servicios públicos.

De igual forma, es generalmente aceptado por tratadistas locales[27] que el contrato de concesión de obra pública tiene una naturaleza jurídica mixta que se acompasa con

---

[25] URUETA, Juan Manuel, *El contrato de concesión de obras públicas, Project Finance y partenariado público-privado*, 2 ed., Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010, p. 160
[26] RUFIÁN LIZAMA, Dolores, Óp. Cit., 1999, p. 18-19
[27] URUETA, Juan Manuel, Óp. Cit., 2010, p. 162-163

algunas prestaciones propias del contrato tradicional de obra pública, en tanto que apareja la construcción y mantenimiento de un bien público -generalmente una infraestructura pública-[28]; pero que además comporta el desarrollo de actividades propias del contrato de prestación de servicios públicos. Esto en la medida que, a través de la operación de la infraestructura y equipamiento afectos a la concesión, en la mayoría de los casos, el concesionario remunera su inversión y gestión operativa, lo cual, permite que al término de la concesión la titularidad de los bienes concesionados se transfiera a título gratuito a favor de la entidad contratante, u otra entidad, en representación del Estado.

Dávila Vinueza[29] explica que, para un sector de la doctrina, el principal elemento del contrato de concesión de obra es el cobro que el agente privado contratista pueda percibir del usuario a título de tarifa, peaje o tasa -directamente o por intermedio de un agente recaudador- por el uso que hacen de la infraestructura afecta a la concesión. Para ese sector de la doctrina existe además una identidad directa entre las tarifas, tasas, peajes, derechos, y en general cobros efectuados a los usuarios, y el precio de los contratos de concesión. Frente a dicha postura, es preciso señalar que, a partir de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1991, en Colombia la remuneración del contratista en los contratos de concesión puede consistir en otro tipo de contraprestación que las partes puedan acordar, distinta al cobro de tarifas al usuario, tales como una participación o porcentaje del producto de la explotación del bien concesionado y recursos provenientes de cobros efectuados por la administración pública por concepto de valorización. Las concesiones de provisión de flota en el sistema Transmilenio o las concesiones de la línea 1 y 2 del metro de Bogotá constituyen ejemplos en los cuales puede identificarse una forma de remuneración para el contratista concesionario diferente al recaudo de los cobros a los usuarios por el uso de la infraestructura y la prestación de los servicios respectivos.

En línea con el punto anterior, no se estima que las tarifas que se perciban de parte del usuario constituyan necesariamente el precio de los contratos de concesión. Los contratos de concesión portuaria son un ejemplo de que no existe tal identidad, pues el precio de

[28] Ibid., p. 163
[29] DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Óp. Cit., 2016, p. 876

este tipo de contratos corresponde al valor presente del monto total de las contraprestaciones pactadas por las partes, y los montos que recauda el concesionario por concepto del cobro de tarifas reguladas tan solo constituyen un insumo para la modelación financiera con la cual se calcula dicha contraprestación y el plazo del contrato.

Por otro lado, es preciso anotar que, en contraste con los contratos tradicionales de obra pública, suministro y de prestación de servicios, en los contratos de concesión, el concesionario juega un rol activo en la consecución de la financiación del proyecto[30]. También, es importante resaltar que el concesionario desempeña un papel de integrador de distintos componentes del negocio, en tanto que se encarga del diseño, construcción y provisión de la infraestructura y equipamiento, de la gestión y explotación de los bienes y servicios concesionados, del mantenimiento y de la promoción y mercadeo del respectivo proyecto.

La doctrina internacional encuentra en (i) la complejidad del negocio jurídico de la concesión de obra pública, y (ii) en la falta de flexibilidad de los tradicionales de contratos de obra para englobar las diversas prestaciones que se derivan del diseño, planeación y provisión de equipos e infraestructura, así como de su operación y la prestación de servicios en condiciones de continuidad y eficiencia, la justificación de la existencia de los contratos de concesión[31]. En el caso colombiano, a la luz de lo que establecía el Decreto Ley 222 de 1983, la concesión de obra correspondía a una mera forma de pago del contrato de obra[32]. Con la expedición de la Ley 80 de 1993, quedó establecido que el contrato de concesión es distinto a los tradicionales contratos, de obra pública, suministro y de prestación de servicios, individualmente considerados, en tanto que engloba y articula prestaciones de todos estos.

Para los efectos de este trabajo, se encuadra a la concesión portuaria en las concesiones de obra pública, en tanto que su principal prestación es la construcción de infraestructura y la provisión de equipamiento, así como su operación, para la prestación de servicios

---

[30] BENAVIDES, José, *Riesgos contractuales en Contratación estatal*, en Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007. 2009, p. 463
[31] ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Óp. Cit., 2010, p. 221
[32] DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Óp. Cit., p. 876

portuarios, considerados en el ordenamiento jurídico colombiano como de interés público dada su estrecha relación con las exportaciones e importaciones desde y hacia el país.

A continuación, se presenta una ilustración que resume la relación de género a especie que se identifica entre el amplio género de las formas de colaboración público privada en la gestión de funciones públicas, siendo una de sus principales especies los contratos para la provisión de bienes y servicios, dentro de la cual los contratos de concesión representan uno de los tipos contractuales más relevantes; a su turno como parte de estos últimos se encuentran los contratos de concesión de obra pública para la provisión de infraestructura y equipamiento de transporte, y como sub especie de estos, los contratos de concesión portuaria:

Figura 1: Diagrama de sistema orientado a concesiones portuarias - relación sector público y sector privado en la provisión y operación de infraestructura de transporte

Fuente: Elaboración propia

1.2 Los riesgos previsibles en los contratos de concesión de obra pública de infraestructura de transporte en Colombia

Habiendo delimitado conceptualmente lo concerniente al contrato de concesión de obra pública para lo construcción, operación y mantenimiento de infraestructura en general, y de manera particular de infraestructura asociada al sector transporte, entendiéndolo como especie de contrato estatal, y revisado sus antecedentes, noción y tipologías, resulta pertinente estudiar el régimen general de asunción de riesgos en este tipología contractual.

1.2.1 Concepto

En los contratos de larga duración, como lo son los contratos de concesión, es determinante la correcta identificación, cuantificación, asunción y capacidad de anticipación, así como la gestión y manejo de los riesgos asociados a su ejecución. El éxito de un contrato estatal reside en una adecuada y permanente prestación de servicios bajo los términos de inversión y remuneración para el contratista pactados en el mismo. Como parte de la adecuada planeación contractual, la gestión de los riesgos marca el derrotero para una relación contractual fluida y sin controversia. María Teresa Palacio resalta la relevancia de dicha tarea para la correcta ejecución contractual, y las consecuencias de una gestión inadecuada o insuficiente de los riesgos contractuales[33]. Por su parte, José Luis Benavides resalta que, además de la posibilidad del ejercicio de las potestades y prerrogativas públicas para reencauzar la ejecución del contrato de cara a asegurar su cumplimiento y la adecuada y continua prestación de servicios públicos en condiciones de eficiencia y calidad, la correcta y suficiente identificación de los riesgos, su valoración y asignación, así como los medios y recursos para su manejo y mitigación, constituye una herramienta de utilidad para tal fin[34].

La técnica de gestión de los riesgos contractuales parte de una concepción práctica del contrato, propia del régimen anglosajón, que pretende, a través del análisis de la variedad de casos de controversias contractuales y posibles eventos que incidan en la normal

---

[33] PALACIO JARAMILLO, María Teresa*, Riesgos en la contratación estatal, en Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo II. Bogotá: Universidad del Rosario y Grupo Editorial Ibáñez, p. 240
[34] BENAVIDES, José Luis, Óp. cit., 2009, p. 463

ejecución del contrato en términos de tiempos, costos e ingresos, anticiparse a sus efectos, y asignarlos a la parte del contrato que tiene mayor y capacidad para su gestión. Esta teoría exige condiciones técnicas óptimas y una redacción exigente en el texto contractual, en contraposición a la práctica usual del derecho continental que parte de alcances obligacionales generales y reglas conceptuales en la normativa, que orienta el sentido general del negocio celebrado y suplen la voluntad de las partes ante aquellas situaciones que no fueron explícitamente previstas. La concepción de anticipación conlleva un reconocimiento de los riesgos asumidos por medio del aumento del precio del contrato, sin que dicho incremento sea necesariamente proporcional a los efectos de los riesgos que se asumen.

La génesis del marco normativo que regula la gestión de los riesgos contractuales previsibles en Colombia es el Decreto 423 de 2001 reglamentó la Ley 448 de 1998 en lo que refiere al manejo de las obligaciones contingentes, determinando la obligación a cargo de las entidades públicas de someterse a la política de riesgo contractual[35]. A través de dicho decreto se encargó al Consejo Nacional de Política Económica y Social – Conpes la configuración de una Política de Riesgo Contractual del Estado[36]. En línea con lo indicado, por medio del Documento Conpes 3107 de 2001 se creó la referida política, remarcándose la importancia de asignar los riesgos previsibles asociados a la ejecución de los contratos estatales a partir del criterio general que indica que se deben asumir a quien esté en mejor capacidad de gestionarlos, administrarlos y mitigarlos. Así mismo, se estableció un listado de tipos de riesgos y una asignación a la parte pública o privada de la relación contractual, dependiendo de la capacidad de gestión y manejo de cada uno de estos. De parte de la doctrina se resalta que el origen de esta política respondió a las dificultades derivadas de los desequilibrios económicos presentados en las primeras concesiones viales y en las orientaciones y directrices de organismos multilaterales de financiación y cooperación.[37]

Posteriormente, con ocasión de la expedición de la Ley 1150 de 2007, se estableció la obligación de incluir en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes en los

[35] "Por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 448 de 1998 y 185 de 1995"
[36] URUETA, Juan Manuel, Óp. Cit., 2010, p. 218
[37] BENAVIDES, José Luis, Óp. Cit., 2009, p. 475

procesos de contratación de las entidades públicas, la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles asociados a su ejecución. Posteriormente, se expidió el Documento Conpes 3714 que presentó lineamientos para el correcto entendimiento de los riesgos previsibles. Más recientemente, se emitió el Documento Conpes 4117 de 2023, con el objeto de compilar en un documento unificado los lineamientos de política de riesgos en proyectos de infraestructura que cuentan para su ejecución con la participación del sector privado, en su ciclo completo de análisis y gestión.

La técnica de riesgos resulta de utilidad cuando se identifica, a través de estudios objetivos, y en consideración a la política de riesgos contractuales de contratos del Estado con participación privada, que el contratista posee las mejores condiciones técnicas y corporativas para gestionar de manera eficiente que pueden asumir. Esa utilidad es la que justifica el empleo de fórmulas concesionales para la provisión de infraestructura y la prestación de servicios públicos.

1.2.2 La tipificación

La fase de tipificación es relevante para determinar el alcance de los efectos que se asumen respecto de las contingencias que se identifican como posibles riesgos que se pueden suscitar durante la ejecución del contrato, en la medida que un riesgo no determinado que se materialice seguramente generará controversias entre las partes en el escenario del desequilibrio económico[38].

Respecto a la identificación/tipificación de los riesgos previsibles, es preciso señalar que no toda situación que se enmarque en la definición del respectivo riesgo genera la asunción ilimitada del riesgo, lo que tiene consecuencias directas en cuanto a requerirse un análisis de desequilibrio económico del contrato. No cualquier fluctuación del mercado, cambio normativo o regulatorio, o cualquier condición física, jurídica o de suelo genera el desbordamiento de la normalidad de los riesgos asumidos. De allí que para efectos de tener claras las consecuencias de la materialización de eventos de riesgo, es importante la definición de los límites o umbrales que los delimitan, identificando el respectivo nivel en

[38] FANDIÑO GALLO, Jorge Eliecer, *Regulación y distribución de riesgos en los contratos de concesión de obra de infraestructura de transporte*, en Revista Verba Iuris, julio-dic, 2011, p, 100.

que se concreta, se transfiere parcial o totalmente, o se retiene. La indefinición de las fronteras de los riesgos genera consecuencias sobre su valoración y el aumento de las posibilidades de litigiosidad en relación con el alcance específico en la asunción y gestión de estos[39].

1.2.3 La estimación / valoración

Una vez se han identificado las posibles circunstancias que durante la ejecución del respectivo contrato, individualizándolas, es necesario que las partes estimen su probabilidad de ocurrencia, y el impacto que su materialización puede producir[40]. No basta con caracterizar los posibles eventos, sino que además debe efectuarse un análisis cuantitativo y cualitativo que determine objetivamente la posibilidad de que se materialice el evento y los efectos económicos que su configuración pueden comportar. Luego de identificados los posibles riesgos, lo habitual es realizar un análisis de la apreciación o evaluación de los riesgos tipificados que puede afectar posiblemente la ecuación financiera del contrato. Esta etapa debe adelantarse en forma técnica, por lo que no sólo basta cuantificar los riesgos, sino que es necesario estimar la probabilidad de ocurrencia de cada uno de estos y el impacto que pueda causar en la ejecución del contrato.

Respecto a la anormalidad del riesgo como elemento que debe analizarse en la técnica de la asignación de riesgos contractuales, es preciso indicar que dicha característica se presenta cuando las circunstancias que materializan un riesgo previamente identificado exceden las condiciones que se pactaron en el contrato y representan el parámetro de normalidad para las distintas contingencias que se pueden suscitar durante su ejecución. Así las cosas, cuando al contratista como profesional en la actividad que desarrolla le está dado establecer objetiva y técnicamente la ocurrencia de determinados eventos al momento de contratar, y los mecanismos para su mitigación y manejo, se está ante un escenario de normalidad en cuanto a las cargas y consecuencias que asume con la ejecución del contrato.

---

[39] BENAVIDES, José, Óp. Cit., 2009, p. 470
[40] FANDIÑO GALLO, Jorge Eliecer, Óp. Cit., 2011, p, 99

1.2.4 La distribución

En lo que refiere a la asignación de los riesgos entre los cocontratantes, desde la doctrina se ha llamado la atención en cuanto a la necesidad de efectuar una distribución óptima y equilibrada, en tanto que una correcta asignación evita generar sobrecostos o costos excesivos, situaciones contractuales que usualmente degeneran en incumplimientos contractuales, la paralización de la prestación de los servicios contratados, o incluso frustrar definitivamente la ejecución del respectivo contrato[41]. Gabriel de Vega sostenía que no resulta del todo conveniente para el Estado que el contratista asuma la mayoría de los riesgos previsibles asociados a la ejecución del contrato, pues en la medida que la asunción de estos aumenta, también lo hace el precio del contrato. Así mismo, resalta que, ante una deficiente valoración de los riesgos, la probabilidad de pérdida para una de las partes aumenta, en tanto que el precio del contrato puede resultar deficitario o superavitario[42].

Para un correcto ejercicio de distribución de riesgos es imprescindible contar con la capacidad de calcular probabilísticamente la posibilidad de ocurrencia de determinado alea. Para dicha tarea es indispensable contar con información confiable y actualizada[43]. De allí que, en proyectos de concesión de infraestructura de transporte con participación privada, que permiten el aprovechamiento de las condiciones técnicas y comerciales de los inversionistas privados, y que aparejan un alto grado de experticia para su ejecución, se requiere un sistema de manejo de riesgos bien estructurado[44] que permita mitigar los costos generados por las contingencias identificadas, asignando su gestión de manera eficiente a la parte contractual que cuenta con mejor acceso a instrumentos y medios de protección, atenuación y diversificación[45].

La asignación de los riesgos contractuales previsibles es un tema relevante para los análisis que se efectúan en el presente trabajo, en tanto que la capacidad técnica,

---

[41] Al respecto, véase: JARAMILLO, María Teresa, Óp. Cit., 2007, p. 272 y FANDIÑO GALLO, Óp. Cit., 2011, p. 99
[42] DE VEGA P., Gabriel, Óp. Cit., 2011, p. 167
[43] URUETA, Juan Manuel, Óp. Cit., 2010, p. 221
[44] FANDIÑO GALLO, Jorge Eliecer, Óp. Cit., 2011, p. 99
[45] URUETA, Juan Manuel, Óp. Cit., 2010, p. 221

comercial y de financiación del sector privado es precisamente uno de los principales aspectos que justifica el empleo de esta técnica para el manejo de las contingencias que se pueden presentar para la ejecución de proyectos con altos grados de complejidad, inversión e incertidumbre, como lo son los contratos de concesión portuaria.

Finalmente, en este punto es preciso indicar que existen mecanismos de mitigación del riesgo, a partir de los cuales se pueden anticipar las consecuencias del hecho generador del riesgo y generar el reequilibrio automático de la ecuación económica del contrato, tales como las cláusulas de revisión estabilización de precios, o la definición de umbrales mínimos y máximos de asunción[46].

1.2.5 La técnica de los riesgos contractuales previsibles frente al equilibrio económico del contrato estatal

Al definirse en el momento de la celebración del respectivo contrato los riesgos contractuales que en un ámbito de previsibilidad estarán asignados a cada cocontratante, dichos riesgos se incorporan en la carga y alcance obligacional del contrato, quedando integrados en la ecuación económica inicial del contrato[47]. Como efecto principal de la interacción entre el concepto de los riesgos previsibles y el de ecuación económica del contrato, se restringió la aplicación de las teorías que pueden generar el desequilibrio económico de los contratos de concesión de obra pública, y especialmente, de la teoría de imprevisión. Como la teoría del equilibrio económico de los contratos sinalagmáticos sometidos al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública parte del supuesto de una relación equilibrada al momento de contratar, en tanto que el precio establecido recoge el alcance obligacional y los valores establecidos para la cobertura de los riesgos transferidos al contratista, habrá lugar al restablecimiento del equilibrio cuando

---

[46] PALACIO JARAMILLO, María Teresa, Óp. Cit., 2016, p. 248; y ZULETA, Luis Alberto et. al., *La contraprestación portuaria en Colombia en un entorno competitivo*. Estudio para la Cámara Colombiana de la Infraestructura. Informe final [en línea]. Bogotá, 2015. Disponible en Internet: <URL: https://www.infraestructura.org.co/documentos/economicos/LA%20CONTRAPRESTACI%C3%93N%20PORTUARIA%20EN%20COLOMBIA%20EN%20UN%20ENTORNO%20COMPETITIVO%20(ZULETA%202015).pdf>, 2015, p. 99

[47] ibid., 2009 p. 483-484; y PALACIO JARAMILLO, María Teresa, Óp. Cit., 2016, p. 247

ocurre una situación que no fue prevista en la identificación y distribución de riesgos, o cuando sus consecuencias desbordan los límites fijados para delimitar el alcance de los riesgos asumidos.

De acuerdo con lo expuesto, los riesgos que pueden ser asumidos por los contratistas corresponden a aquellos identificados y respecto de los cuales se les puede dar un manejo y atribuirle un costo determinable, de acuerdo con sus capacidades, organización, dada su experiencia en el negocio respectivo. En ese sentido, dichas contingencias se integran al valor adicional en el precio del contrato, por concepto de la asunción de dichos riesgos, de acuerdo con los rendimientos, eficiencias y productividad estimados para la ejecución de las prestaciones a su cargo[48]. Corresponde al contratista estudiar de manera diligente los riesgos que le sean asignados o transferidos, de cara a presentar una oferta realista, y mitigar eficiente y eficazmente los efectos que su materialización pueda generar en la ejecución del contrato. Lo anterior, en un actuar diligente que refleje una adecuada y suficiente planeación frente a los riesgos asumidos por el contratista[49].

A su turno, los riesgos anormales y no previsibles no son trasladables al cocontratante, pues ello tornaría los contratos conmutativos en aleatorios. Aquellas contingencias que exceden toda previsión que razonablemente se hubiese podido efectuar no pueden asignarse al contratista, precisamente porque dichas situaciones se analizan bajo la óptica del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, de acuerdo con los postulados de la garantía del interés público representado en la continuidad de la prestación o provisión del servicio o bien público, la equidad y la buena fe contractual[50]. Respecto a este punto es preciso tener en consideración que a la luz de lo previsto en el literal e. del numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y en desarrollo del principio de transparencia, no resulta procedente trasladar al contratista la asunción de obligaciones de extensión ilimitada o indeterminada, que no puedan medirse ni valorarse como parte del precio del contrato.

---

[48] DE VEGA P., Gabriel, Óp. Cit., 2011, p. 178
[49] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección C, 29 de enero de 2018, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa
[50] PALACIO JARAMILLO, María Teresa, Óp. Cit., 2007, p. 275

Actualmente en el Documento Conpes 4117 de 2023[51] se describe el ciclo integral de gestión de los riesgos en los procesos de contratación del Estado en proyectos con participación privada.

1.2.6 Los riesgos contractuales frente al incumplimiento del contrato estatal

De acuerdo con el marco normativo vigente en Colombia, y específicamente el Código Civil, los contratos tienen un efecto vinculante y deben ejecutarse de buena fe (cfr. Artículo 1602), y las obligaciones en estos contenidos deben leerse e interpretarse bajo un criterio integrador, en el cual se deben considerar dentro del alcance de las obligaciones no solamente aquellas que se encuentran expresamente pactadas por las partes, sino además todas aquellas actividades que emanan de la naturaleza del contrato celebrado, y del marco normativo aplicable al respectivo contrato (cfr. Artículo 1603)[52]. En línea con lo indicado, el incumplimiento contractual constituye una contingencia que tiene consecuencias futuras inciertas, y se rige por los principios y reglas propias del régimen general de las obligaciones y en la teoría general de los contratos, que genera la obligación de reparar los perjuicios que se causen, e acuerdo con las normas pertinentes del Código Civil[53].

La configuración de un incumplimiento contractual genera en principio una obligación de reparar todos los daños previsibles identificados que deba soportar la parte cumplida, de acuerdo con las reglas establecidas en el Código Civil a partir del artículo 1613; un riesgo contractual por su parte consiste en una carga para la parte que lo asume, en tanto que debe soportar a su costo los efectos derivados de su materialización, pero sin que suponga necesariamente para la otra parte, además, el derecho a recibir indemnizaciones reconocimientos económicos complementarios de parte del cocontratante que asumió el riesgo[54].

---

[51] Documento Conpes 4117 de 2023, *Política de Riesgo Contractual del Estado para Proyectos de Infraestructura con Participación Privada*, págs. 21 a 25
[52] BENAVIDES, José Luis, Óp. Cit., 2009, p. 477
[53] Ibid., p. 457
[54] Ibid., p. 479

Así las cosas, a pesar de constituir hechos futuros e inciertos, los incumplimientos de las obligaciones surgidas a partir del acuerdo de voluntades reciben un tratamiento a la luz de las reglas generales de la responsabilidad civil, mientras que las circunstancias sobrevinientes, ajenas a las partes y no asociadas a un actuar doloso o culposo, que afectan el contenido y alcance de las prestaciones previstas por las partes, se rigen por lo establecido en las reglas de asignación y gestión de riesgos del contrato, hasta los límites convenidos. Cuando dichos límites se ven superados, el escenario corresponde al de las demás teorías que denotan el desequilibrio económico del contrato y justifican la necesidad de su restablecimiento.

Para cerrar este punto es preciso señalar que el costo indirecto aprovisionado por lo general en los contratos de obra y de concesión de obra, no tiene la virtualidad de servir de fuente para cubrir las demoras e incumplimientos de la entidad contratante en el cumplimiento de sus obligaciones, pues su vocación es la de servir de cobertura para las contingencias cuyo manejo está en cabeza del contratista[55].

[55] MÁRQUEZ ARENAS, Marcela Rocío, *El porcentaje de imprevistos de los costos indirectos como forma de estimación de riesgos previsibles en la Contratación Pública*. Universidad Nacional de Colombia, 2016, p. 68

2. El contrato de concesión portuaria en Colombia

Habiendo identificado las principales características de los contratos de concesión de obras públicas para la construcción, operación y mantenimiento de infraestructura de transporte en Colombia, así como el régimen general de asignación de riesgos contractuales del Estado en proyectos de infraestructura con participación privada, en el presente capítulo se presenta una aproximación de carácter conceptual al contrato de concesión portuaria como especie de contrato estatal sinalagmático, sus antecedentes históricos, sus principales características y elementos definitorios, y sus particularidades frente a otros contratos sometidos a la Ley 80 de 1993.

2.1 Contexto de la actividad portuaria

2.1.1 El contexto internacional

La doctrina ha identificado una relación directa entre los costos del transporte marítimo internacional y la disponibilidad de la infraestructura y conectividad de los puertos[56], así como con el posicionamiento geográfico de los países en la red global de comercio marítimo internacional. Contar con redes desarrolladas permite a los Estados la reducción de costos para los consumidores de bienes, aumentar la calidad y oportunidad en su transporte y manejo, permiten reducir los costos de transporte y almacenamiento, así como la manipulación de los bienes. Además, con ello mejora la estructura de costos de los productores e importadores. Aunado a lo anterior, las inversiones en infraestructura

---

[56] SÁNCHEZ, Ricardo, et. al., Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual, en Serie de recursos naturales e infraestructura No. 75. Santiago de Chile: Naciones Unidas – Cepal, 2004, p. 7

aportan significativamente al crecimiento del PIB de los países e impactan positivamente en su desarrollo económico[57].

Hasta los años cincuenta del siglo pasado el transporte de mercancías usualmente se manejaba con la carga suelta, o con poco estibaje y unitización, lo que resultaba poco eficiente y costoso, e impedía la generación de economías de escala en su transporte. A partir de dicha época se empezó a utilizar el contenedor como forma de consolidación de la carga en una única unidad, lo cual facilitó el transporte de bienes no solamente por vía marítima, sino por vía terrestre, férrea y fluvial. A su turno, el desarrollo tecnológico y técnico en el sector del transporte marítimo motivó el empleo generalizado de los contenedores y de sistemas eficientes de cargue y descargue de graneles y la aparición de los buques portacontenedores[58].

Más recientemente, la consolidación de la tendencia a la mundialización de los intercambios económicos generó la necesidad de contar con puertos hub[59], entendidos como centros mayoristas de tránsito y distribución de mercancías entre continentes, en los cuales se transporta la carga a lo largo de una ruta principal y posteriormente se transborda desde y hacia los puertos regionales en buques de menor tamaño (feeders). En el contexto globalizado de transporte marítimo internacional, aspectos como la especialización, tecnificación y aumento de tamaño de los buques graneleros y portacontenedores, la tendencia consolidada de unitarización de las cargas, y la implementación de avances tecnológicos en los puertos, han contribuido en la redefinición de la logística portuaria a nivel mundial y las principales rutas del transporte marítimo internacional[60].

Los principales desafíos a los cuales se ven enfrentados los puertos actualmente pasan por el alto nivel de adaptabilidad con el cual deben contar para dar respuesta eficiente y oportuna a las demandas del comercio internacional, y el constante aumento en términos de productividad y eficiencia que se exige en su operación y los servicios que en estos se

[57] Ibid., p. 62
[58] CAMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA, Óp. Cit., 2012, p. 18
[59] Ibid., p. 97
[60] FREIRE, María, et. al., 2003, Óp. Cit. p. 63 y 64

prestan[61]. La consolidación en el mercado de barcos de gran tonelaje exige determinadas características en términos de calado operacional, mayor productividad por tonelada o contenedor movilizado y una logística eficiente para facilitar la manipulación y el almacenamiento de la carga[62]. Así mismo, requiere el despacho más intensivo de salida y entrada desde y hacia el puerto, lo que a su vez demanda vías terrestres y férreas con la capacidad suficiente para satisfacer dichas necesidades[63].

Para cerrar este punto, es preciso señalar que el sector portuario debe contar en su conjunto con reglas flexibles de adaptación a las realidades cambiantes del intercambio de mercancías en el mundo, de tal suerte que el marco normativo e institucional sea un promotor y facilitador de los ajustes que se requieran para dar respuesta efectiva a las necesidades y dinámicas del sector portuario y de los territorios donde se ubican los puertos.

2.1.2 Contexto latinoamericano

Hasta la década de 1980, usualmente la construcción de puertos y la prestación de servicios públicos portuarios y de transporte marítimo comercial en la región eran desempeñados por alguna institución estatal, incluidas empresas públicas. En contraste, en determinados sectores de la economía como la electricidad y las telecomunicaciones ya se había iniciado un tránsito hacia la prestación directa de servicios por parte de particulares. Con nuevos modelos de provisión y operación, predominante concesionales, el rol de las administraciones públicas de los distintos países latinoamericanos en el desarrollo de dichas actividades estratégicas fue cambiando hacia una tendencia privatizadora[64].

En la década de 1990, en lo que respecta a la provisión de infraestructura de carácter portuario y la prestación de servicios portuarios, es posible identificar en la región una

---

[61] FREIRE, María, et. al., 2003, Óp. Cit. p. 176
[62] *Ibid*., p. 153.
[63] SÁNCHEZ, Ricardo, et, al., 2015, Óp. Cit., p. 89
[64] SÁNCHEZ, RICARDO, et. al., *El pago por el uso de la infraestructura vial, ferroviaria y portuaria, concesionada al sector privado*, en Serie de recursos naturales e infraestructura No. 67. Santiago de Chile: Naciones Unidas – Cepal, 2003, p. 6

orientación hacia la participación del sector privado en la ejecución de dichas tareas. Dependiendo principalmente del grado de obsolescencia o madurez del sector en cada país, Los gobiernos emprendieron reformas institucionales orientadas a la redefinición del rol del Estado en el sector portuario, que en lo sucesivo correspondería a uno de orientación y coordinación entre el sector público y el sector privado[65], y el otorgamiento en concesión de las instalaciones y equipamientos portuarios existentes a empresas especializadas en el desarrollo y gestión de los puertos. Para este propósito, también se facilitó la movilidad de capitales y la posibilidad de transferencia de utilidades[66].

A partir de dicho enfoque se ha generado un ambiente de alta competencia en los principales puertos de la región por atraer las rutas definidas por las empresas navieras y convertirse en puertos hub, permitiendo con ello aprovechar las economías de escala que el gran tamaño de este tipo de buques puede generar, y con ello, la reducción de tarifas por el servicio de transporte marítimo de las navieras[67]. Ese ambiente competitivo ha evidenciado la necesidad de contar con unos niveles de inversión en infraestructura y equipamiento portuario suficientes para la atención de los requerimientos que la actualidad del comercio internacional impone, así como de disponer una capacidad logística que permita la atención y el manejo de la carga en términos de eficiencia, capacidad y competitividad[68].

2.1.3 Modelos de construcción, operación y explotación portuaria

Para desarrollar, construir y explotar infraestructuras portuarias, así como para proveer servicios portuarios, en prácticamente todos los países de Latinoamérica es necesario obtener de la Administración Pública respectiva títulos habilitantes que, de acuerdo con su marco normativo específico, así lo permitan. Generalmente intervienen los ministerios o secretarías de fomento o transporte y, en los sistemas portuarios en los que funcionan

---

[65] DOERR, Octavio, Óp. Cit., 2011, p. 12
[66] PEJOVÉS MACEDO, José Antonio, *Contenido temático de la guía de la ley modelo de puertos de los Estados miembros de la CIP-OEA. Informe final de consultoría [en línea]. Bogotá, 2016.* Disponible en Internet: <URL: http://portalcip.org/wp-content/uploads/2015/05/LA-LEY-MODELO-DE-PUERTOS-PARA-LOS-PA%C3%8DSES-MIEMBROS-DE-LA-CIP_10_05_16.pdf>, 2016, p. 30
[67] CAMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA, Óp. Cit., 2012, p. 85
[68] SANCHEZ, Ricardo, et, al., Óp. Cit., 2015, p. 83

autoridades portuarias locales, dicha institución puede: (i) encargarse de conducir los procesos de selección de los particulares que ostentarán los títulos habilitantes correspondientes69 y ser la competente para su otorgamiento y gestión, (ii) encargarse de la reglamentación y vigilancia de las condiciones de eficiencia en la operación, o (iii) una combinación de las dos alternativas previamente señaladas. Diversas manifestaciones contractuales y convencionales de colaboraciones público-privadas[70] se han empleado para el efecto.

Paralelamente, el rol de las autoridades portuarias en los últimos treinta años en los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos – OEA paulatinamente ha ido migrando hacia el rol de regulación, supervisión y formulación de políticas. En algunos países de la región, como es el caso de Colombia, se encuentran separadas las funciones de regulación, planificación y orientación de la actividad portuaria, propias de la Autoridad Portuaria, de las de otorgamiento de permisos o concesiones de los puertos, las de supervisión de los contratos o permisos habilitantes para su construcción, mantenimiento y explotación, y las de vigilancia del régimen tarifario[71].

Desde la doctrina especializada en la gestión y operación de puertos[72] se identifican los siguientes modelos de gestión y explotación de infraestructura y equipamiento portuarios, dependiendo del rol que desempeñen el sector privado y el sector público en su gestión, así como de la titularidad de las áreas donde se ubican los puertos:

- Public service port: En este modelo se da una participación activa y directa por parte del sector público en las actividades de administración del puerto, de tal manera que

---

[69] PEJOVÉS MACEDO, José Antonio, Óp. Cit., 2016, p. 18
[70] Ibid., p. 26: *"Las figuras legales que se desprenden del régimen de utilización del dominio público portuario (DPP), están asociadas a los sistemas portuarios en los que se promueve la participación del sector privado en la explotación de las infraestructuras portuarias, mediante APP como son las concesiones portuarias, y otras formas de participación privada como pueden ser: el arriendo o arrendamiento de infraestructuras portuarias, los contratos de gerencia para la explotación de las infraestructuras, la constitución de sociedades mercantiles mixtas, los contratos de colaboración empresarial –p.e.: la asociación en participación, el consorcio y el joint venture-, y cualquier otra modalidad permitida por la legislación nacional de los países."*
[71] Ibid., p. 12
[72] Ibid., p. 13

es el actor exclusivo que gestiona de manera integral y exclusiva el software y hardware portuario.

- Tool port: En este esquema, tanto el sector privado como el público participan en la gestión del puerto. El sector público se encarga de la provisión y manejo del equipamiento, mientras el sector privado asume la operación física del puerto, sin transferir la titularidad de las zonas terrestres y marítimas concesionadas.
- Landlord port73: En este esquema el sector privado asume la provisión de la infraestructura y la operación de los servicios portuarios, ya sea en el esquema de monoperador o multioperador, a través de la celebración de diversas manifestaciones de colaboraciones o asociaciones público privada, sin transferir la titularidad de las zonas terrestres y marítimas concesionadas.
- Private service port: En este esquema los agentes privados son los encargados de la provisión y mantenimiento de la infraestructura y los responsables de la gestión equipamiento portuario, y adquieren además la propiedad del suelo donde se ubica el puerto y/o del área acuática que servirá para la realización de maniobras de las naves.

A nivel internacional el estudio de temas relacionados con la provisión y gestión de infraestructura destinada a la prestación o provisión de servicios, las formas y tipologías que pueden adoptar los contratos de concesión portuaria en tanto que especie del género de asociación o colaboración público-privada, es variada en cuanto a su contenido y alcances, en razón a las obligaciones, responsabilidades y asunción de riesgos que de éstos se derivan. Las formas de contratación más usuales que se identifican pueden sintetizarse en los siguientes esquemas[74]:

- Build-Lease-Operate (BLO). Esta opción comporta la construcción y explotación de instalaciones portuarias por una empresa privada, mediante la celebración de un contrato de arrendamiento de largo plazo. La autoridad portuaria u otro organismo estatal cobra un alquiler y controla los bienes implicados en el contrato.

[73] Ibid., p. 25
[74] PEJOVÉS MACEDO, José Antonio, Óp. Cit., 2016, p. 22

- Build-Operate-Transfer (BOT). Este modelo de gestión implica que la autoridad estatal competente autoriza a una empresa privada, a través de una concesión, la financiación de la construcción o modernización de una instalación portuaria y realizar su operación y explotación, por un periodo determinado. La empresa privada asume los riesgos comerciales durante la concesión, y al término de esta, ya sea la autoridad concedente u otra autoridad normativamente facultada para el efecto, retoma la titularidad de los bienes construidos e instalados.
- Build-Operate-Share-Transfer (BOST): Es similar al modelo BOT previamente descrito, pero en este caso la autoridad comparte algunos riesgos con el agente privado concesionario, especialmente en lo que refiere al riesgo comercial, en tanto que se distribuyen -en todo o en parte- los resultados de los ingresos obtenidos por la explotación de la terminal. En este tipo de modelos, suele incorporarse un volumen mínimo de carga garantizado de parte de la Administración al agente privado.
- Build-Own-Operate (BOO): En este modelo, la compañía privada formaliza un acuerdo contractual con la autoridad gubernamental para la construcción, operación, mantenimiento, y propiedad de un puerto o terminal portuario por un tiempo determinado, con opciones de renovación. La titularidad de la tierra es transferida a la empresa privada durante este periodo, lo cual la dota de flexibilidad para el desarrollo autónomo de actividades de construcción e inversión.
- Build-Own-Operate-Transfer (BOOT): Esta opción es análoga a la anterior, pero tiene la característica adicional de que al final del término del acuerdo, opera la transferencia de la propiedad de la tierra y los activos a dicha autoridad, o a otra que represente a la Administración y/o Autoridad Portuaria respectiva.

Desde el punto de vista de la clasificación de las formas de gestión portuaria, el modelo colombiano corresponde al landlord port y al BOT, en tanto que las zonas de playa y terrenos de bajamar -bienes de uso público, por su naturaleza- donde su ubican los puertos, y la infraestructura sobre estos construida, están en cabeza de la Nación, la cual, por medio de contratos de concesión portuaria, permite que un agente privado -concesionario- ocupe de manera temporal y exclusiva, construya, mantenga y opere un puerto, sin que se dé una transferencia de la titularidad de dicha infraestructura y áreas, y en todo caso teniendo la obligación de revertirlos al término de la concesión.

2.1.4 Contexto nacional

En Colombia, a través del transporte marítimo, se moviliza más del 85% de la carga de comercio exterior del país, lo cual constituye un factor clave para el crecimiento económico y el aumento de la competitividad de la región en el entorno económico mundial. Para responder adecuadamente a los retos que impuso la apertura económica que se consolidó a principios de la década de 1990, el modelo de provisión de infraestructura y equipamiento portuario, así como de prestación de servicios portuarios, sufrieron cambios profundos que se mantienen a la fecha.

A partir de las estadísticas de movilización de carga que maneja la Superintendencia de Transporte[75], puede observarse la existencia de un sector portuario nacional diversificado, pero en el que predominan, en términos de volumen de carga movilizada, los terminales para la exportación de carbón térmico e hidrocarburos. Lo anterior, denota una dependencia económica del país frente a los productos básicos obtenidos con ocasión de la actividad extractiva, y a la importación de productos terminados y con un valor agregado en relación con su producción.

En las dos primeras décadas del siglo XXI, la economía colombiana tuvo en la mayoría de las anualidades un crecimiento sostenido, el cual se vio reflejado directamente en la expansión de operaciones de comercio internacional de mercaderías en el país. Esta tendencia se vio reflejada en la mayoría de las zonas portuarias del país, donde se evidenció un crecimiento más o menos constante del tráfico, o en su defecto, variaciones negativas apenas marginales. Uno de los factores que impulsó el crecimiento de los indicadores de movilización de carga a través de los puertos del país en la primera y segunda década del siglo XXI, fue el auge minero energético que atravesó para ese momento. En efecto, Colombia se destacó como el primer productor de carbón en Latinoamérica y décimo en el mundo, con 85.7 millones de toneladas producidas para 2011, de las cuales se exportó el 95% (81.2 MTA), lo que representaba una presión evidente sobre la infraestructura portuaria en el corto plazo.

---

[75] Para las estadísticas de tráfico portuario en el país, consúltese el portal web de la Superintendencia de Transporte

En todo caso, es preciso indicar que el sector portuario colombiano aún requiere de cambios adicionales en materia normativa, institucional y logística, pues no se cuenta en su totalidad con una estructura suficiente para abordar los desafíos de una mejor conectividad e integración a sus hinterland, existen serios retrasos en la calidad de sus accesos marítimos y en la conectividad y accesos terrestres, así como en la coordinación de zonas y comunidades portuarias y logísticas locales y nacionales[76]. El desarrollo normativo e institucional del sector es clave para atraer la inversión privada internacional que se requiere para acometer las inversiones que los puertos del país requieren para mantener su competitividad[77] y desarrollar las tareas inmediatas que se deben atender para responder a las necesidades que demanda el comercio marítimo global[78].

2.2 Aspectos relevantes de la actividad portuaria en el país

A continuación se presenta una breve enunciación de los aspectos más relevantes de la historia reciente de la actividad portuaria en el país, así como una aproximación de carácter conceptual con respecto al contrato de concesión portuaria, sus características y elementos fundantes, haciendo énfasis en su naturaleza como especie de contrato de concesión, y como tal, de contrato estatal conmutativo.

2.2.1 El contexto general de la actividad portuaria en el país antes de la expedición de la Ley 1 de 1991

Álvaro Pachón y María Teresa Ramírez[79] resumen el contexto de la actividad portuaria en Colombia durante las primeras décadas del siglo XX , haciendo énfasis en la escasez y la limitada capacidad y cobertura de las vías terrestres y de flota de camiones existentes para ese momento, lo cual denotaba una necesidad patente de ampliar la infraestructura de

---

[76] VERGARA, Ernesto. Óp. cit., 2013, p. 99
[77] MEDINA, Oscar. *El puerto*, Reimpresión revisada y corregida, Bogotá, 2012, p. 156
[78] SAAVEDRA, Ramiro, et. al.*, El contrato de concesión portuaria: un instrumento para la modernización de Colombia*, en Infraestructura y Derecho. 1 ed., Bogotá: Cámara Colombiana de la Infraestructura. Legis Editores S.A., 2017, p. 126
[79] PACHÓN, Álvaro, et. al., *La infraestructura de transporte en Colombia durante el Siglo xx*. Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 134

transporte vial requerida para las nuevas dinámicas de transporte de mercancías en el interior del país, y desde y hacia los puertos de comercio exterior. Además, existía una ausencia de gerencia pública que articulara los esfuerzos y recursos disponibles para la formulación, planeación y ejecución de inversiones requeridas para atender las crecientes necesidades de expansión de las instalaciones portuarias existentes en el país y el desarrollo de nuevas instalaciones portuarias.

Como reacción frente a varias de las situaciones derivadas del contexto descrito, a mediados del siglo XX, nació Puertos de Colombia -Colpuertos, inicialmente con una naturaleza jurídica especial, con participación predominantemente pública, y posteriormente organizada como Empresa Industrial y Comercial del Estado80, la cual se encargó de la prestación directa de los servicios portuarios públicos en el país. Con su constitución se pretendía articular administrativamente las terminales de servicio público existentes en las distintas zonas portuarias, en términos operacionales, de planeación, de régimen laboral, de gobernanza.

Empero, durante las décadas de los 60's y los 70's la falta de eficiencia en la prestación de servicios portuarios de manera sostenible y rentable empezó a dejar en evidencia la necesidad de un cambio de modelo en el sector. Pachón y Ramírez identifican que la principal problemática que el sector portuario atravesaba para ese momento apuntaba a la pobre capacidad de gestión operativa de Colpuertos. Los servicios que prestaba eran costosos e ineficientes. La capacidad instalada estaba subutilizada, pues no se operaba ni todos los días del año ni a todas las horas del día.

Sin perjuicio de la ausencia de un modelo sostenible y rentable, Colpuertos logró mantener su condición cuasi monopólica en la prestación de servicios portuarios hasta los años 70, pero a partir de dicha década empezó a perder de manera definitiva su situación preeminente en el mercado. Debido a su creciente incapacidad logística y de provisión de

[80] CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Op. Cit., 1991, p. 75: Colpuertos nació como entidad descentralizada, en virtud de la ley 154 de 1959. Por medio del Decreto Ley 561 de 1975 se transformó en empresa industrial y comercial del Estado el Decreto 1174 de 1980 fue reorganizada y reestructurada.

equipamiento, y el establecimiento de nuevas instalaciones portuarias en las zonas portuarias, Colpuertos progresivamente perdió su posición preeminente y protagónica en la prestación de servicios portuarios en el país, para convertirse en un actor secundario, que además era sustancialmente ineficiente en comparación con las instalaciones y muelles operados por el sector privado[81].

2.2.2 La crisis de Colpuertos y el cambio de modelo de prestación de servicios portuarios

Pese a las reformas que se habían efectuado en 1975 en relación con la estructura de la empresa, los problemas por los que atravesaba Colpuertos se acentuaban con el paso del tiempo. Esta circunstancia evidenciaba que la prestación directa de los servicios portuarios por parte del Estado colombiano dejaba de ser sostenible, y por ende viable, máxime si se tiene en cuenta las necesidades crecientes de inversión en infraestructura, equipamiento y capacidad instalada, y la ausencia de disponibilidad de recursos líquidos para acometerlas.

Al término de la década de 1970 *"los principales problemas de los puertos eran: escasez de equipos para su operación, falta de mantenimiento de los equipos, desbalance entre la capacidad de manejo de carga a granel y las posibilidades de movilización hacia el interior del país, inadecuada estructura de los convenios laborales, poca eficiencia, altos costos de mano de obra y poca competencia con el sector privado. Colpuertos tenía más de 10.000 trabajadores, el 46% en el área administrativa, con una relación cercana a 1:1 entre personal administrativo y trabajadores portuarios"* [82].

Para la década de los 80's se tornó insostenible el modelo operativo de los puertos de servicio público en el país a cargo de Colpuertos. Las altas tarifas cobradas por la prestación de servicios portuarios para cubrir los altos costos laborales, el excesivo número de trabajadores y la ineficiente forma de operar, generaron una reducción considerable de la participación de dicha empresa en el mercado (de 100% a 15%), lo que trajo consigo que empezara a trabajar a pérdida, no pudiera atender la totalidad de los gastos corrientes

---

[81] Ibid., 1991, p. 75
[82] PACHÓN, Álvaro, et. al., Óp. Cit., 2006, p. 391

y acumulara un déficit que con el paso de los años se tornó inmanejable y degeneró en su inviabilidad financiera[83].

Para ese periodo, las relaciones laborales al interior de Colpuertos estaban mediadas por ocho sindicatos y se regulaban por tres acuerdos colectivos, a saber: uno con el personal administrativo y portuario, otro que estipulaba condiciones particulares de trabajo en el puerto de Buenaventura, y otro que regulaba condiciones particulares de trabajo en los tres principales puertos de las zonas portuarias del atlántico colombiano (Santa Marta, Barranquilla y Cartagena). Se estipulaban horarios poco productivos y salarios elevados, lo que se traducía en baja productividad, congestiones, operación ineficiente e incremento en los costos de transporte marítimo y almacenamiento[84].

En la exposición de motivos de la Ley 1 de 1991, se da cuenta de que al término de la década de los 80's del siglo pasado Colpuertos arrastraba un déficit acumulado que denotaba su quiebra técnica, en tanto que los pasivos totales superaban a sus activos y, por ende, la empresa carecía de capacidad de endeudamiento. Dicha situación evidenciaba una crisis en la prestación de servicios portuarios públicos en el país y la necesidad de un cambio de modelo que permitiera superar las barreras logísticas, tecnológicas, de equipamiento y tarifarias, y posibilitara la reordenación del sector a efecto de lograr una operación eficiente y a costos razonables y competitivos[85].

En la ponencia para primer debate en el Senado de la República, se presenta un diagnóstico de la crisis del modelo de operación portuaria y de gestión de las instalaciones portuarias del país administradas y operadas por Colpuertos, la falta de competitividad de las tarifas cobradas por los servicios que se prestaban en las terminales portuarias que estaban a cargo de dicha empresa pública, la falta de modernización del equipamiento portuario y la congestión y gestión ineficiente de las terminales[86]. Aunado a lo anterior, los puertos operados por Colpuertos eran objeto de recargos por las navieras por las continuas

[83] Ibid., 2006, p. 392
[84] CAMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA, Óp. Cit., 2012, p. 32
[85] CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Óp. Cit., 1991, p. 91
[86] Ibid., p. 90

demoras que los buques debían soportar para ser atendidos, lo cual generaba un efecto directo de aumentos en las tarifas, a título de sobrecostos para las exportaciones e importaciones desde y hacia el país, y, por ende, en la competitividad del comercio colombiano, en términos de producción y transporte[87].

En la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes se enfatiza en pérdida de participación por parte de Colpuertos en el mercado de movilización de carga en el país, su falta de sostenibilidad financiera, en buena medida ocasionada por los intereses divergentes entre la empresa y los sindicatos, así como por las cargas prestacionales crecientes y el número de personal excesivo frente a las actividades que se desarrollaban por los trabajadores. Es de recordar, además, que para dicha época operaban los 365 días del año en tres turnos al día como en las terminales portuarias actuales, sino 290 días en 2 turnos diarios[88]. También se identifica el centralismo del modelo portuario de ese momento, que atomizaba la gestión de toda la actividad portuaria, al atraso tecnológico, y las restricciones logísticas que ocasionaba un equipamiento no renovado, como causas de relevancia de la crisis de Colpuertos[89].

2.2.3 La Ley 1 de 1991

La creciente tendencia de apertura económica a nivel regional y mundial que se presentó desde mediados de los años 80 y se consolidó a principios de la última década del siglo XX, se reflejó en el aumento de ingreso de flujos de capitales e inversiones extranjeras y la reducción de tasas y trámites arancelarios para facilitar las operaciones de comercio exterior. La liberalización de diversas actividades productivas, constructivas y logísticas que se desarrollaban en el país hasta ese momento, de manera predominante, por agentes públicos, trajo consigo un aumento del flujo de capitales circulantes desde y hacia Colombia. Un amplio paquete de modificaciones profundas de modelo de provisión, operativo y de prestación de servicios de interés general y estratégico en toda la región latinoamericana y en el país, en diversos sectores productivos como la energía, el

[87] CAMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA, Óp. Cit., 2012, p. 99
[88] Ibid., p. 33
[89] Ibid., p. 75

transporte y la explotación de recursos minerales[90], con miras a contar con un país con condiciones físicas e institucionales competitivas con respecto a la exportación e importación de mercancías, un contexto institucional que promoviese la inversión en sectores estratégicos para la economía, y un entorno que permitiese la gobernanza y gestión de dichos aspectos[91].

En línea con lo anterior, en el año 1991 se concretó en Colombia la liberalización del sector portuario a través de la expedición del Estatuto de Puertos Marítimos. En el marco de un cambio de modelo económico predominantemente proteccionista, se modificó sustancialmente el modelo de prestación de servicios de servicios portuarios, pasándose de la prestación y participación directa del Estado, a la gestión integral por parte sociedades privadas de objeto específico que estarían enfocadas exclusivamente en el desarrollo de actividades portuarias, y que se someterían en lo sucesivo a reglas de competencia y eficiencia tarifaria y logística[92].

Esta situación correspondió en el sentido anotado por José Hernán Muriel[93] a una privatización material de tareas en principio en cabeza del sector público en general, y del sector portuario en particular, sin perjuicio de que para el año 1991 ya particulares se encargaban de construir y operar puertos de servicio privado. Se apuntó a un cambio de modelo institucional y operacional, en el que el papel del Estado se concentraría en la planeación y regulación del sector portuario, mientras que el sector privado sería el encargado de la provisión y operación los equipos e instalaciones portuarias existentes y por adquirir y construir.

---

[90] Ibid., p. 100
[91] VERGARA, Ernesto, Óp. Cit., 2013, p. 68
[92] SANCHEZ, Ricardo, et, al., 2003, Óp. Cit., p. 59
[93] MURIEL, José Hernán, *¿La concesión portuaria, como una modalidad de privatización?*, Revista Pensamiento Jurídico No. 30, UNAL, 2011. Disponible en Internet: https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/71716/36722-155146-1-PB.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Desde la doctrina nacional[94] se identifican las siguientes bondades que trajo consigo la implantación de un nuevo modelo de provisión de infraestructura y equipamiento portuario y de gestión de puertos en el país:

- Se ha permitido la aproximación al sector portuario de empresas con amplia experiencia en la operación de terminales portuarios y la prestación de servicios portuarios, de manera eficiente y rentable.
- Se han atraído capitales con la capacidad de asumir las cuantiosas necesidades de inversión que la expansión de las instalaciones portuarias existentes supuso, y se han presentado casos exitosos de transferencia de tecnología a los puertos del país.
- Se ha ampliado la capacidad portuaria del país, necesaria para atender los constantes flujos crecientes de comercio exterior del país.
- Se adoptaron procedimientos y estándares de gestión y operación de empresas con experiencia a nivel internacional.
- Se ha posibilitado que los exportadores e importadores del país cuenten con instalaciones y equipos portuarios suficientes para transportar de manera competitiva y eficiente los bienes que comercian.
- Se han mejorado los indicadores de eficiencia portuaria, con respecto a los que se tenían bajo el modelo que imperó en el sector hasta antes de la reforma legal.
- Se dejaron de comprometer recursos públicos líquidos en la provisión de infraestructura y equipamiento portuario y la gestión de las terminales portuarios, liberando recursos presupuestales, al relevar al Estado de las inversiones requeridas en CAPEX y OPEX para la puesta en operación de los puertos.

2.2.4 Los planes de expansión portuaria

La planeación de la actividad portuaria y su desarrollo, así como la definición de la política portuaria en el país, la planificación y priorización de las inversiones requeridas en las distintas zonas portuarias, la definición del marco normativo reglamentario de la Ley 1 de 1991 y la definición de la regulación técnica y económico tarifaria de las actividades asociadas a la prestación de servicios portuarios y a las actividades anexas o

[94] CÁMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA, Óp. Cit., 2012, p. 90

complementarias a aquellas, se efectúa por las Autoridades Portuarias del país[95]. En este sentido, el artículo 2 del Estatuto de Puertos Marítimos establece que el Ministerio de Transporte presentará al Consejo Nacional de Política Económica y Social - CONPES, para su aprobación, los planes de expansión portuaria, los cuales se refieren, entre otros aspectos, a la conveniencia de hacer inversiones en nuevas instalaciones, las regiones que resultan convenientes para la construcción de nuevos puertos, y a las metodologías de cálculo de la contraprestación y de aplicación de tarifas.

Por otra parte, conforme con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 1 de 1991, corresponde al Gobierno Nacional, por recomendación del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, y previo estudio del Departamento Nacional de Planeación, adoptar por medio de decretos los "Planes de Expansión Portuaria", así como también su reforma. Como se observa, es por medio de dichos documentos de política que el Gobierno Nacional traza la orientación del sector portuario en el país en los años siguientes a su expedición, con miras a su planificación, fortalecimiento, desarrollo, expansión, regulación, logística e interacción con otros aspectos correlacionados con la actividad portuaria, como el comercio exterior, el medio ambiente, el transporte marítimo, la gestión aduanera y arancelaria, los aspectos laborales de los trabajadores de los puertos, y la priorización de las actividades de inversión estratégicas para las zonas portuarias[96].

2.3 Características del contrato de concesión portuaria en Colombia

En este tercer subcapítulo se abordan de manera descriptiva algunos de los elementos que particularizan el contrato de concesión portuaria frente a otros tipos de concesión.

2.3.1 Objeto y alcance del contrato

La ley 1 de 1991 define en su artículo 5° el término “puerto” como el *“conjunto de elementos físicos que incluyen obras, canales de acceso, instalaciones y de servicios, que permiten*

[95] VERGARA, Ernesto. Óp. Cit., 2013, p. 99
[96] Ibid., p. 73

aprovechar un área frente a la costa o ribera de un río en condiciones favorables para realizar operaciones de cargue y descargue de toda clase de naves, intercambio de mercancías entre tráfico terrestre, marítimo y/o fluvial. Dentro del puerto quedan los terminales portuarios, muelles y embarcaderos". A partir de esta definición, puede establecerse que el legislador adoptó un criterio material de puerto, en el que la existencia de infraestructura y facilidades para el intercambio de mercancías de manera integrada y funcional, a través del cargue y descargue de mercancías -o el embarque y desembarque de personas-, es el factor que determina la existencia de un puerto. En concordancia con lo anterior, la definición de actividad portuaria que se prevé en el numeral 5.1 del artículo 5°, refiere de manera general a las actividades que se desarrollan en los puertos y embarcaderos, tales como rellenos, dragados, obras de ingeniería oceánica, así como la operación misma de los terminales portuarios y su administración.

A su turno, en lo que refiere a la definición de concesión portuaria, el numeral 5.2 del mencionado artículo 5° expresamente se estipula su carácter de contrato estatal y se establece que su objeto corresponde a permitir que un particular denominado sociedad portuaria, ocupe y utilice bienes de uso público con vocación portuaria (playas, terrenos de bajamar, y zonas accesorias a estos) para que construya y opere un puerto, a cambio de una contraprestación, que corresponde a una suma de dinero que se paga a favor de la Nación y los municipios -o distritos- donde operan los puertos. Así mismo en el numeral 11 del referido artículo 5 se presenta una definición de puerto en la cual el criterio material es el idóneo para identificar si determinada actividad puede considerarse como portuaria, en tanto que se define como el conjunto de elementos físicos que incluyen obras, canales de acceso, instalaciones y de servicios, que permiten aprovechar un área frente a la costa o ribera de un río en condiciones favorables para realizar operaciones de cargue y descargue de toda clase de naves, intercambio de mercancías entre tráfico terrestre, marítimo y/o fluvial.

Sobre este tema en 1992, a partir de una consulta efectuada a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, dicha instancia consultiva confirmó el criterio expuesto, en tanto que ratificó que es el cargue y descargue de naves mayores y menores, en función del intercambio de mercancías, el principal criterio para determinar si se está o

no ante el desarrollo de actividades portuarias a través de un puerto o embarcadero[97]. En este tipo de negocio jurídico, en tanto que contrato estatal, la satisfacción del interés general es el eje principal de la relación jurídica que nace a partir de la suscripción del contrato.

Por otra parte, en relación con la estructura y el clausulado de los contratos de concesión portuaria, y las prestaciones recíprocas que del mismo se derivan, se incluyen, además de las disposiciones propias de los contratos estatales sometidos al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, como las relativas al objeto, el valor, las obligaciones a cargo de las partes, forma de pago, de sometimiento al ordenamiento jurídico colombiano, de requisitos de validez y perfeccionamiento, garantías, etc., otras cláusulas particulares que concretan su objeto y el negocio financiero que subyace a su ejecución, tales como la de contraprestación, de especificaciones técnicas, de modalidades de operación, de volúmenes y clase de carga, de ejecución de inversiones adicionales[98]. Dichas cláusulas resultan de especial relevancia para el análisis del su régimen económico, en la medida que, a partir de la interacción articulada y sistémica de los elementos que definen y delimitan el puerto a construir y operar, se calcula el plazo y la contraprestación de la concesión, y por ende se fija la equivalencia recíproca entre derechos y obligaciones surgidos de la celebración del negocio jurídico.

Frente al trámite de las solicitudes de concesiones portuarias, desde la exposición de motivos de la Ley 1 de 1991[99] se resaltó a existencia de un trámite reglado para el efecto, con unas etapas y procedimientos orientados a (i) permitir a las autoridades competentes (marítima, tributaria y aduanera, ambiental, de inspección vigilancia y control, territoriales) conozcan las particularidades del proyecto propuesto, y fijen de manera previa a su otorgamiento los requisitos a cumplir por el solicitante de la concesión; y (ii) a que los permisos y licencias requeridos para la implementación del proyecto se acrediten de manera previa al otorgamiento de la concesión. En providencia del Consejo de Estado se

[97] CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de diciembre de 1992, Radicación: 484, C.P. Javier Henao Hidrón
[98] VERGARA, Ernesto. Óp. Cit., 2013, p. 159
[99] CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Óp. Cit., 1991, p. 83

sintetiza el trámite solicitud de concesión portuaria, resaltando (i) que existe la posibilidad de que se presenten este tipo de solicitudes por parte de cualquier sociedad portuaria de manera independiente, o como una propuesta alternativa en el marco de una solicitud previa, (ii) la necesidad de acreditar los requisitos previstos en la Ley 1 de 1991 y sus decretos reglamentarios, (iii) la expedición de un acto administrativo de aprobación de la concesión portuaria en el que se establecen los términos y condiciones para el efecto, y (iv) la expedición de un acto administrativo formal de otorgamiento, previo a la suscripción del contrato estatal[100].

Finalmente, es preciso anotar que uno de los principios que rige la actividad portuaria, contenido en el artículo 1° de la Ley 1 de 1991, es aquel que refiere a que no se obligará a las sociedades portuarias a adoptar tarifas que no cubran sus costos y gastos típicos de operación portuaria, incluyendo la depreciación, y que no remuneren en forma adecuada el patrimonio de sus accionistas. Otro principio contenido que dirige la actividad portuaria se refiere a que la creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos están sometidos a las condiciones que se establecen en dicho Estatuto de Puertos Marítimos y que dicha actividad de interés público.

2.3.2 Las sociedades portuarias

El Estatuto de Puertos Marítimos define a las sociedades portuarias como *"sociedades anónimas, constituidas con capital privado, público, o mixto, cuyo objeto social será la inversión en construcción y mantenimiento de puertos, y su administración"*. No obstante la claridad de la definición legal presentada, en el año 2000 el Ministerio de Transporte acudió a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado a fin de solicitar su concepto en relación con la posibilidad de que las sociedades portuarias pudiesen constituirse y funcionar como sociedades de objeto múltiple, teniendo en cuenta la definición legalmente indicada.

---

[100] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera. Sentencia del 15 de septiembre de 2011, radicación interna: 25000-23-24-000-1998-10203-01, C.P. María Elizabeth García González

La Sala inicialmente se pronunció respecto a la libertad de empresa que rige la actividad de las sociedades comerciales, y a los límites de esta libertad, señalando que a menos que una sociedad esté sujeta a un régimen legal especial, pueden desarrollar varias actividades simultáneamente, de acuerdo con lo que se establezca por sus socios en su objeto social. Así mismo, que aquellas sociedades sujetas a un régimen legal en el cual deben tener un objeto social y exclusivo, solamente les estará dado el desarrollo de las actividades que la respectiva ley señale. De acuerdo con lo anterior, y frente a la inquietud planteada, en lo que se refiere a las sociedades portuarias, estimó que de acuerdo con su objeto que les está dado exclusivamente el desarrollo de actividades portuarias[101].

Al estar definidas como sociedades de objeto único y específico, las sociedades portuarias tampoco pueden ampliar su objeto social para el desarrollo de actividades distintas a las consideradas como portuarias, por la misma razón de no estar esto habilitado por el legislador. En esa medida les está proscrita la posibilidad de que puedan tener un objeto social múltiple que les permita ejecutar diversos actos jurídicos negociables aparte de los establecidos de manera expresa en la ley [102]. En este punto es preciso indicar que en el artículo 5 del Decreto 474 de 2009 se preveía la posibilidad de otorgamiento de concesiones portuarias a “sociedades que necesitaren de una zona de uso público como actividad conexa o complementaria, dentro de su cadena productiva”. Dicha opción, que a la luz de lo expuesto en este subcapítulo no se encuentra prevista en el Estatuto de Puertos Marítimos y resulta contraria a lo analizado por el Consejo de Estado, no fue contemplada en el Decreto 474 de 2015, compilado por el Decreto Único Reglamentario del sector transporte.

Finalmente, en referencia a la posibilidad de operación del puerto concesionado por parte de los concesionarios portuarios, es preciso traer a colación lo resuelto por el Consejo de Estado en cuanto a la nulidad del numeral 13 del artículo 23 de del Decreto 838 de 1992 (primer decreto reglamentario del régimen de concesiones portuarias establecido con la Ley 1 de 1991), que establecía como requisito para los contratos de concesión portuaria

[101] CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia del 16 de marzo de 2000, número interno: 1264, C.P. César Hoyos Salazar
[102] Ibid.

de puertos de servicio público de carga general que se incluyese una estipulación contractual en la que se indicase que *"…se permitirá que los terceros presten servicios de operación portuaria dentro de sus instalaciones y (…) que las sociedades portuarias no operarán, a menos que ello sea estrictamente necesario por razones técnicas o porque no exista otra alternativa"*. En línea con lo explicado en este subcapítulo, se encontró que dicha previsión excedía la potestad reglamentaria del poder Ejecutivo, pues *"…si dentro de la actividad portuaria se encuentra la OPERACION PORTUARIA, y dentro del objeto social las sociedades portuarias podrán prestar servicios directamente relacionados con dicha actividad, no existe razón para que el artículo (…) acusado limite el objeto social de tales sociedades excluyendo el servicio de operación portuaria para que puedan ser favorecidas con el otorgamiento de una concesión"*[103]. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de los concesionarios y operadores portuarios de puertos de servicio público de evitar privilegios y discriminaciones entre los usuarios, y de abstenerse de incurrir en prácticas restrictivas de la competencia y de competencia desleal.

2.3.3 El origen de los recursos de inversión y la gestión privada del servicio

Como especie de negocios concesionales, en Colombia los contratos de concesión portuaria son, por esencia, proyectos de participación privada, en la medida que a partir de la privatización del sector portuario en el país, por regla general son los interesados en obtener una concesión de este tipo los llamados a presentar una solicitud de concesión portuaria, a título de oferta, acompañada de los documentos y requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para el efecto. Las inversiones que se requieren para la ejecución de los contratos de concesión portuaria son propuestas por el interesado en la concesión, de acuerdo con su experticia y estudios, así como en consideración a su presupuestación y los ingresos que se estima producir con el desarrollo del objeto contractual, a través del cobro de tarifas por los servicios prestados en las zonas de uso público objeto de concesión.

---

[103] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera. Sentencia del 13 de agosto de 1993, número interno: 2217, C.P. Miguel González Rodríguez

Dicha circunstancia es de cardinal importancia para abordar el análisis que se plantea en el presente trabajo en torno al análisis de la equivalencia entre derechos y obligaciones derivados de la suscripción y/o modificación contractual de los contratos de concesión portuaria, y las posibilidades de su ruptura, en la medida que el cálculo de la contraprestación que debe pagar el concesionario se realiza contemplando, entre otros aspectos, el monto de las inversiones a acometer y el plazo contractual necesario para su amortización y para remunerar al concesionario. Tales inversiones hacen parte de criterios objetivos y definidos que en el esquema concesional portuario pueden considerarse como las condiciones en que la concesión se aprueba y otorga, elementos que están estrechamente relacionados con la capacidad técnica y operativa del puerto y las condiciones financieras que generará en función de dicha capacidad, sobre los cuales se soporta la mencionada equivalencia.

2.3.4 El plazo de la concesión

El plazo de los contratos de concesión portuaria constituye un aspecto relevante en el análisis que orienta la consecución del objetivo trazado con el presente trabajo, por cuanto corresponde a un elemento de dicho negocio jurídico que a la luz de la redacción que originalmente presentaba el artículo 17 de la Ley 1 de 1991 podía variar en razón a la modificación de las condiciones en las que la concesión era aprobada, las cuales posteriormente se ven ajustadas o ratificadas en el acto administrativo de otorgamiento. Es preciso remarcar la relación que existe entre este y diversos aspectos de su ejecución del contrato, tanto desde el punto de vista de la gestión de la relación contractual misma, como de la gestión económica del concesionario. También tiene una correlación con respecto a aspectos presupuestales, de posibilidad de imposiciones contractuales, y de determinación de la responsabilidad contractual de la partes[104].

En el caso de las concesiones portuarias, el artículo 8° de la Ley 1 de 1991 señala como regla general un plazo de 20 años, pudiendo ser mayor, a juicio del Gobierno, *"…si fuere necesario para que en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas, o para estimularlas a prestar servicio al*

[104] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Óp. Cit., 2012, p. 166

público en sus puertos". De acuerdo con lo expuesto, el plazo en los contratos de concesión portuaria guarda una relación directa y estrecha entre (i) la posibilidad del cobro de tarifas y de retribución del agente privado por la infraestructura y equipamiento que provee y mantiene, y los servicios portuarios que presta; y (ii) la justa remuneración que el contratista, en términos normales de ejecución, recibirá por la prestación adecuada e ininterrumpida de los servicios portuarios durante el periodo de tiempo en que se encuentre vigente la concesión.

Dicho plazo se estima en la modelación financiera con base en criterios económicos objetivos que tienen que ver con la suficiente remuneración al contratista por la infraestructura y equipamiento proveídos, así como con la recuperación de dichas inversiones, a efecto de permitir la reversión a título gratuito de los activos afectos a la concesión a favor de la Nación, de acuerdo con los volúmenes de carga y las eficiencias propias de las economías de escala que el puerto estará en condiciones de producir, con el equipamiento e infraestructura que se dispondrá para operarlo. En igual sentido, el plazo de la prórroga tiene la misma vocación de identificar, desde la modelación financiera, la relación de equivalencia entre las prestaciones a cargo de los cocontratante, la recuperación de las inversiones efectuadas y la remuneración suficiente al concesionario.

La Corte Constitucional[105], a propósito del examen de constitucionalidad efectuado respecto de la disposición, abordó el estudio de este tema a partir de la naturaleza del negocio jurídico y sus principales características. Al revisar la norma acusada, y analizar la forma en que se determina el plazo en esta clase de contratos, remarcó que tanto si se trata del plazo inicial como de su prórroga, su cálculo se determina con base en factores y variables económicos y a partir de las estimaciones del concesionario contenidas en la modelación financiera para la construcción, mantenimiento y prestación de servicios portuarios, así como para obtener la remuneración esperada. En dicho cálculo, se encuentra previsto el justo incentivo al operador privado para prestar el servicio portuario de manera adecuada y la motivación requerida para el plazo de la prórroga de la concesión, de cara a mantener las condiciones de prestación del servicio y satisfacer las

[105] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia No. C-068 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo

necesidades de infraestructura, equipamiento y actualizaciones tecnológicas que el puerto puede requerir, y que no se recuperan en el plazo inicial de la concesión.

Así mismo, estimó que el límite de una sola prórroga de hasta por 20 años es razonable y proporcionado para mantener al vencimiento del plazo prorrogado el derecho de participación y postulación de otros agentes privados, de acuerdo con la protección del interés general, la prohibición de enajenar bienes de uso público a particulares, la prevalecía del bien común y la promoción del bienestar general, así como para promover que, en reglas de libre competencia e igualdad de oportunidades para la obtención de la nueva concesión, se permita la modernización y operación del puerto respectivo.

Entendió la Corte que en el amplio margen que tiene el legislador para establecer el plazo de las concesiones portuarias, de tal manera que se propenda por la eficiencia y la sostenibilidad de la prestación de los servicios portuarios, no resulta desproporcionado un plazo inicial de 20 años para las concesiones portuarias, en tanto que responde a la realidad del sector portuario y la magnitud de las inversiones que se deben acometer para la construcción y operación de un puerto. En este sentido consideró razonable dicho plazo, así como la posibilidad de un término prórroga por un plazo superior al inicial, resaltando la relación directa de dicho elemento con la ecuación económica del contrato de concesión portuaria

Finalmente, es importante señalar que un sector de la doctrina vernácula estima que la Ley 1 de 1991 y la jurisprudencia del Consejo de Estado distingue el concepto de prórroga del de ampliación del término de la concesión[106], en tanto que, en su concepto, para la primera no se exige que existan nuevas inversiones por acometer, mientras que, en la segunda, es precisamente la presencia de inversiones que no resulta posible amortizar en el plazo inicialmente, la que justifica, en los términos del artículo 17 ejusdem, el aumento del plazo. Sobre el particular, es preciso indicar el cálculo de la ampliación del término de la concesión responde al mismo concepto que el de su prórroga, pues el plazo de los contratos de

[106] GUTIERREZ, Oscar, *"Derecho Portuario Colombiano"*, Bogotá: Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana, 2011, p. 110, y CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 11 de octubre de 2021, número interno (41168), C.P. María Adriana Marín

concesión portuaria se determina caso a caso, y con base en aspectos objetivos que se encuentran incorporados en las fórmulas de cálculo de la contraprestación portuaria, los cuales son definidos por el mismo concesionario en su solicitud de concesión, o de modificación de las condiciones de la concesión, de acuerdo a la planeación y presupuestación que hace del negocio que propone emprender, o viene emprendiendo, de acuerdo con su experticia en la actividad portuaria[107]. Esto último, precisamente con el fin de preservar el equilibrio económico del contrato y su relación directa con las inversiones pactadas.

2.3.5 La contraprestación portuaria

Las contraprestaciones generadas por concepto del uso y goce temporal y exclusivo de las zonas de uso público las recibe la Nación, a través del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, y los municipios o distritos donde opere el respectivo puerto, en una proporción de un ochenta por ciento (80%) al INVIAS, y un veinte por ciento (20%) a los municipios o distritos donde funcione el respectivo puerto. Por su parte, las contraprestaciones por el uso de la infraestructura las recibe en su totalidad el Instituto Nacional de Vías - INVIAS.

En la exposición de motivos de la Ley 1 de 1991 se hace referencia explícita al alcance del concepto de contraprestación portuaria, señalando que *"…es una compensación que entrega el concesionario al Estado por el uso del recurso físico (playas, zonas de bajamar, construcciones para protección y abrigo, así como la infraestructura portuaria construida). Se trata de una renta sobre un recurso que se evalúa según sus características y escasez y nada tiene que ver con la generación de ingresos del puerto. En términos de la teoría económica podría compararse con una renta absoluta y diferencial sobre el uso de la tierra."*[108]. Como se observa, la compensación económica que recibe la Nación y el municipio o distrito donde opere el respectivo puerto tiene la vocación de retribuir a dichos sujetos de derecho público por el costo de oportunidad que representa entregar a un

---

[107] Es pertinente anotar en este punto que todas las metodologías de cálculo de contraprestación portuaria prevén como uno de sus insumos el valor de las inversiones a realizar, y que la actual metodología prevé un factor de ajuste opcional para el concesionario, en el que bajo el pago de una mayor contraprestación (por no tener inversiones significativas que amortizar), este puede obtener un mayor plazo al que inicialmente se calcule como necesario para obtener la rentabilidad respectiva y recuperar las inversiones efectuadas.

[108] CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Óp. Cit., 1991, p. 82

agente privado un bien de uso público escaso y valioso para que lo explote y preste servicios de interés general, como lo son los relativos a la operación de un puerto. Consiste en un reconocimiento económico derivado de la posibilidad real de explotación y goce efectivo y exclusivo por parte del concesionario de los bienes de uso público e infraestructura de propiedad de la Nación que se entrega en concesión portuaria, por el término concesionado[109].

El Gobierno Nacional colombiano a través del Ministerio de Transporte y el Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES (en su condición de autoridades portuarias), han adoptado múltiples planes de expansión portuaria, los cuales han contenido las siguientes metodologías de cálculo de la contraprestación portuaria, siendo la vigente la contenida en el Documento CONPES 3744 de 2013.

2.3.6 La modificación de las condiciones de los contratos de concesión portuaria

El artículo 17 de la Ley 1 de 1991 es una disposición clave en el análisis que se realiza con el presente trabajo, en tanto que se relaciona directamente con los elementos fundantes de este tipo de contratos y correspondía a aquel factor que estaba en capacidad de responder a las necesidades de adaptabilidad de esta clase de negocios jurídicos de larga duración a las realidades y exigencias que el comercio nacional e internacional impone. Obsérvese a continuación un paralelo entre la redacción ofrecida por la ley 1 de 1991 en referencia a la modificación de las condiciones de las concesiones portuarias en su versión original, versus la redacción que fue adoptada con la modificación introducida por el artículo 102 de la Ley 1955 de 2019:

[109] ZULETA, Luis Alberto et. al. Óp. Cit., 2015, p. 67

Tabla 1. Cuadro comparativo de la regulación del cambio de las condiciones de las concesiones portuarias

MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE LAS CONCESIONES PORTUARIAS	
ARTÍCULO 17 DE LA LEY 1 DE 1991	**ARTÍCULO 102 DE LA LEY 1955 DE 2019**
ARTÍCULO 17. Cambio en las condiciones de la concesión. Para que una sociedad portuaria pueda cambiar las condiciones en las cuales se le aprobó una concesión portuaria, debe obtener permiso previo y escrito de la Superintendencia General de Puertos, que sólo lo otorgará si con ello no se infiere perjuicio grave e injustificado a terceros, y si el cambio no es de tal naturaleza que desvirtúe los propósitos de competencia en los que se inspiran los procedimientos descritos en los artículos 9, 10, 11, y 12, de esta Ley. Al hacer cualquier cambio en las condiciones de la concesión, podrá variarse la contraprestación que se paga a la Nación, así como el plazo.	ARTÍCULO 102. CAMBIO EN LAS CONDICIONES DE LA CONCESIÓN. Modifíquese el artículo 17 de la Ley 1 de 1991, el cual quedará así: ARTÍCULO 17. CAMBIO EN LAS CONDICIONES DE LA CONCESIÓN. Para que una sociedad portuaria pueda cambiar las condiciones en las cuales se le aprobó una concesión portuaria, debe obtener permiso previo y escrito de la entidad concedente, que sólo lo otorgará si con ello no se infiere perjuicio grave e injustificado a terceros, y si el cambio no es de tal naturaleza que desvirtúe los propósitos de competencia en los que se inspiran los procedimientos descritos en los artículos 9, 10, 11 y 12, de esta Ley. En el caso que ocurran modificaciones sustanciales podrá variarse la metodología de la contraprestación que se paga a la Nación. Se entiende por modificación sustancial a la concesión portuaria, el plazo, como la modificación en la ubicación, linderos y/o extensión zona de uso público otorgada en concesión. PARÁGRAFO PRIMERO: La entidad concedente efectuará el estudio de las solicitudes de modificación a los contratos de concesión portuaria y establecerá, en cada caso y conforme las disposiciones contractuales, si lo pretendido con la solicitud implica una modificación sustancial de la concesión portuaria, caso en el cual deberá surtirse el procedimiento que para tal efecto se establece en el artículo 2.2.3.3.3.5 del Decreto 1079 de 2015, o aquel que lo sustituya, modifique o complemente.

Fuente: Elaboración propia

Como se advierte a partir de la lectura de las disposiciones citadas, el criterio inicial del legislador frente al concepto de condiciones de la concesión correspondió a una visión amplia en la cual cualquier cambio de dichas condiciones de la concesión podía generar la variación del plazo y contraprestación pactados. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina local[110] estimó, previo a que se expidiese la reforma legal en comento, que al no estar definido normativamente el concepto de modificación sustancial se trataba de un concepto

[110] SAAVEDRA, Ramiro, et. al., Óp. Cit., 2017, p. 134

jurídico indeterminado, lo cual derivaba en una supuesta disparidad de criterios a la hora de hacer operativa la disposición.

En este punto es preciso indicar que, aunque normativamente no se preveía -e incluso en la actualidad sigue sin preverse- en el ordenamiento jurídico una definición expresa de lo que debe entenderse por condiciones de las concesiones portuarias, a partir de una aproximación holística a este tipo de negocio jurídico y su régimen económico y de riesgos, así como de la lectura integral del texto de los contratos suscritos durante 30 años de vigencia del Estatuto de Puertos Marítimos y del contenido de los actos administrativos expedidos en la etapa precontractual en desarrollo de la gestión y trámite de la solicitud de concesión portuaria (actos administrativos de aprobación y otorgamiento), se desprende con claridad que las condiciones de los contratos de concesión portuaria corresponden a aquellos elementos que definen el tipo de puerto de construir, operar, mantener y revertir, tales como el tipo de servicio a prestar en el puerto concesionado (público o privado), el tipo y volúmenes de carga que se prevé atender de acuerdo con la infraestructura y equipamiento que se pretende desarrollar, y las áreas de bienes de uso público (playas y terrenos de bajamar).

Dichas condiciones inciden directamente en la tasa interna de retorno del negocio -TIR, y el cálculo de la contraprestación y el plazo de la concesión portuaria, y por tanto definen el puerto concesionado, y en la relación de equivalencia entre las prestaciones recíprocas de los cocontratantes, y por ende, en el alcance de sus derechos y obligaciones[111].

Aun siendo la concesión portuaria un negocio jurídico de largo plazo, que idealmente debe contar con la adaptabilidad suficiente para responder a las necesidades que la dinámica del comercio internacional impone, no menos cierto es que tanto el artículo 17 de la Ley 1 de 1991 -en su versión original- como el tenor literal de la mayoría de los contratos de concesión portuaria expresamente señalaron que todos los cambios en las condiciones en que se aprueba y otorga la concesión generaban la posibilidad de modificar la contraprestación y plazos pactados, y por consiguiente, la necesidad de revisar dichos

[111] PALACIO JARAMILLO, María Teresa, Óp. Cit., 2016, p. 242

elementos a la luz de la correspondencia entre las prestaciones recíprocas y equivalentes a cargo de las partes. También resulta preciso considerar que en los actos administrativos expedidos en el curso del trámite de la obtención de la concesión, expresamente se identifican cuáles son las condiciones de aprobación y otorgamiento de la concesión.

De allí que la Corte Constitucional, en la aludida providencia ratificó que el plazo de los contratos de concesión no debe analizarse como una regla estática e inamovible, sino a partir de un criterio de variabilidad -pero con límites razonables- que responda a la realidad económica y financiera que se deriva de la construcción, explotación y operación del puerto concesionado, en el cual se verifique que el cálculo del plazo contractual refleje el requerido para sufragar el retorno de la inversión de las sociedades portuarias y la justa remuneración para el concesionario.

En los términos que inicialmente presentaba la disposición legal en comento, la contraprestación y el plazo pactados eran los dos elementos del contrato de concesión portuaria idóneos para responder de manera adecuada a las necesidades de adaptabilidad de los proyectos portuarios. Con lo anterior, conceptualmente se posibilitaba el ajuste de las prestaciones recíprocas entre los contratantes, y con ello, mantener el equilibrio económico de los contratos de concesión portuaria. Posteriormente, con la expedición de la Ley 1955 de 2019, el artículo en comento dejó de tener pleno sentido.

Pasando a otro aspecto relacionado con la figura de la modificación de las condiciones de aprobación y otorgamiento de las concesiones portuarias, es preciso señalar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[112], al referirse al artículo 17 de la ley 1 de 1991, bajo su redacción original, asimiló la posibilidad de modificar las condiciones de las concesiones portuarias, con el ius variandi, en tanto que entendió que corresponde a una manifestación de la potestad de la Administración para poder imponer nuevas condiciones de ejecución, que debe ejercerse únicamente cuando se tenga como finalidad evitar la paralización o la afectación grave del servicio público.

---

[112] CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia del 22 de octubre de 2007, número interno: 1849, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo

Frente a dicha postura, se estima que la figura de la modificación de las condiciones de los contratos de concesión portuaria no resulta asimilable a la potestad del ius variandi, en tanto que corresponde a un procedimiento bilateral y reglado, que se encuentra especial y exclusivamente previsto en el ordenamiento jurídico para las concesiones portuarias, en el cual generalmente el concesionario, en virtud de la posibilidad que la ley establece, presenta una propuesta de modificación de las condiciones fijadas en el trámite de otorgamiento y la suscripción del contrato; mientras que la segunda, corresponde a una potestad unilateral -con posibilidades de acordarse de mutuo acuerdo- de la Administración, aplicable a toda clase de contratos estatales, que se fundamenta en evitar la paralización o grave afectación de la prestación de servicios públicos y garantizar su continuidad, y en esa medida exige la verificación de dichos requisitos para su configuración.

Es posible que se presente la variación de determinados elementos contractuales, sin que por ello necesariamente deba colegirse que se está ante un escenario de inminente paralización o grave afectación de la prestación de los servicios portuarios, lo cual necesariamente marca una diferencia significativa entre ambas figuras. Pueden existir casos en los cuales concesionarios que presten sus servicios portuarios en condiciones competitivas y eficientes, al identificar posibilidades de mejorar su capacidad, el portafolio de las cargas que se pueden atender a través de los puertos concesionados, o de clientes que le está autorizado atender, y por ende, sus ingresos, estimen más que la necesidad, la oportunidad, de ampliar sus líneas de negocio y, con ello, modificar las condiciones de los contratos de concesión portuaria. Para el efecto, las sociedades portuarias analizan el entorno económico, y evalúan la factibilidad económica[113] de los proyectos de concesión portuaria tanto para su otorgamiento como a la hora de gestionar las modificaciones sustanciales de los contratos, ejercicio en el cual se consideran, entre otros aspectos, los costos en términos de obras, inversiones y mantenimientos, costos operativos y administrativos, y los asociados a la contraprestación portuaria, para determinar si la Tasa Interna de Retorno que arroja la modelación financiera del proyecto resulta adecuada.

[113] VERGARA, Ernesto, *Óp. Cit.*, 2013, p. 140

2.3.7 Los riesgos en los contratos de concesión portuaria

Como especie del negocio concesional, pueden presentarse diversos riesgos en la ejecución contractual, relacionados, pero sin limitarse a ellos, con la construcción y puesta en operación de la infraestructura y equipamientos portuarios, riesgos asociados al mercadeo y demanda de los servicios portuarios ofrecidos, y riesgos que tienen relación con la rentabilidad del negocio, con temas relacionados con aspectos financieros, tales como las fluctuaciones en las variables tasa de interés, plazo, estructura de capital y tasa de cambio, etc.

En el Documento Conpes 4117 de 2023, en referencia a los lineamientos específicos y excepciones de proyectos de infraestructura portuaria, se ratifica lo previsto en los Documentos Conpes 3107 y 3133 de 2001, en cuanto a que en este tipo de proyectos todos los riesgos -entiéndase por tal, los riesgos previsibles- serán asignados a la parte privada. Así mismo, se indica que el alcance usual de este tipo de proyectos debe ser determinado por la entidad contratante. También se señala que las proyecciones de carga que se estima atender son las que definen el tipo de terminales que requerirá el respectivo puerto. Este punto es de vital importancia para los propósitos de este trabajo, en la medida que ratifica la relación existente entre las características del puerto que se propone construir y operar por el concesionario, y las proyecciones de carga que se emplean para calcular la contraprestación y el plazo de la concesión.

De acuerdo con el esquema contractual que se encuentra regulado desde 1991, los interesados en las concesiones portuarias y posteriores concesionarios son los encargados de estructurar integralmente el proyecto propuesto y las condiciones técnicas y operativas del puerto. En ese sentido los concesionarios tienen una carga que en algunos casos no desarrollan con rigurosidad, en cuanto a la tipificación, estimación, valoración y gestión de los riesgos contractuales previsibles.

Lastimosamente ha existido falta de rigor por parte de algunos concesionarios portuarios al estructurar sus solicitudes de concesión portuaria, y por ende, los puertos propuestos, así como a la hora de prever, establecer, estimar, gestionar, manejar los riesgos asociados a la ejecución de la concesión portuaria, dejando en un segundo plano la participación activa y directa que le asiste como cocontratante en la mitigación de todo hecho que pueda

tener la virtualidad de afectar la economía del contrato o la adecuada y permanente prestación del servicio portuaria, para, posteriormente, presentar reclamaciones con pretensiones indemnizatorias asociadas directa o indirectamente con la ecuación económica del contrato. María Teresa Palacio remarca la relación que existe entre la inadecuada o insuficiente gestión de los riesgos contractuales y el aumento de la pugnacidad y litigiosidad entre las partes de contratos estatales como el de concesión.[114].

La doctrina[115] ha abordado de manera tangencial la posibilidad de concreción de hechos futuros e inciertos que puedan impactar la economía del contrato de concesión portuaria más allá de los estimativos razonablemente establecidos a la hora de su celebración o modificación, de acuerdo con las características del puerto concesionado, hasta el punto de considerarse como hechos positivamente extraordinarios en el marco de la ejecución contractual, y por ende imprevisibles. Se acepta con ello la posibilidad de que los estudios realizados para la presentación de las solicitudes de concesiones portuarias hayan estimado ingresos menores a los que el puerto propuesto, con la infraestructura y equipamiento ofertados, estaba en capacidad de producir, bajo los estándares de eficiencia y ocupación requeridos por las navieras, las autoridades, y los importadores y exportadores. Dicho escenario es factible, y tiene consecuencias directas en la economía del contrato.

Empero, es importante resaltar que una subestimación de los ingresos generados por una concesión portuaria puede presentarse en la práctica (i) por el supuesto descrito, caso en el cual habría que revisar si las proyecciones de carga empleadas para el cálculo de la contraprestación se acompasaban con la capacidad del puerto; sino además (ii) por la ejecución sucesiva pero particularizada (propuestas y aprobadas de una en una) de inversiones adicionales a cuenta y riesgo del concesionario, que viéndolas de manera integrada junto con las demás inversiones adicionales que se han autorizado en la relación contractual, en un todo, difieren con respecto a las condiciones físicas, económicas en que

[114] PALACIO JARAMILLO, María Teresa, Óp. Cit., 2016, p. 242
[115] ZULETA, Luis Alberto et. al. Óp. Cit., 2015, p. 100. Así mismo, BENAVIDES, José Luis, Óp. Cit., 2009, p. 466

se aprobó y otorgó la concesión, y que dieron origen al plazo y de contraprestación pactados.

Frente al primer evento, a partir de contrastar las proyecciones de carga presentadas por los concesionarios portuarios a los que no les está siendo aplicada en sus contratos la actual metodología de cálculo de la contraprestación, es posible determinar si dichas proyecciones reflejaron o no el potencial de movilización de carga del puerto concesionado, de acuerdo con sus características y posibilidades[116]. Esta circunstancia no hace parte de la asunción de riesgos asociados a la ejecución de la concesión, y puede llegar a tener incidencia directa en la economía del contrato.

En cuanto al segundo evento, se presenta un desbalance en contra de los intereses económicos del Estado, en tanto que la concesión portuaria opera en condiciones superiores a las tenidas en cuenta a la hora de calcular el plazo y la contraprestación. En relación con este punto, la reforma legal referida en subcapítulo previo constituye un incentivo para que, en determinados contratos de concesión portuaria, no se revise de manera integral la relación de equilibrio que debe existir entre las prestaciones recíprocas a cargo de los contratantes, y para que las reglas contractuales se vean pretermitidas.

Lastimosamente, desde el legislador se promovió que existan relaciones contractuales asimétricas, en las que no se refleja una relación proporcionada entre los derechos de explotación del concesionario del puerto concesionado en los términos en que este mismo propone, y los derechos del Estado a recibir una contraprestación congruente con las condiciones del puerto concesionado, pues implícitamente se promueve que solicitudes de los concesionarios que pueden tener la virtualidad de modificarlas, no se gestionen por la vía del trámite de modificación de las condiciones de aprobación y otorgamiento de la concesión, y por ende, no se revise de manera integral la ecuación económica del contrato, materializada en la contraprestación y el plazo de la concesión.

---

[116] En contraposición con lo indicado, la metodología de cálculo de contraprestación vigente reduce ostensiblemente esta posibilidad, en tanto que la contraprestación, en su componente variable, se calcula con base en la carga real movilizada, de acuerdo con la reliquidación que año a año se efectúa a partir de dicho dato.

2.3.8 Los riesgos en los contratos de concesión portuaria

Como especie del negocio concesional, pueden presentarse diversos riesgos en la ejecución contractual, relacionados, pero sin limitarse a ellos, con la construcción y puesta en operación de la infraestructura y equipamientos portuarios, riesgos asociados al mercadeo y demanda de los servicios portuarios ofrecidos, y riesgos que tienen relación con la rentabilidad del negocio, con temas relacionados con aspectos financieros, tales como las fluctuaciones en las variables tasa de interés, plazo, estructura de capital y tasa de cambio, etc.

En el Documento Conpes 4117 de 2023, en referencia a los lineamientos específicos y excepciones de proyectos de infraestructura portuaria, se ratifica lo previsto en los Documentos Conpes 3107 y 3133 de 2001, en cuanto a que en este tipo de proyectos todos los riesgos -entiéndase por tal, los riesgos previsibles- serán asignados a la parte privada. Así mismo, se indica que el alcance usual de este tipo de proyectos debe ser determinado por la entidad contratante. También se señala que las proyecciones de carga que se estima atender son las que definen el tipo de terminales que requerirá el respectivo puerto. Este punto es de vital importancia para los propósitos de este trabajo, en la medida que ratifica la relación existente entre las características del puerto que se propone construir y operar por el concesionario, y las proyecciones de carga que se emplean para calcular la contraprestación y el plazo de la concesión.

De acuerdo con el esquema contractual que se encuentra regulado desde 1991, los interesados en las concesiones portuarias y posteriores concesionarios son los encargados de estructurar integralmente el proyecto propuesto y las condiciones técnicas y operativas del puerto. En ese sentido los concesionarios tienen una carga que en algunos casos no desarrollan con rigurosidad, en cuanto a la tipificación, estimación, valoración y gestión de los riesgos contractuales previsibles.

Lastimosamente ha existido falta de rigor por parte de algunos concesionarios portuarios al estructurar sus solicitudes de concesión portuaria, y por ende, los puertos propuestos, así **como** a la hora de prever, establecer, estimar, gestionar, manejar los riesgos asociados a la ejecución de la concesión portuaria, dejando en un segundo plano la participación activa y directa que le asiste como cocontratante en la mitigación de todo hecho que pueda

tener la virtualidad de afectar la economía del contrato o la adecuada y permanente prestación del servicio portuaria, para, posteriormente, presentar reclamaciones con pretensiones indemnizatorias asociadas directa o indirectamente con la ecuación económica del contrato. María Teresa Palacio remarca la relación que existe entre la inadecuada o insuficiente gestión de los riesgos contractuales y el aumento de la pugnacidad y litigiosidad entre las partes de contratos estatales como el de concesión.[117].

La doctrina[118] ha abordado de manera tangencial la posibilidad de concreción de hechos futuros e inciertos que puedan impactar la economía del contrato de concesión portuaria más allá de los estimativos razonablemente establecidos a la hora de su celebración o modificación, de acuerdo con las características del puerto concesionado, hasta el punto de considerarse como hechos positivamente extraordinarios en el marco de la ejecución contractual, y por ende imprevisibles. Se acepta con ello la posibilidad de que los estudios realizados para la presentación de las solicitudes de concesiones portuarias hayan estimado ingresos menores a los que el puerto propuesto, con la infraestructura y equipamiento ofertados, estaba en capacidad de producir, bajo los estándares de eficiencia y ocupación requeridos por las navieras, las autoridades, y los importadores y exportadores. Dicho escenario es factible, y tiene consecuencias directas en la economía del contrato.

Empero, es importante resaltar que una subestimación de los ingresos generados por una concesión portuaria puede presentarse en la práctica (i) por el supuesto descrito, caso en el cual habría que revisar si las proyecciones de carga empleadas para el cálculo de la contraprestación se acompasaban con la capacidad del puerto; sino además (ii) por la ejecución sucesiva pero particularizada (propuestas y aprobadas de una en una) de inversiones adicionales a cuenta y riesgo del concesionario, que viéndolas de manera integrada junto con las demás inversiones adicionales que se han autorizado en la relación contractual, en un todo, difieren con respecto a las condiciones físicas, económicas en que

---

[117] PALACIO JARAMILLO, María Teresa, Óp. Cit., 2016, p. 242
[118] ZULETA, Luis Alberto et. al. Óp. Cit., 2015, p. 100. Así mismo, BENAVIDES, José Luis, Óp. Cit., 2009, p. 466

se aprobó y otorgó la concesión, y que dieron origen al plazo y de contraprestación pactados.

Frente al primer evento, a partir de contrastar las proyecciones de carga presentadas por los concesionarios portuarios a los que no les está siendo aplicada en sus contratos la actual metodología de cálculo de la contraprestación, es posible determinar si dichas proyecciones reflejaron o no el potencial de movilización de carga del puerto concesionado, de acuerdo con sus características y posibilidades[119]. Esta circunstancia no hace parte de la asunción de riesgos asociados a la ejecución de la concesión, y puede llegar a tener incidencia directa en la economía del contrato.

En cuanto al segundo evento, se presenta un desbalance en contra de los intereses económicos del Estado, en tanto que la concesión portuaria opera en condiciones superiores a las tenidas en cuenta a la hora de calcular el plazo y la contraprestación. En relación con este punto, la reforma legal referida en subcapítulo previo constituye un incentivo para que, en determinados contratos de concesión portuaria, no se revise de manera integral la relación de equilibrio que debe existir entre las prestaciones recíprocas a cargo de los contratantes, y para que las reglas contractuales se vean pretermitidas.

Lastimosamente, desde el legislador se promovió que existan relaciones contractuales asimétricas, en las que no se refleja una relación proporcionada entre los derechos de explotación del concesionario del puerto concesionado en los términos en que este mismo propone, y los derechos del Estado a recibir una contraprestación congruente con las condiciones del puerto concesionado, pues implícitamente se promueve que solicitudes de los concesionarios que pueden tener la virtualidad de modificarlas, no se gestionen por la vía del trámite de modificación de las condiciones de aprobación y otorgamiento de la concesión, y por ende, no se revise de manera integral la ecuación económica del contrato, materializada en la contraprestación y el plazo de la concesión.

---

[119] En contraposición con lo indicado, la metodología de cálculo de contraprestación vigente reduce ostensiblemente esta posibilidad, en tanto que la contraprestación, en su componente variable, se calcula con base en la carga real movilizada, de acuerdo con la reliquidación que año a año se efectúa a partir de dicho dato.

2.3.9 Las inversiones adicionales en los contratos de concesión portuaria

En los contratos de concesión portuaria que fueron analizados para los propósitos de este trabajo (se analizaron 58 contratos de concesión portuaria marítima) se observa que en la mayoría fueron incorporadas disposiciones contractuales en las que se permite al concesionario efectuar a su costo, cuenta y riesgo, actividades de inversión adicionales a las que inicialmente fueron propuestas por éste, debiendo obtener autorización de parte de la entidad pública concedente. Respecto a la posibilidad de acometer dichas actividades adicionales, los contratos de concesión portuaria se pueden enmarcar en la categoría de contratos cuya remuneración corresponde a una suma global, en tanto que la contraprestación portuaria es una sola, que se divide en la proporción que la ley estipula, pero se puede pagar por cuotas, y donde el contratista asume con el precio pactado todos los costos directos e indirectos, riesgos y actividades requeridas para poner en funcionamiento y operar de manera eficiente y continua el proyecto planteado[120].

El Consejo de Estado ha llamado la atención en cuanto a que la posibilidad de ejecución de obras adicionales a las inicialmente previstas en un contrato a precio global en determinadas circunstancias puede constituir una causa de alteración o ruptura de su equilibrio económico, en la medida que podría tener la virtualidad de exceder el marco obligacional acordado por las partes al momento de contratar[121]. Sobre este particular, la falta de consistencia a la que se hizo referencia en cuanto a lo que debe entenderse por modificación sustancial de los contratos de concesión portuaria, a propósito de la modificación sufrida por el artículo 17 de la Ley 1 de 1991, en vez de aclarar la posibilidad y consecuencias de acometer inversiones adicionales en este tipo de contratos, genera un incentivo para que no se presenten por parte de los concesionarios portuarios solicitudes a título de modificación de las condiciones de la concesión, y se examinen a fondo las consecuencias de su ejecución para la economía de la relación contractual subyacente, vista de manera integral.

---

[120] Ver providencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, el 31 de agosto de 2011, dentro del Exp. 18.080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.
[121] CONSEJO DE ESTADO, sentencia del 14 de septiembre de 2016, número interno (50907), C.P. Martha Nubia Velásquez Rico

Resulta patente que un concesionario portuario no tendrá interés en solicitar y proceder con la gestión del trámite de modificación de las condiciones en que se aprobó y otorgó la concesión para acometer nuevas inversiones, si ello puede canalizarse a través de un permiso para su ejecución, que no implica revisar integralmente la economía del contrato, y por ende, la correspondencia entre los derechos y obligaciones que de su celebración y posterior ejecución se derivan. Únicamente ante el evento de pretender modificar las áreas de uso público entregadas en concesión, o el plazo de la concesión, lo cual conforme al tenor de la actual redacción del artículo 17 en comento ocurriría a solicitud del concesionario, estaría dado para la entidad concedente analizar el impacto de las inversiones adicionales en la economía del contrato, y específicamente, en la contraprestación portuaria.

Lo anterior, es abiertamente contrario al criterio que se manejó hasta antes de la expedición de la Ley 1955 de 2019, en el cual ante cualquier variación de las condiciones en que se había aprobado y otorgado la concesión, la entidad concedente podía revisar y recalcular tanto el plazo de la concesión como el monto de la contraprestación pactada.

Una solicitud de parte de un concesionario que no se oriente a pedir nuevas áreas en concesión ni a que se modifique el plazo de la concesión, sino a que se le autorice únicamente la ejecución, a título de inversiones adicionales a su cuenta y riesgo, no conduce a la revisión integral de la economía del contrato. Es clara la existencia de un incentivo, a partir de la reforma legal a la que se hizo referencia, para que los concesionarios a los que aún no les ha aplicado la fórmula vigente de contraprestación no les resulte atractivo canalizar su intención de modificar la inversión pactada para ampliar su capacidad operativa, logística y/o de almacenamiento, a través de la solicitud de modificación de las condiciones de la concesión portuaria, sino por medio de la autorización de ejecución de inversiones adicionales a cuenta y riesgo del concesionario, escenario para el cual no se exige ni normativa ni contractualmente la revisión integral de la economía del contrato.

Se concluye entonces que la posibilidad de ejecución de inversiones adicionales a cuenta y riesgo del concesionario está limitada precisamente por las condiciones en que la concesión se aprobó y otorgó, pues a partir de una valoración integral que se haga del

puerto concesionado, se debe determinar si tienen la virtualidad de alterar dichas condiciones y por ende relación de equilibrio que se deriva de las prestaciones pactadas entre las partes.

3. Equilibrio económico de los contratos estatales conmutativos en Colombia y causas de desequilibrio

La noción del equilibrio económico en los contratos administrativos conmutativos[122] responde en el país a la idea de interdependencia entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes, en tanto que en los contratos sinalagmáticos se presenta una equivalencia entre las prestaciones recíprocas para cada una de las partes[123], pues a partir de la oferta que resultó seleccionada en el precio final del contrato se establece una correspondencia entre las obligaciones y los derechos de contenido económico que les asisten a los cocontratantes. Dicha relación de correspondencia, de acuerdo con lo indicado en los numerales 8° y 3° del artículo cuarto de la Ley 80 de 1993, en principio debe ser preservada por la entidad contratante durante la ejecución del contrato[124]. De allí que se refiera por la ley, la doctrina y la jurisprudencia contemporánea a una relación de equilibrio y ecuación, que apunta a una idea de equivalencia.

Para el estudio de la noción del equilibrio económico del contrato es preciso abordar el concepto del riesgo y ventura y su evolución. Bajo la noción inicial de dicho elemento, se entendía que el precio resultaba en inamovible, en tanto que el contratista que era conocedor de los riesgos y aleas que el contrato de la administración comportaba, los aceptaba y los asumía, asumiendo las consecuencias de los efectos que el acaecimiento de hechos ajenos a las partes pudiese acarrear. Esta noción no es exclusiva del sistema

---

[122] Guillermo Ospina Fernández y Manuel Ospina Acosta. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*. Bogotá, Temis, 1987, 3ª ed. p. 65
[123] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Óp. Cit., 2012, p. 8
[124] URUETA, Juan Manuel, Óp. Cit., 2010, p. 181

jurídico continental, pues también tiene aplicación en el sistema de common law[125]. El criterio de riesgo y ventura no nació en el ordenamiento jurídico como fuente de privilegios o prerrogativas para el Estado como parte contratante de los contratos estatales, sino que se formó a partir de varios preceptos del derecho privado y del derecho público que no guardan relación con las potestades excepcionales de la Administración.

Tradicionalmente, al concepto de riesgo y ventura se le relacionó con los principios de inalterabilidad del precio de los contratos celebrados por la administración, de legalidad, de prevalencia del interés público sobre el privado. Así mismo, se afincaba en una aplicación estricta en el principio del pacta sunt servanda, bajo el cual los contratos deben ejecutarse de buena fe, en los términos en que fueron pactados. Por lo anterior, la posibilidad de revisión del precio y las condiciones de los contratos se restringía a los casos en que la Administración disponía el aumento de las prestaciones a cargo del contratista. La aplicación rígida del principio tenía como efectos la abstención de celebración de contratos por parte del sector privado, dada la incertidumbre que generaba la imposibilidad de modificación y adecuación de los contratos ante el acaecimiento de situaciones anormales e imprevistas para las partes, el incremento de los costos de transacción, la quiebra de alguno de los cocontratantes, generalmente el inversionista privado, y la afectación directa en la prestación de servicios públicos.

La doctrina vernácula de manera unánime identifica en el Fallo del Consejo de Estado Francés de 21 de marzo de 1910[126] la génesis de las teorías del equilibrio económico del contrato y su restablecimiento. Para dicho momento circunstancias derivadas de la primera guerra mundial y la posguerra generaron perturbaciones en el orden público y en los precios y disponibilidad de elementos necesarios para la prestación de algunos servicios públicos, los cuales tuvieron la virtualidad de frustrar la ejecución de algunos contratos suscritos por la Administración. Entre dichas vicisitudes, se presentó un incremento inusitado de los insumos necesarios para la prestación de algunos servicios públicos, lo cual condujo a la Administración y a los contratistas a enfrentar la necesidad de adoptar

[125] Ibid., p. 184
[126] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Óp. Cit. p. 14-15

decisiones que permitiesen remediar dicha situación, posibilitando mantener la ejecución de los contratos y la continuidad de la prestación de tales servicios, a pesar de las circunstancias anotadas.

La aplicación pétrea del principio del pacta sunt servanda se vio morigerada con la aplicación del principio rebus sic stantibus. Con base en los postulados del derecho romano se llegó al criterio de que no siempre es justo y razonable mantener incólumes las condiciones en que se contrató, pues pueden presentarse circunstancias no previstas ni previsibles que impliquen un cambio o variación excesivamente gravosa en las prestaciones que fueron pactadas. Así mismo, que los contratos se celebran bajo el estado de cosas que estaban presentes al momento de contratar, en términos de condiciones y expectativas, que se reflejaron en el alcance y contenido obligaciones, y con unas consecuencias y efectos previstos por las partes[127]. Igualmente, que los contratos pueden adaptarse a las circunstancias no previstas que se presentan durante su ejecución, de cara a propender por su continuidad y proteger el interés general representado en el servicio público asociado.

Así las cosas, en aplicación del principio del rebus sic stantibus el contrato nace condicionado a las circunstancias y condiciones en las cuales las partes vierten su consentimiento y se obligan[128], de tal suerte que ante hechos imprevistos y que afectan la economía del contrato, dichas condiciones se mantengan durante su ejecución. Bajo este principio, es posible que, ante la ocurrencia de hechos durante la ejecución de un contrato de la Administración que puedan afectar de manera grave su economía, se posibilite la adopción de medidas que permitan continuar con su ejecución y se evite la ruina o desmedro para uno o ambos cocontratantes.

Resulta pacíficamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia local que las circunstancias que no se previeron o pudieron razonablemente preverse por las partes no hacen parte del riesgo normal asumido por las partes, pues privarían al contratista de obtener ganancias razonables por los servicios y bienes prestados o suministrados, y en

---

[127] PALACIO JARAMILLO, María Teresa, Óp. Cit., 2016, p. 244
[128] DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Óp. Cit., 2016, p. 699

el caso de la Administración, tornarían en más onerosos dichos bienes o servicios. En la medida que dichas circunstancias, ya sea internas o externas a la ejecución del contrato, desborden el alcance previsto y por ende resulten excepcionales, anormales y extraordinarias, las partes no tienen la obligación de soportar las cargas y efectos económicos que se desprenden de este tipo de situaciones. En ese sentido, en línea con los valores constitucionales de la equidad y justicia en la actividad contractual del Estado y el principio de la igualdad frente a las cargas públicas, se impone acudir a los mecanismos previstos en el ordenamiento que posibilitan el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, estableciendo acuerdos en cuanto a la cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, el reconocimiento de intereses y costos financieros[129], mayores plazos de ejecución, etc.

Otra dimensión de este principio se materializa en un equilibrio en la posición de cada parte, pues el Estado a través de la entidad contratante goza de una posición preeminente en la celebración de los contratos que celebra, representada en las prerrogativas y potestades que detenta para asegurar el correcto cumplimiento del objeto contratado. Así mismo es preciso señalar que la circunstancia que se esgrima como generadora de la necesidad de restablecimiento de la ecuación contractual no debe ser imputable a la parte perjudicada[130].

Para cerrar estas notas introductorias, es importante señalar que la figura del restablecimiento del equilibrio económico de los contratos estatales fue concebida para favorecer exclusivamente al particular que contrataba con la Administración. Esto, en razón a la obligación del Estado de reparar los daños antijurídicos que causa. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina[131] y la jurisprudencia locales han sostenido que el concepto del equilibrio económico del contrato estatal también se puede aplicar a favor de la entidad pública contratante.

---

[129] PALACIO JARAMILLO, María Teresa, Óp. Cit., 2010, p. 9
[130] DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Óp. Cit., 2016, p. 702
[131] PARRA BENÍTEZ, Julián, *La teoría del hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión como instrumentos que* restablecen *el equilibrio económico contractual en los Contratos Estatales*, en La ley 1150 de 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?. 1 ed., Bogotá: Universidad del Rosario, 2011, p. 182

3.1 Justificación

El Consejo de Estado afinca en la satisfacción de las necesidades colectivas y del interés general, que orientan todas las actuaciones del Estado, la causa de celebración de los contratos estatales. Así mismo, otorga un rol de colaboradores a quienes fungen como contratistas, en tanto que son partícipes activos en la generación de riqueza y bienestar. Por el lado del interés público, desde la perspectiva de la entidad contratante, los principales beneficios que buscan las entidades contratantes son el cumplimiento de los fines estatales consagrados en la Constitución y la materialización de los principios de la contratación estatal. A su turno, los particulares que contratan con el Estado pretenden generar un lucro en condiciones de licitud, y bajo las condiciones contractuales más favorables posibles. Se trata de una relación de armonía y equilibrio, en los términos de María Teresa Palacio[132].

En lo que refiere a la adecuada remuneración para el contratista, desde el ámbito del derecho privado el precio justo está orientado por un criterio subjetivo y se refiere al que las partes libremente fijan en ejercicio de su autonomía de la voluntad. Por su parte, en la contratación estatal, la regulación prevista en la Ley 80 de 1993, sumada al hecho de que se asuman riesgos por parte del contratista privado, son motivos para considerar la intangibilidad de su remuneración, y, por ende, el derecho que le asiste a ser resarcido por los mayores valores en que deba incurrir para ejecutar el contrato[133].

En Colombia, el equilibrio económico del contrato encuentra sustento en principios constitucionales y generales del derecho, tales como la equidad, la buena fe, la igualdad de los particulares frente a las cargas públicas que debe soportar, la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidas para las partes al momento de contratar, y la proscripción del enriquecimiento sin causa[134]. Antes de la expedición del Decreto Ley 528 de 1964, la competencia en relación con las controversias derivadas de los contratos celebrados por la Administración residía en la Corte Suprema de Justicia, en atención en línea con lo

---

[132] PALACIO JARAMILLO, María Teresa, *Derogatoria de la garantía de utilidad del contratista frente al* reconocimiento *del equilibrio económico del contrato*, en Reforma al régimen de contratación estatal. Bogotá: Universidad de los Andes, 2010, p. 4
[133] Ibid., p. 2
[134] PARRA BENÍTEZ, Julián, Óp. Cit., 2011, p. 182

establecido en la Constitución Política de 1886. Cuando se expidió este decreto la competencia fue trasladada al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos. Más adelante, desde principios de la década de 1970 las 3 teorías desarrolladas por la jurisprudencia francesa fueron progresivamente acogidas en el derecho colombiano a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Seguidamente, en la Constitución Política de 1991 se consagró expresamente la responsabilidad del Estado en el artículo 90 y posteriormente se entendió por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado que dicha disposición constitucional refiere a un tipo de responsabilidad objetiva. En la Constitución Política de 1986 no se hacía referencia expresa a dicha responsabilidad. En 1993, con la expedición de la Ley 80 se modificó el régimen contractual público que hasta ese momento estaba consagrado en el Decreto Ley 222 de 1983, el cual hacía énfasis en potestades exorbitantes de la Administración y en su posición preeminente en sus relaciones contractuales. Las facultades exorbitantes pasaron a denominarse excepcionales, y en lo sucesivo resultan aplicables a ciertos tipos de contratos públicos, pero no a todos, como se consagraba en el régimen anterior.

La Ley 80 de 1993 se expidió en un contexto de apertura económica de cara posibilitar la participación del país en el comercio internacional. Para el efecto, se requería de un marco jurídico de la contratación pública que pudiese responder a requerimientos derivados del cumplimiento de directrices de organismos multilaterales, y facilitar la participación privada en actividades antes reservadas al Estado. Su expedición permitió la atracción del capital y experiencia extranjeras en el desarrollo de actividades de interés público, y redujo los poderes preeminentes de la Administración, También el aumento de las derechos y facilidades al contratista.

Con la Ley 80 de 1993 se cambió la concepción clásica del equilibrio financiero, que había sido adoptada desde el derecho francés, acogiendo el principio de ecuación contractual. En ese sentido se partió de concebir el equilibrio como un cálculo contable, que se establece desde el momento de la celebración del contrato, y que pone la igualdad de condiciones los derechos y prestaciones contractuales de las partes, como inalterable. Con el cambio en la concepción, el principio del riesgo y ventura se convirtió en una especie de privilegio para el contratista, en tanto que el equilibrio ya no se basa exclusivamente en la

protección de la prestación del servicio público, sino en la protección de su patrimonio, como una garantía o especie de derecho a su favor para no verse afectado[135]. De allí que aunados al hecho del príncipe y de la teoría de la imprevisión, la Ley 80 de 1993 consagró que se presenta desequilibrio contractual a favor del contratista cuando la entidad contratante incumple sus obligaciones. Así mismo, incorporó el ius variandi como parte de las causas que pueden dar lugar al restablecimiento del equilibrio contractual.

A partir de lo indicado, cualquier sobrecosto o variación que presentaba el contratista empezó a considerarse una causal de desequilibrio económico, lo cual generó un incremento en las reclamaciones con el objetivo de obtener el restablecimiento de la ecuación económica del contrato. Ello, produjo divergencias interpretativas y jurisprudenciales en relación con el ámbito de aplicación de las distintas teorías que dan lugar a la restauración del mencionado equilibrio. Siguiendo el enfoque de protección al contratista, en sentencia de 9 de mayo de 1996 (exp. 10151) el Consejo de Estado llegó al extremo de disponer, en contravía del propio texto de la Ley 80 de 1993, en la que se indica que la compensación es hasta un punto de no pérdida, que la Administración debía indemnizar al contratista de manera integral, incluso reconociendo al contratista las utilidades planteadas para el momento de la suscripción del contrato, como si se asumiese que la administración fuese la total y directa responsable del hecho imprevisible para las partes, causante del desequilibrio. Aunado a lo anterior, en el mismo año 1996 la Corte Constitucional emitió la sentencia C-333/96, en la cual, indicó que el artículo 90 constitucional es aplicable tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual del Estado, por lo que asumió que cuando existe un sobrecosto se produce un daño antijurídico que justifica las protecciones y prerrogativas al contratista, entendiendo con ello el sistema de responsabilidad como uno de garantía patrimonial.

En la actualidad, la jurisprudencia imperante del Consejo de Estado y la doctrina mayoritaria del país han decantado el tipo de indemnización a que tienen derecho las partes con ocasión de la configuración de cada una de las causas de ruptura del equilibrio económico de los contratos estatales conmutativos.

---

[135] URUETA, Juan Manuel, Óp. Cit., 2010, p. 159

3.2 Causas de ruptura del equilibrio económico de los contratos estatales

En el numeral 9° del artículo 4 de la ley 80 de 1993, se dispone que las entidades contratante deben actuar de tal modo que, ante causas a ellas imputables, no sobrevenga mayor onerosidad a los contratistas en la ejecución de los contratos, y que deberán corregir los desajustes que pueden presentarse en el menor tiempo posible. Lo anterior se enmarca en la denominada teoría del hecho del príncipe y el ius variandi. Posteriormente, en el artículo 5, referido a los derechos de los contratistas, se dispone que estos tienen el derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada, y a que su valor intrínseco no se altere o modifique, por lo que tendrán derecho al restablecimiento de la ecuación surgida al momento de contratar hasta un punto de no pérdida, cuando se presenten circunstancias imprevistas no imputables al cocontratante. En este sentido, se observa consagrada la teoría de la imprevisión.

En la misma disposición también se consagra que el equilibrio puede romperse por incumplimiento de la entidad contratante. Posteriormente, en el artículo 25 se hace referencia a los costos imprevistos que se pueden presentar en el marco de la ejecución del contrato estatal, por lo que estipula la obligación para las entidades públicas de generar en su presupuesto apropiaciones que les permitan cubrir dichos costos. Finalmente, en el artículo 27 de la ley 80 se consagra el principio de la ecuación contractual, al indicarse que en los contratos estatales se debe mantener la equivalencia o igualdad entre los derechos y obligaciones que surgieron recíprocamente para las partes al momento de contratar. Así mismo se indica que si la circunstancia que rompe dicha relación es ajena y no imputable a la parte que resulta afectada, las partes deben adoptar las medidas que resulten necesarias para proceder con el restablecimiento de dicha igualdad o equivalencia. En esta disposición se consagra de manera general el principio de equilibrio económico, es decir, tanto en lo que refiere a las causas internas a las partes, como en lo que atañe a las causas externas de desequilibrio.

Para cerrar este punto, la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano[136] ha sido reiterativa en cuanto a indicar que en Colombia el equilibrio del contrato puede verse alterado por causas provenientes de la Administración contratante, o por causas ajenas a las partes del negocio jurídico, que si bien no corresponden a eventos de responsabilidad con culpa, sí dan lugar a reconocimientos económicos a favor de la parte afectada, en tanto que dan lugar al restablecimiento de la ecuación contractual que quedó plasmada por las partes al momento de contratar. Finalmente se resalta que, con independencia de la causa de ruptura de equilibrio económico que se invoque, debe acreditarse el quebrantamiento grave de la ecuación contractual, que la circunstancia alegada desborda toda previsión y genera una mayor onerosidad en la ejecución del contrato estatal y afecta de manera grave las condiciones económicas del contrato, la cual la parte afectada no está obligada a soportar, en tanto que no se enmarca en los riesgos asignados a esta, y dado que dicha parte no demostró con su actuar contractual una confianza para la otra de que hayan sido asumidos los efectos gravosos[137].

3.2.1 El ius variandi

Uno de los eventos que tienen la virtualidad de generar la ruptura del equilibrio económico del contrato, y la obligación para las Administración de proceder con el restablecimiento de la ecuación económica es el denominado ius variandi, entendido este como la potestad excepcional y reglada de la cual goza la entidad contratante de introducir variaciones al contrato de manera unilateral, ante falta de acuerdo con el contratista privado, lo cual corresponde a un acto lícito que emite la entidad contratante, que puede identificarse como causa directa de perjuicios en tanto que afecta la conmutatividad del contrato, pues si bien persigue la garantía del interés público, causa una desigualdad en las cargas públicas y un sacrificio del patrimonio de la parte que lo sufre, lo que justifica la indemnización de los daños generados.

---

[136] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 31 de enero de 2019, número interno (37910), C.P. María Adriana Marín

[137] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2011, número interno (18080), C.P. Ruth Stella Correa Palacio

Para ejercer dicha potestad debe verificarse que se esté ante la exigencia de evitar la paralización o afectación del servicio público respectivo, y que genera la situación de tener que introducir o suprimir obras, suministros, servicios, actividades, u otro tipo de variaciones al contrato, y las partes no logran llegar a un acuerdo respecto al precio y alcance[138]. Este poder de modificación unilateral de la administración es limitado, dado que debe ejercerse estrictamente en los casos y condiciones establecidos por la ley, en desarrollo del principio de legalidad, y respetar la sustancia y objeto del contrato celebrado. Al ser una potestad de orden público, es inalienable, irrenunciable, intransmisible e imprescriptible, y se ejerce con base en la necesidad de proteger el interés público[139].

El ius variandi fue incorporado en el ordenamiento jurídico positivo colombiano a través de la Ley 19 de 1989, la cual consagraba en su artículo 6° el derecho de los contratistas de obtener el reembolso de los costos que se generaran con ocasión de modificaciones introducidas en el contrato por la entidad contratante, a causa de requerirse para preservar el interés público[140]. Así mismo, en la Constitución Política (cfr. artículos 2°, 58 y 90) se estipula el deber del Estado de respetar el patrimonio de los ciudadanos y, el derecho de estos a que aquel responda por los daños antijurídicos que les cause.

La jurisprudencia del Consejo de Estado[141] resalta que las causas de índole económico, técnico o social que justifiquen el ejercicio del ius variandi deben ser posteriores a la celebración del contrato, pues no pueden usarse para subsanar deficiencias en la planeación y elaboración del negocio jurídico, sino para introducir al contrato variaciones orientadas a adecuarlo a nuevas e imprevistas situaciones, de tal suerte que se propenda por la ejecución del objeto contractual y se garantice la satisfacción del interés general. Así mismo, remarca que la entidad contratante debe buscar de manera inicial lograr el mutuo acuerdo con el contratista respecto al alcance y remuneración de dichas variaciones, y en

---

[138] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 2011, número interno (15476), C.P. Ruth Stella Correa Palacio
[139] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2011, número interno (18080), C.P. Ruth Stella Correa Palacio
[140] URUETA, Juan Manuel, Óp. Cit., 2010, p. 196
[141] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 12 de octubre de 2017, número interno (37322), C.P. Danilo Rojas Betancourth

ausencia de este, proceder a la emisión de un acto unilateral. Libardo Rodríguez menciona, además de la continuación del cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista -salvo en el caso que la modificación unilateral afecte excesivamente el valor del contrato y el contratista renuncie a su ejecución-, el carácter extraordinario del alea como condición para la configuración del desequilibrio económico por el ejercicio del ius variandi[142]:

De conformidad con lo indicado, se tiene que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración unas potestades y prerrogativas que no tienen los particulares en sus relaciones jurídicas y su actividad contractual. En contraste, el ciudadano, tiene unas garantías que el Estado debe respetar. Como parte de las facultades que le asisten, la entidad contratante tiene la posibilidad de ejercer la potestas variandi en ejercicio de la dirección, control y vigilancia de la correcta ejecución del contrato y la adecuada satisfacción del interés general. Dicho ejercicio puede causar el menoscabo del patrimonio de los particulares, y en esa medida constituye un daño antijurídico que debe repararse[143].

Por otro lado, Rodríguez[144] considera que es factible que la administración también pueda ser la parte perjudicada en ejercicio de la potestad variandi, cuando lo que se dispone en el acto administrativo es la supresión de actividades, disminuyendo el alcance del objeto contractual, haciendo menos gravosa u onerosa la ejecución del contrato, evento en el cual la administración reconocería únicamente el valor de lo que realmente se va a ejecutar. En el evento de no aplicarse la teoría del hecho del príncipe, la entidad contratante tendía que pagar el valor inicialmente pactado.

Finalmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado[145] resalta que para solicitar la indemnización de perjuicios a título de restablecimiento del equilibrio económico de los contratos estatales conmutativos por efectos derivados de actos unilaterales emitidos por la autoridad contratante que inciden en la relación contractual, es indispensable deprecar la nulidad del acto, pues en atención a su presunción de legalidad, el mismo será

---

[142] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Óp. Cit., 2012, p. 50-51
[143] YONG SERRANO, Samuel, *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación*, 3 ed., 2013, p. 251
[144] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Óp. Cit., 2012, p. 55
[145] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 24 de abril de 2013, número interno (23729), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

plenamente exigible, y no se configurará el desequilibrio. Ahora bien, es posible que un contratista discuta no la legalidad del acto administrativo, o parte de su contenido, sino precisamente los efectos que se generan por la adopción unilateral de una decisión que impacta la economía del contrato. También puede suceder que el contratista cuestione el acto administrativo por no disponer con suficiencia medidas que permitan mantener la ecuación económica del contrato, sin que por esta razón puede deducirse automáticamente la ilegalidad de todo contenido del acto. En estos casos, lo ilegal sería no disponer las medidas que permitan el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

3.2.2 El hecho del príncipe (factum principis)

El "factum principis" corresponde a una de las expresiones del alea administrativa que genera una responsabilidad en la que por causa de la expedición, con posterioridad a la celebración del contrato, de actos de carácter general, abstracto, dirigidos a toda la población o a parte de ella, orientados a la protección del interés general y la consecución de los fines del Estado[146], y que por tanto no tiene por objeto exclusivo la afectación del contrato en particular.

Esta teoría se justifica en los principios que orientan la responsabilidad sin falta de la Administración, y particularmente en la igualdad en las cargas públicas, de conmutatividad de los contratos administrativos y de justicia contractual. Así mismo en la garantía constitucional de protección del patrimonio de las personas, en la obligación del Estado de reparar los daños antijurídicos que genera, y en la necesidad de mantener la continua y eficiente prestación de servicios públicos. Hace parte de la contrapartida de protección al contratista frente a las prerrogativas que tiene la Administración[147]. En igual medida que para el ejercicio del ius variandi, en el hecho del príncipe lo imprevisible no es la expedición de la medida de carácter general, sino el contenido de dicha medida, lo que impide gestionar completamente sus posibles efectos con anticipación.

---

[146] YONG SERRANO, Samuel. Óp. Cit., 2013, p. 253
[147] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Óp. Cit., 2012, p. 98

A nivel nacional, se identifican por la doctrina tres posiciones respecto a la imputabilidad del hecho generador de la configuración de la teoría del hecho del príncipe. En primera instancia, una aplicación amplia conocida en la doctrina francesa como "el significado amplio de los actos de la autoridad pública", bajo la cual el hecho generador puede provenir de cualquier intervención de las autoridades públicas, incluso por poderes públicos distintos a la Administración[148]. Autores como Yong Serrano, se refieren en cuanto a la imputabilidad del hecho generador del hecho del príncipe, indicando que por razones de justicia y equidad no se debería indemnizar de manera diferente situaciones análogas, tomando como ejemplo el caso de los contratistas del Congreso de la República, quienes, en su concepto, recibirían una indemnización plena ante la expedición hipotética de una ley que gravara la actividad económica en general, en contraste con los contratistas de cualquier otra autoridad, quienes recibirían una indemnización restringida al daño emergente[149].

En segundo lugar, una aplicación intermedia, en la que se considera que el acto debe provenir de una entidad que pertenezca a la misma esfera jurídica[150]. El ejemplo clásico de esta postura corresponde al de la emisión de una disposición de carácter general por parte de un Ministerio o entidad adscrita o vinculada a este, que genera una afectación en un contrato celebrado por otra cartera o entidad del orden nacional. Finalmente, una aplicación restringida, que es la imperante en la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina, en la cual el acto general que causa el desequilibrio económico del contrato debe ser expedido por la entidad contratante, pues en caso de provenir de otra autoridad, se está ante la teoría de la imprevisión[151]. El perjuicio alegado por la parte que lo sufre debe ser personal, cierto y directo. Aunado a lo anterior, el daño debe ser especial[152]. Así mismo se requiere que continúe con la prestación del servicio público en los términos pactados. Lo anterior sin perjuicio de que el hecho generador, por su magnitud e impacto se pueda enmarcar en una fuerza mayor u otro evento eximente de responsabilidad.

---

[148] PARRA BENÍTEZ, Julián, Óp. Cit., 2011, p. 188-189; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Óp. Cit.,2012, p. 78; y DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Óp. Cit., 2016, p. 710
[149] YONG SERRANO, Samuel. Óp. Cit,, 2013, p. 255
[150] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Op. Cit., 2012, p. 79
[151] PARRA BENÍTEZ, Julián, Óp. Cit., 2011, p. 190-191; y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Óp. Cit., 2012, p. 80
[152] Ibid., p. 91*; y* URUETA, Juan Manuel, Óp. Cit., 2010, p. 200

Si en el daño ocasionado por la medida general de la entidad contratante, la parte afectada es esta misma, no opera la regla de indemnización integral, sino únicamente la reparación a título de daño emergente, en tanto que la medida generadora fue adoptada por causas imputables a ella, pero legítimas en tanto que no corresponde a actuaciones culposas o negligentes, sino a la satisfacción de necesidades del servicio público respectivo, la satisfacción del interés general, y el cumplimiento de las competencias asignadas[153].

Finalmente, para Libardo Rodríguez se estiman válidas las estipulaciones contractuales en las cuales la Administración, al momento de contratar, excluye su responsabilidad ante hechos específicos que puedan dan lugar a la aplicación de la teoría del hecho del príncipe. Por su parte, estima ilegales disposiciones en las que se renuncie de manera general a cualquier tipo de aplicación a esta teoría, en la medida que resultaría contraria a las disposiciones legales de orden público que refieren a la atribución al contratista de responsabilidades ilimitadas o sin límites determinables al momento de contratar[154]. Se comparte solo parcialmente esa posición en la medida que, en el primer evento descrito, en todo caso si se verificasen todos los elementos que objetivamente la jurisprudencia ha fijado para la configuración del hecho del príncipe, la exclusión de la responsabilidad carecería de eficacia al padecer de las mismas falencias indicadas para el segundo evento descrito. En contraste, si se cuantifica previamente el posible efecto económico adverso, atribuyendo una consecuencia dirigida a revisar la economía del contrato o de aplicar de manera instantánea un ajuste a determinado elemento del contrato, la disposición comentada resultaría aplicable.

3.2.3 La teoría de la imprevisión

Con posterioridad a la celebración de los contratos estatales pueden presentarse situaciones imprevistas para las partes, anormales y extraordinarias, que pueden alterar las condiciones tenidas en consideración por los cocontratantes al momento de pactar las prestaciones debidas por cada una de estas, y generar una afectación en la economía

[153] Ibid., págs. 95 a 97 y YONG SERRANO, Samuel. Óp. Cit,, 2013, p. 255
[154] Ibid., p. 94

contractual de tal magnitud que hace mucho más gravosa y onerosa su ejecución, alterando con ello el equilibrio económico del contrato.

A nivel internacional, la teoría surgió, como se indicó en las notas iniciales de este capítulo, en el derecho francés con el fallo Gaz de Bordeaux[155], en aplicación del principio rebus sic stantibus, que morigeró el principio del pacta sunt servanda[156]. En el ordenamiento jurídico colombiano, en una primera instancia, la teoría de la imprevisión se abordó por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y afincó en lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, mientras que la consagración legal de la figura se dio varias décadas después, con la expedición del Código de Comercio en 1970[157]. El enfoque de esta disposición es la revisión del contrato por la excesiva onerosidad generada por situaciones, anormales, extraordinarias e imprevistas que tornan más gravoso el cumplimiento de las obligaciones emanadas de este.

En materia de contratación administrativa, en atención a lo previsto en el numeral artículo 5 de la Ley 80 de 1993, es posible identificar dos formas de indemnización derivadas de la ruptura de la ecuación económica del contrato, entendida como un valor objetivo de las prestaciones recíprocas derivadas de su celebración, que engloba una serie de condiciones de valor, tiempo, físicas, logísticas, financieras, que deben mantenerse durante su ejecución. Por un lado, una indemnización hasta un punto de no pérdida, con ocasión de situaciones imprevistas y no imputables para las partes, que, por consiguiente, no supone el reconocimiento de utilidades al contratista. A su turno, en la medida que los contratistas tienen el derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada, el

---

[155] Ibid., p. 106: *"…en el fallo Gaz de Bordeaux, de 30 de marzo de 1916, el Consejo de Estado se enfrentó al siguiente caso: entre el municipio de Bordeaux y una empresa privada se suscribió un contrato de concesión para la prestación del servicio público de electricidad y distribución de gas, en el cual se estipuló un precio específico para este último, en cuya producción era indispensable la utilización del carbón. Como consecuencia de la primera guerra mundial, especialmente por la ocupación alemana de las zonas productoras de carbón y la dificultad para transportarlo por vía marítima, la principal materia prima para la producción de gas, esto es, el carbón, sufrió un alza colosal haciendo mucho más onerosa la prestación del servicio público de electricidad y distribución de gas, en la medida en que el valor de la producción del gas resultó muy superior al precio máximo estipulado para la distribución."*

[156] URUETA, Juan Manuel, Óp. Cit., 2010, p. 202

[157] Ibid., p. 108

incumplimiento de parte de la administración concedente genera un daño derivado de impactos en variables que inciden ostensiblemente en el cálculo de dicha remuneración[158].

Como parte de las características que deben evidenciarse en el hecho extraño a las partes, se encuentra el de la anormalidad del suceso. Esta característica hace referencia a las consecuencias, que exceden en importancia y magnitud las estimaciones que las partes efectuaron y razonablemente pudieron haber podido prever a través de cálculos objetivos. Así mismo, se debe acreditar la continuidad en la ejecución del contrato a pesar de la afectación del equilibrio económico por las circunstancias imprevistas, pues no se está ante eventos que excusen el cumplimiento contractual, sino que tornan más onerosa tal tarea[159]. Se requiere estar en presencia de la materialización de un riesgo que desborde el alcance de los expresamente asumió con la suscripción del contrato, o simplemente, no fue incluido dentro de aquellos riesgos.

La teoría de la imprevisión genera una indemnización derivada de los principios de equidad y justicia distributiva, en la que ante, el hecho ajeno a las partes, el Estado concurre en ayuda al contratista en un ejercicio de distribución de cargas del contrato que busca repartir equitativamente las pérdidas sufridas, manteniendo la prestación del servicio[160]. En la medida que lo que se indemniza es el daño emergente, se debe probar el déficit sufrido, la pérdida soportada; el lucro cesante (la falta de ganancia) no puede ser incluirse en la pretensión, pues esto no representa un alea extraordinario, y en esa medida escapa de la aplicación de la teoría de la imprevisión[161].

Con relación al impacto del hecho alegado como imprevisible, es preciso probar de manera suficiente el déficit que este tuvo en la economía global del contrato, de acuerdo con un balance general de su ejecución en el que se consideren los ingresos, gastos y costos imputables al contrato, en contraste con los valores estimados para las prestaciones

---

[158] URUETA, Juan Manuel, Óp. Cit., 2010, p. 205
[159] PARRA BENÍTEZ, Julián, Óp. Cit., 2011, p. 201 y YONG SERRANO, Samuel. Óp. Cit., 2013, p. 258
[160] PARRA BENÍTEZ, Julián, Óp. Cit., 2011, p. 211
[161] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 1996, exp. 10151, C.P. Daniel Suárez Hernández

pactadas, y determinar el saldo resultante, y si el porcentaje supera el monto dispuesto contractualmente para atender la prestación de situaciones imprevistas resulta suficiente para su gestión efectiva, o si por lo menos puede cubrirla parcialmente. En la doctrina francesa este cálculo determina el denominado umbral de la imprevisión, que establece el límite entre lo previsible y lo imprevisible[162].

3.2.4 Incumplimiento contractual

El artículo 5 de la Ley 80 de 1993 establece que si el equilibrio de la ecuación económica del contrato se ve por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento de la génesis de la relación jurídica contractual. Con base en lo anterior, y bajo el entendido que en la actualidad se evidencia una postura mayoritaria de equivalencia material entre las prestaciones pactadas, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia estima que el incumplimiento es parte de las causas que generan el restablecimiento del equilibrio económico del contrato[163].

El Consejo de Estado ha sido enfático en indicar que el cocontratante que alega el perjuicio por concepto del incumplimiento obligacional a cargo de la otra parte debe probar que ha **mantenido** el cumplimiento de las actividades a su cargo, pues no puede excusar su propia culpa con la de su cocontrante[164]. Así mismo ha indicado en relación con el concepto de incumplimiento de obligaciones contractuales y sus efectos, y con respecto a la posibilidad de resolución del contrato por la parte que sufre el perjuicio[165], lo que representa una diferencia de este régimen de responsabilidad con respecto a la derivada de situaciones enmarcadas en las demás teorías que dan lugar al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

La posición de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la doctrina nacional en lo que tiene que ver con el incumplimiento contractual y su relación con el equilibrio económico

---

[162] BENAVIDES, José Luis, Óp. cit., 2004, p. 482
[163] DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Óp. Cit., 2016, p. 714*; y* RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, Óp. Cit., 2012, p. 141
[164] CONSEJO DE ESTADO, sentencia del 29 de agosto de 2014, número interno (26703), C.P. Danilo Rojas Betancourth
[165] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 18 de mayo de 2017, número interno (44286), C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas

del contrato ha tenido periodos de oscilación entre una posición amplia, que respaldada en el tenor literal de la disposición, entiende que el incumplimiento hace parte de las causales de ruptura de la ecuación contractual, y una restringida, que diferencia los conceptos dado su fuente normativa, los fines que persigue y los efectos e indemnización que genera[166]. Otra postura al interior del máximo órgano de lo contencioso administrativo, es la relativa a la diferenciación conceptual de ambas figuras[167].

En materia de contratación pública la compensación del menoscabo sufrido por el contratista debe efectuarse hasta un punto de no pérdida, tratándose del incumplimiento contractual el contratista que sufre el incumplimiento puede solicitar el reconocimiento de los perjuicios de manera integral, es decir, aquellos que representan una disminución patrimonial y aparejan la actualización del capital debido (daño emergente), así como los referidos a la privación de ganancias y utilidades (lucro cesante), por no poder seguir ejecutando todo o parte del contrato, lo que igualmente contempla el reconocimiento de intereses[168].

3.3 Oportunidad y forma de salvedades, reclamaciones u objeciones

Otro aspecto de relevancia en lo que se refiere al análisis de viabilidad de las pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico de los contratos estatales se refiere a la oportunidad[169] y la forma de solicitarse el reconocimiento de perjuicios, así como a la carga probatoria para solicitar su resarcimiento. En referencia a la oportunidad para formular las salvedades, reclamaciones u objeciones, la jurisprudencia de la Sección Tercera del

---

[166] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 8 de noviembre de 2016, número interno (47336), C.P. Martha Nubia Velásquez Rico; y CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 28 de octubre de 2024, número interno (62565), C.P. Jorge Enrique Rodríguez Navas

[167] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 20 de mayo de 2024, número interno (58879), C.P. María Adriana Marín; CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 6 de diciembre de 2024, número interno (67464), C.P. José Roberto Sáchica Méndez; y CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2024, número interno (68810), C.P. Alberto Montaña Plata

[168] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 30 de marzo de 2017, número interno (37500), C.P. Ramiro Pazos Guerrero

[169] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2018, número interno (49970), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico

Consejo de Estado[170] había mantenido un criterio bajo el cual, so pena de colegirse la conformidad frente a lo convenido en el documento contractual respectivo, las partes debían expresar al momento la celebración de los documentos contractuales que suscribiesen, tales como actas, suspensiones, adiciones, prórrogas, otrosíes, contratos adicionales, etc., las salvedades o reclamaciones que estimasen pertinentes.

De acuerdo con lo indicado, en la medida que no formulasen salvedades, objeciones o reclamaciones al momento de suscribir dichos documentos contractuales, sería posible colegir su conformidad en relación con el contenido de lo acordado. En contraposición, resultaban extemporáneas las salvedades respecto a la ruptura del equilibrio económico que no se efectuaran para dichos momentos, y en esa medida, se presumía que el equilibrio económico del contrato se había restablecido hasta dicho punto, en virtud del principio de buena fe contractual.

Sin perjuicio de lo anterior, en el año 2023 el Consejo de Estado[171] varió la posición sostenida hasta ese momento, señalando que ante la discrepancia entre la intención real de las partes y la expresión material vertida en las pruebas practicadas durante el proceso, donde el texto no se corresponda con la voluntad de los contratantes, debe privilegiarse la intención y voluntad real de las partes, sobre el texto literal. En este sentido, al juez del contrato le corresponde caso a caso, para estudiar las pretensiones, establecer cuál fue el alcance de lo pactados entre las partes, para determinar si las partes pretendieron o no con el documento respectivo regular asuntos relacionados con los asuntos objeto de la respectiva controversia. Si no se acordó nada o se guardó silencio respecto a futuras reclamaciones, en todo caso se deberá estudiar por parte del juez lo reclamado, a la luz de lo pactado en el contrato y de acuerdo con lo que resulte probado en relación con su ejecución.

En todo caso, se resalta que toda pretensión de carácter indemnizatorio debe comportar una prueba idónea y suficiente de los perjuicios alegados, su cuantía, causa y oportunidad.

---

[170] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 3 de agosto de 2016, número interno (56513), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

[171] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 27 de julio de 2023, número interno (39121), C.P. Guillermo Sánchez Luque

4. Cinco casos paradigmáticos de pretensiones económicas derivadas de contratos de concesión portuaria en la jurisprudencia arbitral nacional

En este capítulo se aborda el análisis de 5 casos paradigmáticos de la jurisprudencia arbitral nacional en los cuales dicha justicia, desde la expedición de la Ley 1 de 1991, se ha ocupado de dirimir controversias de contenido económico derivadas de los contratos de concesión portuaria[172]. Lo anterior, con el fin de establecer las causas por las cuales en vigencia de la Ley 1 de 1991, en las controversias objeto de análisis no se registraron condenas a título de restablecimiento del equilibrio económico de los contratos de concesión portuaria.

Para el efecto, a través de la combinación de los métodos deductivo y de estudio de casos, se analizó y sintetizó cada controversia, partiendo de su objeto, y de las consideraciones tenidas en cuenta por cada tribunal en torno a las características del contrato de concesión portuaria, a partir de los conceptos relacionados con las relaciones económicas derivadas de este tipo de contratos y al equilibrio económico del contrato en dicha tipología contractual. Finalmente, se explora el sentido de la decisión de cada tribunal, estableciendo su relación con las posibilidades de configuración de desequilibrio económico en este tipo de contratos, y se presentan algunas conclusiones de carácter general en relación con los laudos analizados.

---

[172] Para la selección de los laudos analizados, se procedió a efectuar una revisión primaria de más de 200 providencias dictadas por Tribunales Arbitrales, encontrando que en relación con controversias de contenido económico derivadas de contratos de concesión portuaria solo se tuvo conocimiento de los 7 casos expuestos, todos decididos en el marco de Tribunales Arbitrales instalados en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Este análisis se efectuó a partir de un ejercicio reconstructivo y deductivo que partió de contrastar las características particulares de los contratos de concesión portuaria, con los eventos particulares que configuran causales de dicho rompimiento, para posteriormente contrastar dicho estado del arte con respecto al contenido de las 5 decisiones arbitrales analizadas.

4.1 Tribunal arbitral Sociedad Portuaria Regional de Tumaco S.A. vs. Superintendencia General de Puertos

El primero de los laudos arbitrales por analizar corresponde al emitido el día 9 de abril de 2003 en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, con ocasión de la demanda arbitral presentada por el concesionario contra la entonces Superintendencia General de Puertos (entidad concedente para el momento del otorgamiento de la concesión), fundamentada en estimar por parte de la sociedad demandante que, al no recibir los volúmenes de carga que se proyectaron para el otorgamiento de la concesión y que fueron tenidos en cuenta para calcular la contraprestación a pagar, de acuerdo con las condiciones de la concesión pactadas, y no recibir los ingresos proyectados, tenía derecho a la reducción de dicha contraprestación, a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

4.1.1 Objeto de la controversia

El Tribunal arbitral sintetizó lo solicitado por la parte demandante en los siguientes términos: *"…la Sociedad Portuaria Regional de Tumaco S.A., demandante inicial, pretende que se modifique la cláusula undécima del contrato en cuanto a la contraprestación o precio que la sociedad concesionaria se obligó a pagar a la Nación por el uso de las playas, zonas de bajamar y anexidades y por los activos de Puertos de Colombia recibidos en concesión en el puerto de Tumaco, a partir del sexto año, para lo cual argumenta que existe desequilibrio contractual en la medida en que dicha sociedad en el año de 1994 perdió $7.540.730,30 y en 1995 $12.839.765,45, y que solo obtuvo ganancias a partir del*

año 1996, año en el cual las utilidades fueron de $205.044,09, en el 1997 $77.057.734,11, en 1998 $43.312.645 y en 1999 $32.083.406."[173]

Lo pretendido por el concesionario no apuntaba a un reconocimiento dinerario sino a la modificación de la contraprestación pactada, en razón a la falta de obtención de las utilidades estimadas a la hora de celebrar el acuerdo de voluntades. El tribunal remarca que la contraprestación cuyo monto se discutía fue fijada por la entonces concedente con base en las proyecciones de carga aportadas por el concesionario, evaluadas por éste para su presentación y ratificadas con la presentación de su solicitud de concesión.

4.1.2 Consideraciones del tribunal relativas a las características del contrato de concesión portuaria

En relación con las características definitorias del contrato de concesión portuaria, el tribunal abordó el estudio de la tipología contractual resaltando su onerosidad, en tanto que el concesionario debe pagar al Estado una contraprestación en la que se refleja un justiprecio entre los derechos que se conceden al concesionario y el cálculo del costo de oportunidad para el Estado al entregar la ocupación y explotación exclusiva de los bienes de uso público entregados en concesión. En línea con lo indicado, tuvo en consideración que, como parte de las prestaciones que se derivan de la relación de equivalencia entre derechos y obligaciones recíprocas para las partes, y que por tanto hacen parte del equilibrio económico del contrato de concesión portuaria, está el pago de la contraprestación, la cual comporta para su cálculo la consideración de las siguientes circunstancias[174]:

- Los ingresos que produce la prestación de servicios portuarios y los egresos que supone el desarrollo de actividades portuarias.
- Las inversiones realizadas para prestar los servicios portuarios para los cuales solicitó la concesión portuaria en términos de eficiencia y prestación continua.
- El desarrollo de actividades portuarias es un asunto de interés general que prevalece sobre los intereses particulares.

---

[173] CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, laudo de 9 de abril de 2003. Sociedad Portuaria Regional de Tumaco S.A. vs. Superintendencia General de Puertos, p. 17
[174] Ibid., p. 17

Conforme con lo señalado, la proyección y estimación de los ingresos y egresos, así como la identificación, cuantificación, programación y recuperación de las inversiones a efectuar, son actividades desarrolladas por el solicitante y futuro concesionario, por lo que el tribunal identificó que la contraprestación portuaria, y en general, la debida planeación del contrato se estableció con base en la información y cálculos que por éste se aportaron.

4.1.3 Consideraciones del tribunal en relación con el equilibrio económico del contrato

En lo que respecta al equilibrio económico del contrato de concesión portuaria el tribunal rechazó de plano la pretensión de modificación de la contraprestación contractualmente establecida, a título de restablecimiento, al no encontrar verificada la ocurrencia de circunstancias que hubiesen alterado la relación recíproca de equivalencia entre derechos y obligaciones surgida al momento de contratar, bien fuese por hechos ajenos a las partes, o por causas imputables a estas[175].

En relación con la posibilidad de revisión del precio del contrato precisó el tribunal que para la procedencia de dicha figura debe verificarse la existencia de un hecho que se enmarque en la teoría de la imprevisión. Sobre este particular, indicó que no existe una relación directa y necesaria entre (i) un eventual impacto negativo que se genere en la economía del contratista por unos menores ingresos reales con respecto a los proyectados por éste para el otorgamiento de concesión, (ii) y la posibilidad de revisión de la ecuación económica del contrato. Solo ante eventos surgidos con posterioridad a la celebración del contrato, que no se enmarquen en los riesgos que las partes previeron o debieron prever al momento de contratar, y que afecten sustancialmente la equivalencia de derechos y obligaciones pactadas hay lugar a revisar dicha ecuación y verificar la posible configuración de desequilibrio económico del contrato.

Para el tribunal fue claro que los riesgos que se asumieron por el concesionario con ocasión de su solicitud de otorgamiento de la concesión portuaria fueron los riesgos

[175] Ibid., p. 18

normales asociados a su ejecución, en tanto que previstos o que debieron preverse al momento de su celebración. En esa medida, no existiendo acreditadas circunstancias sobrevinientes que se enmarcaran en modificaciones unilaterales de la Administración en cuanto a las condiciones del negocio jurídico celebrado, ni en el denominado hecho del príncipe, ni tampoco en el incumplimiento de alguna de las obligaciones pactadas, ni habiendo acaecido fenómenos sobrevinientes a dicha celebración, como razones de orden público o hechos de fuerza mayor, no resultaba procedente dar aplicación al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pues no fue quebrantado[176].

Finalmente, estimó que no basta con que se presente un impacto económico negativo en la economía del concesionario, representado en menores ingresos a los proyectados, para que dicho impacto tenga incidencia directa en el equilibrio económico del contrato. Se requiere que se presente una situación que supere los aleas normales del contrato, los cuales, conforme la asignación de riesgos pactada, están en cabeza del concesionario, para posteriormente determinar la configuración de alguna causal de desequilibrio económico. Si las utilidades esperadas no han cumplido con la expectativa del concesionario respecto de los volúmenes de carga que se previó movilizar, no se está ante un alea antijurídico o contrario a derecho, y, por tanto, no existe cabida a la aplicación del restablecimiento del equilibrio económico del contrato[177].

4.1.4 La decisión del tribunal

El tribunal arbitral ratificó en el laudo la existencia de la equivalencia de la ecuación económica del contrato de concesión portuaria, fijada con base en la información presentada por el solicitante para el otorgamiento de la concesión, a partir de la evaluación de mercado, y de viabilidad y factibilidad del proyecto, que lo llevó a presentar su solicitud de concesión, y en dicho sentido, de la valoración de las circunstancias ventajosas o desventajosas del negocio propuesto. Siendo conocidas todas las circunstancias de mercado alegadas o que debieron haber sido conocidas por el concesionario, no resultaba procedente invocar la alteración del equilibrio económico del contrato[178].

---

[176] Ibid., p. 18
[177] Ibid., p. 22
[178] Ibid., p. 12

Concluyó que no se presentaron durante la ejecución del contrato de concesión portuaria circunstancias que no hicieran parte de los aleas asumidos por el concesionario al momento de la celebración del acuerdo de voluntades, y, por ende, de la asignación de riesgos a asumir por parte de ésta. Por esta razón, no es dable pretender un reconocimiento económico o, en palabras de la demandante, de acuerdo con sus pretensiones, "una rebaja del precio", cuando las situaciones que se expusieron como desventajosas fueron completamente previsibles[179].

Así las cosas, no fueron de recibo las pretensiones del concesionario de revisión y reajuste de la contraprestación, por no compartir los criterios que se establecieron por parte del Gobierno Nacional en la fórmula utilizada de manera general su cálculo, dado que el concesionario en su calidad de solicitante de la concesión, fue quien aportó la información de proyecciones de carga necesaria para el cálculo de la contraprestación, y quien conoció y debió conocer como experto en el negocio portuario, las circunstancias particulares de mercado y prestación del servicio portuario.

4.2 Tribunal arbitral Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. vs. Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena – Cormagdalena

El segundo de los laudos arbitrales objeto de análisis corresponde al dictado en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá el día 13 de septiembre de 2007, en atención a la demanda arbitral presentada por el concesionario contra la entidad concedente, en razón a que aquella tuvo que asumir las tareas de dragado del canal navegable por el cual se accede a la zona portuaria fluvial donde su ubica el terminal concesionado, labores respecto de las cuales contractual y legalmente se encontraba obligada la concedente, la cual a pesar de lo solicitado por la demandante, no efectuó las tareas de dragado necesarias para mantener la navegabilidad.

[179] Ibid., p. 18

4.2.1 Objeto de la controversia

La sociedad concesionaria pretendió con la demanda arbitral presentada el resarcimiento de los perjuicios causados por la falta de ejecución de obras de dragado en el canal de acceso al puerto de Barranquilla[180], lo cual devino en la asunción por parte de aquella de dicha tarea, y por ende, de los costos en que tuvo que incurrir para el efecto, los cuales no fueron previstos por la demandante al momento de contratar.

El tribunal indicó en relación con la obligación de dragado, en el sentido de ratificar que canal navegable del Río Magdalena en el Puerto de Barranquilla y sus obras complementarias seguirán siendo construidas, conservadas y mantenidas con recursos del Gobierno Nacional, por lo que estipuló que, en la medida que se afecte el calado operacional del puerto, las partes acuerdan disminuir la contraprestación, de tal manera que se mantenga el equilibrio económico y la rentabilidad del negocio[181].

Las pretensiones de la demandante estuvieron referidas además de la disminución de la contraprestación a pagar por el concesionario, a los costos directos en que tuvo que incurrir para conjurar la situación de pérdida de profundidad del canal navegable procediendo con su dragado, y el reconocimiento de costos indirectos, a título de supuestas utilidades dejadas de percibir en razón a la pérdida de navegabilidad del canal, así como los costos financieros e intereses de mora de dichos valores, y las costas del proceso arbitral.[182]

A su turno, frente a la respuesta a la demanda, indicó el tribunal que la entidad demandada se limitó a señalar que la accionante no solicitó previamente su aquiescencia para acometer las tareas de dragado sobre las cuales sustentó su reclamación. La demandada rechazó las pretensiones de la demandante bajo el entendido de que esta actuó bajo su exclusiva responsabilidad y arbitrio, por lo cual, en su sentir, carecía de legitimación para reclamar el reembolso de los costos en que incurrió para la campaña de dragado

---

[180] CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, Laudo arbitral de 13 de septiembre de 2007. Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. vs. Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena – Cormagdalena, p. 18
[181] Ibid., p. 20
[182] Ibid., p. 36

adelantada, así como para reclamar la indemnización de los supuestos perjuicios que en su concepto le fueron causados con el actuar omisivo de la accionada.

4.2.2 Consideraciones del tribunal relativas a las características del contrato de concesión portuaria

En relación con la ejecución del contrato de concesión portuaria, resaltó el tribunal que se afincaron en el incumplimiento contractual y legal de parte de la entidad concedente de proceder con el dragado periódico del canal navegable por el cual se accede al puerto objeto de concesión. Adicionalmente, resaltó que la demandada no negó su fata de cumplimiento de la obligación de efectuar el dragado indicado, ni que la sociedad convocante hubiese optado, en las ocasiones y forma por esta indicadas por esta, por encargarse de la gestión de dichas tareas; únicamente se limitó a poner en duda la necesidad del dragado en los momentos en que fue gestionado por el concesionario, y a llamar la atención en la falta de interventoría de dicha tarea y la ausencia de estudios técnicos previos que dieran cuenta del calado operacional de manera previa al desarrollo de la campaña de dragado.

Remarcó que, de acuerdo con los hechos presentados con la demanda, el concesionario en varias ocasiones procedió con las tareas de dragado, asumiendo los costos derivados del desarrollo de dichas tareas, ya fuese contratando los servicios de una draga ubicada fuera del país, o adquiriendo una draga para el efecto. En razón a lo indicado, encontró necesario determinar si el comportamiento desplegado por parte de la demandante, asumido en el marco de la ejecución del contrato y con el objeto de conjurar la situación dañosa derivada de falta de calado operacional, precisamente por la falta de dragado por parte de la concedente, podía considerarse como un acto únicamente sometido al arbitrio de la accionante y por ende ajeno a la relación contractual, o si por el contrario, correspondió a una conducta enmarcada en los deberes de buena fe y cuidado que deben observarse en toda relación contractual.

Por otro lado, en relación con el contenido obligacional de la disposición contractual que consagra el régimen especial de responsabilidad contractual por pérdida de calado operacional en el canal navegable para acceder al puerto concesionado, y su incidencia en el equilibrio económico del contrato de concesión portuaria objeto de análisis, el tribunal

resaltó que las partes convinieron establecer anticipadamente la consecuencia específica que dicha circunstancia tendría, es decir, establecieron un régimen de responsabilidad en el que se debía demostrar un supuesto de hecho específico para que operase el efecto especial y determinado. En esa línea, los posibles perjuicios que se hubiesen causado que no se enmarcaran en el supuesto indicado, no resultaban susceptibles de ser resarcidos a través de la específica forma en que las partes convinieron: la reducción de la contraprestación.

4.2.3 Consideraciones del tribunal en relación con el equilibrio económico del contrato

El tribunal encontró pertinente delimitar conceptualmente los regímenes de responsabilidad aplicables en el contrato de concesión portuaria objeto de análisis, estableciendo sus características y aplicabilidad, en los siguientes términos:

> Esta distinción entre uno y otro esquema de responsabilidad no es, como parecería en principio, una distinción meramente teórica. En el presente caso ella tiene, por el contrario, una notable importancia y unos alcances muy significativos, que adelante se verán, y que se derivan de que, como se dijo atrás, los hechos de la demanda hacen referencia tanto a una como a otra de dichas hipótesis de daño, y por ende involucran tanto la responsabilidad contractual de carácter general definida por la ley y gobernada por las reglas generales de la responsabilidad contractual, como la de carácter especial establecida en la cláusula 11.2.1 del contrato.
>
> En cuanto a la primera de las mencionadas hipótesis de daños, ella se hace consistir, según se vio, en aquellos eventos de incumplimiento de la obligación de dragar, que no dieron lugar a un menoscabo del calado operacional del puerto, debido a que la sociedad convocante decidió acometer directamente y por su propia cuenta la realización de las labores de dragado.
>
> La segunda, por su parte, comprende los casos de incumplimiento de esa misma obligación en los que sí se afectó el calado operacional del puerto, al punto que la respectiva Capitanía tuvo que restringir la autorización para el ingreso de buques de cierto calado o se vio forzada a cerrar el puerto temporalmente.[183]

Continuó el tribunal su análisis, abordando las particularidades y los efectos de la responsabilidad especial consagrada contractualmente y su procedencia, anotando que para que resultase viable su aplicación, resultaba un requisito sine qua non el que el daño a resarcir correspondiese al deterioro del calado operacional del puerto. Así mismo, que

[183] Ibid., p. 38

debería acreditarse el nexo causal entre la circunstancia dañosa y el incumplimiento contractual alegado.

Consecuentemente, el tribunal se ocupó de revisar el comportamiento de la demandante, consistente en asumir por su cuenta la realización de dichas obras de dragado. Sobre el particular, encontró que si bien no existía en el clausulado contractual ninguna disposición que lo habilitase, dicho actuar fue legítimo en el contexto propio del negocio jurídico celebrado. Aunado a lo anterior indicó que la conducta desplegada resultaba encomiable y propia de un contratista que practica la buena fe contractual, en tanto que dicho actuar tenía objetivo dar continuidad a la ejecución del contrato y evitar la materialización de perjuicios mayores que se habrían presentado en su contra si se hubiese limitado a esperar que se diese cumplimiento por parte de la demandada, y con ello se hubiese generado, al menos de manera temporal, la imposibilidad de operar el puerto concesionado[184].

Este tipo de actuaciones, en la que el acreedor a quien su cocontratante ha incumplido una obligación contractual busca con inmediatez y diligencia reducir o contener hasta donde sea posible el perjuicio que ha sufrido que ha sido denominado en distintos ordenamientos jurídicos como la obligación de mitigar el propio daño, constituye una aplicación concreta del principio de buena fe que debe orientar las relaciones contractuales. Frente a los orígenes de este principio y deber contractual de conducta de mitigar en su propia economía los efectos de los daños que pueda causar el incumplimiento del cocontratante como sustento para reclamar los perjuicios causados con ocasión de las medidas adoptadas, el tribunal arbitral indicó:

> Este principio tiene su origen en el derecho anglosajón, donde se conoce con el nombre de "**duty to mitigate damages**". En efecto, desde mediados del siglo XIX la jurisprudencia inglesa impuso en cabeza de la parte contratante que fuera víctima de una inejecución, la obligación de adoptar, de manera rápida y razonable, todas aquellas medidas conducentes a moderar, disminuir o limitar los perjuicios derivados de dicha inejecución.
>
> En ese orden de ideas, entendieron las cortes inglesas que los gastos y expensas que se le ocasionan a la parte cumplida que sale a pagar una obligación incumplida, deben serle íntegramente reembolsados por la parte que ha dejado de observar sus obligaciones contractuales. Estos planteamientos llevaron a que la doctrina considerara que el comportamiento diligente de la víctima para reducir sus propios perjuicios es lo que la legitima

[184] Ibid., p. 45

> jurídica y moralmente para obtener la reparación de los mismos, de manera que la labor del juez debe circunscribirse a analizar con detenimiento las gestiones adelantadas en tal sentido por el perjudicado.[185]

Finalmente remarcó en relación con la aplicación de la teoría de la mitigación del daño propio, la importancia de la oportunidad y la efectividad de las medidas emprendidas por el cocontratante que resulta perjudicado con el incumplimiento, así como la obligación de adoptar todas las medidas que estén bajo su resorte para la contención del daño. En este sentido, anotó que quien sufre el daño causado por el incumplimiento no puede pretender compensación por la otra parte, si no adoptó todas las medidas que razonablemente eran de su resorte para la mitigación de la extensión del daño, pues en este caso dicho actuar omisivo sería precisamente el que permitiría que el daño se consolidase y extendiese.

4.2.4 La decisión del tribunal

El tribunal consideró que se había presentado un incumplimiento contractual de parte de la entidad accionada en tanto que no ejecutó su obligación de emprender labores dragado en el canal navegable. También estimó demostrado que en razón a dicho incumplimiento la sociedad demandante optó por asumir la realización de dichas tareas, de conformidad con los costos y oportunidades indicadas en la demanda, los cuales no fueron discutidos por la entidad demandada. En ese orden de ideas, estimó acreditado el nexo causal entre el referido incumplimiento y las labores de dragado adelantadas por la demandante.

Respecto a los perjuicios alegados a título de mitigación del daño propio por incumplimiento de la otra parte contractual, debe probarse su causalidad con respecto a la obligación incumplida por la otra parte del contrato, pues para resultar indemnizables, a la luz de las reglas de la responsabilidad contractual, resulta imperioso probar el vínculo causal directo entre los perjuicios alegados y la obligación incumplida que generó las actuaciones del cocontratante para contener los riesgos y efectos negativos derivados del incumplimiento. Lo anterior en tanto que no resulta posible condenar el reconocimiento de perjuicios a quien no ha sido el causante del daño al acreedor[186]. Aunado a lo anterior, consideró que la demandante pasó por alto que, de acuerdo con las reglas contractuales,

---

[185] Ibid., p. 47
[186] Ibid., p. 50

la disminución del calado operacional del puerto debía encauzarse en la disminución de la contraprestación como elemento intracontractual de preservación del equilibrio económico del contrato y la rentabilidad del negocio.

Así las cosas, estimó que no resultaba reprochable la conducta desplegada por el concesionaria, ni tampoco resultaba plausible indicar, como lo hizo la demandada, que dicho proceder desbordaba el marco establecido en el contrato de concesión, pues correspondió un comportamiento ajustado a los deberes de conducta propios de los cocontratantes y a los postulados de buena fe en la ejecución de los contratos. Así mismo, estimó que la actuación por parte de la demandante tuvo como eje propender por posibilitar la continuidad de la prestación de los servicios públicos portuarios en el puerto concesionado.

Conforme con las consideraciones presentadas previamente en relación con los dos regímenes de responsabilidad, y el requisito establecido para la revisión de la contraprestación pactada bajo el régimen especial de responsabilidad previsto en el contrato, el tribunal estimó que la demandante no probó que el calado operacional del puerto se haya visto afectado por la falta de dragado, ni el impacto supuestamente sufrido en la rentabilidad del negocio, el nivel de afectación sufrido a causa de ese incumplimiento, ni su incidencia en el equilibrio económico del contrato, esto es, si la contraprestación habría de disminuir y en qué proporción.

De acuerdo con lo expuesto el tribunal resolvió: (i) declarar que la demandante sufrió unos perjuicios consistentes en la asunción de dichos trabajos de dragado, y en este sentido (ii) condenar a la accionada, a título de indemnización de perjuicios, a reconocer las sumas comprometidas en estas tareas, esto es los costos directos, así como su actualización e intereses. A su turno, frente a las pretensiones relacionadas con los perjuicios indirectos alegados, las supuestas utilidades y costos de oportunidad dejados de percibir y aprovechar, así como con los intereses moratorios y la disminución de la contraprestación, las mismas fueron denegadas, teniendo en cuenta que dichos perjuicios fueron reclamados a través del cauce contractual incorrecto, y en todo caso no fueron probados de manera idónea y suficiente.

4.3 Tribunal arbitral Cementeras Asociadas S.A. – CEMAS vs. Instituto Nacional de Concesiones – INCO

El tercero de los laudos arbitrales analizado corresponde al dictado en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá el día 18 de septiembre de 2013, en atención a la demanda arbitral presentada por la sociedad concesionaria contra la entidad concedente, por considerar que una cláusula incorporada en los acuerdos contractuales para el momento en que se efectuaron las labores de remoción de la denominada "Draga Calima", mediante la cual se indicó que esa sociedad removería dicha nave naufragada a su cuenta y riesgo, y sin derecho a ningún tipo de reconocimiento a su favor por tal circunstancia**,** adoleció de ineficacia.

4.3.1 Objeto de la controversia

La sociedad demandante solicitó que se reconocieran por parte de la entidad concedente los valores comprometidos por ésta en la remoción de la draga, así como los perjuicios que estimó se produjeron en su contra con ocasión de dicha tarea de rescate. Lo anterior, en razón a que consideró que los acuerdos contractuales mediante los cuales las partes convinieron que el concesionario procediese con tal tarea, sin que por ello tuviese la posibilidad de reclamar indemnización alguna, no fueron voluntariamente convenidos sino impuestos por la entidad concedente, y por ende ineficaces a la luz del ordenamiento jurídico vigente.

La entidad demandada dio respuesta a la demanda indicando que la obligación de remoción se encontraba en cabeza del concesionario, pues desde 1992 se aprobó la concesión, sin perjuicio de que el contrato de concesión portuaria finalmente se suscribió en el año 1999. Además, puntualizó que, con posterioridad a la suscripción del contrato, se suspendió de común acuerdo su ejecución, precisamente en razón a la imposibilidad de desarrollar el objeto contractual debido al artefacto hundido en la zona marítima de maniobras, para que el concesionario presentara un plan de trabajo tendiente a superar dicha dificultad a su costo y riesgo, lo que en su sentir desestimaba cualquier asomo de imposición frente a la inviabilidad de reclamaciones e indemnizaciones por parte de aquel.

4.3.2 Consideraciones del tribunal relativas a las características del contrato de concesión portuaria

Para establecer el marco jurídico adecuado para el análisis de las pretensiones del concesionario, el tribunal estimó necesario definir desde el punto de vista conceptual la controversia, a efecto de determinar si (i) se debía abordar bajo la óptica del incumplimiento contractual por parte de la entidad concedente, o (ii) si debía analizarse bajo la óptica del desequilibrio económico del contrato, por tratarse de una circunstancia ajena a esta.

En relación con el conocimiento de la draga hundida por parte de la entidad concedente, el tribunal dejó en claro en la reconstrucción de los hechos, que con base en lo que se tuvo probado en el expediente en cuanto con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentó la circunstancia de dicho naufragio, el hundimiento se presentó en el año 1994, y que en 1995 la autoridad marítima emitió sendos actos administrativos declarando en primera y segunda instancia la responsabilidad de dicho siniestro a la firma titular de la nave. También remarcó que solo hasta 2002 se reconoció en el contrato la existencia de la circunstancia de la draga hundida en la zona de uso público marítima requerida para el acceso al terminal concesionado, de acuerdo con el acto que decretó la suspensión del contrato de concesión portuaria[187].

Así mismo, consideró indispensable precisar si para efecto de la controversia contractual a dirimir, el concesionario debía asumir las consecuencias derivadas del hecho de que la draga naufragada *estuviese* hundida en la zona de acceso al terminal concesionado. Es así como, en relación con el alcance de las obligaciones derivadas del contrato de concesión portuaria, y específicamente con aquella relativa a dragar la zona de atraque del terminal portuario concesionado, para el tribunal arbitral fue claro que si bien el concesionario se obligó a realizar la profundización de dicha zona y su dragado de mantenimiento, dicha obligación no implicaba que debiera asumir la responsabilidad de la circunstancia del naufragio de la Draga Calima, acaecida de manera previa a la suscripción del contrato y no conocida por las partes al momento de su celebración y que constituía

[187] CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, Laudo arbitral de 18 de septiembre de 2013. Cementeras Asociadas S.A. – CEMAS vs. Instituto Nacional de Concesiones – INCO, p. 37.

un vicio oculto[188]. Por ende, tampoco comportaba que le resultase mandatorio a la accionante su remoción.

A partir del contenido obligacional del contrato y su régimen de riesgos previsibles, el tribunal estimó que el hecho del hundimiento de la draga no se enmarcaba en las situaciones previsibles enmarcadas en los riesgos que debía asumir el concesionario, ni tampoco en un incumplimiento contractual de parte de la entidad concedente al momento de entregar el bien de uso público concesionado.

4.3.3 Consideraciones del tribunal en relación con el equilibrio económico del contrato

En lo que se refiere al alcance de la asignación de los riesgos contractuales, estimó el tribunal que para verificar el alcance de la previsión contractual bajo la cual el concesionario actuaba por su cuenta y riesgo durante la ejecución del contrato, y para determinar si existía obligación de parte de este en la remoción de la draga, era de relevancia determinar la previsibilidad o imprevisibilidad de dicha situación, para así encauzar jurídicamente la situación de manera correcta. En ese sentido aclaró que si bien en principio el concesionario asumió los riesgos previsibles derivados de la construcción, explotación y conservación de la obra y los bienes destinados a la prestación de los servicios públicos portuarios, ello no desestimaba la aplicación de la teoría del equilibrio económico del contrato en el presente caso en la modalidad de la teoría de la imprevisión[189].

De acuerdo con lo expuesto, no resultó de recibo la afirmación de la entidad demandada presentada en la contestación a la demanda, en cuanto a que desde la expedición de los actos administrativos de aprobación y otorgamiento de la concesión, ya se estipulaba para el solicitante de la concesión y posterior concesionario la obligación de dragar, y, por ende, de remover todo material situado en el lecho marino del área concesionada para lograr la profundidad necesaria para operar el terminal portuario concesionado en condiciones seguras y competitivas.

---

[188] Ibid., p. 46
[189] Ibid., p. 44

Es cierto que el acto administrativo de otorgamiento de la concesión portuaria corresponde a un acto definitivo que resuelve de fondo la solicitud de concesión, por encontrar acreditado de manera suficiente los requisitos establecidos para el efecto, del cual surgen diversos efectos jurídicos para el solicitante y la entidad concedente, tendientes a la suscripción del contrato y al inicio de su ejecución; pero remarcó que de ello no pueden deducirse los efectos propios de la suscripción del contrato y su ejecución[190].

En este orden de ideas, a partir del contenido de las resoluciones de aprobación y otorgamiento de la concesión, estimó que con estas no se le impusieron al concesionario obligaciones de custodia o conservación de las zonas de uso público que se entregarían en concesión, por la potísima razón de que dichas actividades serían exigibles una vez a la concesión iniciase, y con ello se entendiesen entregados para su uso y explotación temporal y exclusiva los bienes de uso público objeto de concesión.

En cuanto a la posibilidad de incumplimiento contractual por parte de la entidad concedente en relación con la obligación de entrega sin vicios ni condicionamientos de la zona de uso público otorgada en concesión, el tribunal indicó que dentro del ordenamiento jurídico colombiano el hecho de que se presenten defectos ocultos en la cosa entregada descubiertos con posterioridad al cumplimiento de la obligación no se considera como un incumplimiento contractual que de suyo genere reconocimiento de perjuicios a título indemnizatorio a favor de quien recibe la cosa. Lo anterior bajo el entendido de que si el deudor hubiese conocido el vicio oculto debería haberse abstenido de entregar la cosa, y solo ante la falta de dicha abstención es que resulta pertinente la indemnización.

De acuerdo con lo anterior, indicó en relación con las circunstancias que se descubran con posterioridad a la celebración del contrato de concesión que generen gestiones y costos adicionales para posibilitar mantener la ejecución del contrato que (i) si lo que se pretende endilgar es un incumplimiento contractual de la entidad en la entrega, debe mediar culpa de esta, esto es un error de conducta, referido en el caso específico en haber tenido

[190] Ibid., p. 51

conocimiento para la celebración del contrato o haber debido tenerlo, de la circunstancia del vicio oculto; mientras que si lo que se reclama es el reconocimiento de mayores costos incurridos para proceder con la ejecución del contrato, porque la circunstancia no era conocida por las partes o que debió haberse conocido al momento de contratar, es bajo las reglas del equilibrio económico del contrato que debe gestionarse dicha situación[191].

Señaló que si bien la obligación de entregar es una obligación de resultado, en tanto que si no se entrega la cosa debida se está ante un incumplimiento contractual, el tema de garantizar que la cosa entregada no presente defectos ocultos al momento de la entrega que fuesen conocidos o debiesen haber sido conocidos por quien entrega es considerado una obligación de medio.

4.3.4 La decisión del tribunal

La línea argumentativa asumida para decidir el caso se centró en considerar que el descubrimiento del defecto oculto con posterioridad a la ejecución del contrato y que impedía su ejecución, no fue conocido ni debía conocerse por parte de la entidad concedente, por lo que no podía considerarse como un incumplimiento contractual, ni predicarse de ello el derecho a favor del contratista a ser indemnizado, en la medida que no medió culpa de la entidad concedente en dicho evento. Esto sin perjuicio de los mecanismos que el ordenamiento jurídico prevé para el mantenimiento de la conmutatividad del contrato[192].

El tribunal remarcó que el hecho de que el hundimiento de la draga en la zona de uso público marítima otorgada en concesión portuaria hubiese sido en su momento documentado, investigado y sancionado por la Capitanía de Puerto de Buenaventura y la Dirección General Marítima en su condición de autoridad marítima, no implicaba que la entonces concedente, por hacer también parte de la Nación también lo hubiese conocido, pues desde el punto de vista de la contratación estatal corresponden a dos entes jurídicos distintos. En línea con lo anterior y conforme con la revisión del material probatorio recaudado en la etapa pertinente del trámite arbitral, el tribunal estimó que no se probó

---

[191] Ibid.
[192] Ibid.

que la entidad concedente conociese del referido naufragio al momento de contratar, y en ese sentido, no resultaba acertado darle a la situación un tratamiento de incumplimiento contractual.

Es así como, habiendo acaecido el naufragio de la draga como un evento fortuito y ajeno a las partes del contrato de concesión portuaria, y habiendo sido factible para éstas la terminación del contrato o desplegar las gestiones necesarias para superar el hecho que condujo a la suspensión del contrato, no aparecía como abusivo que se hubiese optado por parte de la sociedad demandante por asumir a su costo las gestiones para remover el obstáculo que físicamente impedía la ejecución del contrato, ni la concedente hubiese solicitado la renuncia de este a cualquier reclamación indemnizatoria, como tampoco esta última circunstancia tuviese la virtualidad de desnaturalizar la causa del negocio jurídico celebrado, o generar la eventual ineficacia de la previsión pactada.

Teniendo que la renuncia a posteriores reclamaciones se presentó en el marco de las negociaciones libremente efectuadas por las partes del contrato para permitir la correcta marcha del contrato de concesión portuaria y superar la circunstancia del hundimiento de la draga en la zona de maniobras del terminal portuario concesionado, no se entendió por el tribunal como impuesta, sino razonablemente insertada por las partes en razón a un hecho ajeno a éstas, que impedía al concesionario ejecutar con normalidad las obligaciones derivadas de la concesión portuaria otorgada[193].

En este orden de ideas, despachó desfavorablemente las pretensiones indemnizatorias del concesionario, remarcando que, precisamente en atención a que las partes durante años tuvieron un mutuo entendimiento en relación con el naufragio, y así lo dejaron explícito incluso desde el momento mismo de la celebración del contrato de concesión portuaria, cuando le atribuyeron a la situación el alcance de un evento ajeno a su voluntad, que en ningún caso daría lugar a indemnización a favor del concesionario, no resultaba procedente reconocimiento alguno en favor de la demandante.

---

[193] Ibid.

4.4 Tribunal arbitral Sociedad Portuaria Palermo S.A. vs. Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena – Cormagdalena

La cuarta providencia objeto de análisis corresponde al laudo arbitral emitido el 22 de junio de 2015 en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá con ocasión de la demanda presentada por el concesionario contra la entidad concedente del contrato de concesión portuaria fluvial del cual es titular, en razón a que ésta, a través de dos actos administrativos y de manera unilateral, resolvió reajustar la contraprestación pactada.

4.4.1 Objeto de la controversia

El objeto de la demanda consistió en la solicitud de parte del concesionario de anular el acto administrativo contractual emitido por parte de la entidad concedente, el cual soportado en la mayor movilización de carga frente al volumen estimado para el cálculo de la contraprestación pactada, ordenó el reajuste de la contraprestación pactada. Por lo anterior estima el tribunal que el eje central de la controversia se centra en determinar la legalidad del acto, y la existencia de facultad legal o contractual para disponer de manera unilateral el aumento de la contraprestación pactada.

4.4.2 Consideraciones del tribunal relativas a las características del contrato de concesión portuaria

Para el análisis de la controversia, el tribunal inicialmente abordó el estudio de los elementos que consideró de la esencia del contrato de concesión portuaria. Respecto a dichos elementos, indicó que existe una relación de interdependencia entre el derecho de explotación temporal y exclusiva de los bienes concesionados, con miras a la prestación del servicio público portuario, la contraprestación que se debe pagar por el concesionario en razón a dicho derecho, y el plazo contractual durante el cual se otorga la concesión[194].

Teniendo claro el carácter de la contraprestación como elemento esencial del contrato de concesión portuaria, remarcó su relación directa con respecto a la explotación de la

[194] Ibid., p. 80

concesión y la equivalencia obligacional surgida para cada uno de los contratantes, llamó la atención en cuanto a que (i) siendo el resultado de lo convenido entre las partes, constituye ley para estas, y que (i) de ella se derivan para las partes recíprocas consecuencias. También anotó que (iii) no es absoluta ni inmodificable pues corresponde a la contrapartida de la remuneración del concesionario.

En torno a la asunción de riesgos propia del contrato de concesión portuaria y la correspondencia que debe existir entre las prestaciones económicas que se derivan para cada cocontratante, expresó que debe existir una proporcionalidad entre el cálculo de los ingresos que percibe el concesionario y aquellos que percibe la entidad concedente como beneficio por el otorgamiento de la concesión, pues precisamente a partir de dicho cálculo efectuado al momento de contratar o modificar las condiciones de la concesión, se refleja tanto la adecuada remuneración del concesionario como el beneficio económico para el Estado por la entrega para explotación exclusiva de un bien escaso. Esto con base en la razonabilidad de la modelación financiera presentada y su congruencia con la información técnica del puerto a desarrollar, en consistencia con los riesgos asumidos con la obtención de la concesión [195].

4.4.3 Consideraciones del tribunal en relación con el equilibrio económico del contrato

El tribunal tuvo como punto nodal en su análisis el artículo 17 de la Ley 1 de 1991, que regula la posibilidad de modificación de, entre otras, las condiciones económicas en que los contratos de concesión portuaria se otorgan, estableciendo que solo se concederá autorización para el efecto, si con ello no se infiere un perjuicio grave e injustificado a terceros y si lo solicitado, además, no desvirtúa los principios de publicidad y competencia en que se inspira en el Estatuto Portuario. Respecto a esto dos puntos indicó el tribunal: *"Los dos requisitos señalados en el artículo 17 de la Ley 1ª de 1991 deben analizarse conjuntamente al momento de la interpretación contrato, por cuanto la formación del consentimiento de las partes debe ser coincidente por lo menos respecto de los aspectos*

[195] Ibid., p. 85

esenciales del contrato, porque los que son de la naturaleza la ley dispone que 'se entienden pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial'"[196].

Ahora bien, para determinar la procedencia de la modificación de la contraprestación efectuada de manera unilateral por parte de la accionada, el tribunal encontró necesario analizar los principios y criterios adecuados para la correcta interpretación de los contratos estatales. Es así como consideró, conforme con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, que para la interpretación de las disposiciones contenidas en el contrato de concesión portuaria, deben tenerse en consideración principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales, a saber: (i) el principio de la autonomía de la voluntad; (ii) el principio de la prevalencia del interés público; (iii) el principio de la reciprocidad de las prestaciones y (iv) el principio de la buena fe. Así mismo, estimó que deben considerarse los criterios de interpretación de este tipo de contratos, que corresponden a *"(i) obrar en consonancia con los fines previstos para la actividad contractual conforme lo ordena el artículo 3 del estatuto de contratación estatal; (ii) tener presentes los principios de que trata la Ley 80, incluida la buena fe; (iii) mantener la igualdad prevista durante la vigencia del contrato; (iv) preservar la equivalencia de derechos y obligaciones y (v) reconocer el carácter conmutativo del contrato estatal"*[197].

Como se observa, para verificar el alcance de las obligaciones derivadas del contrato de concesión portuaria se debe tener en cuenta la voluntad e intención de las partes al contratar, y la obligación de mantener la equivalencia entre los derechos y obligaciones recíprocas para estas. Respecto a este punto estimó que los fines económicos perseguidos por las partes al momento de contratar, para el caso de los contratos de concesión portuaria, al momento de presentar su propuesta y solicitud de concesión, y para los posteriores aprobación y otorgamiento de la concesión, constituye un criterio orientador para establecer la voluntad de las partes plasmada en el alcance obligacional de la relación contractual.

---

[196] Ibid., p. 79
[197] Ibid., p. 97

También consideró que las características del contrato de concesión portuaria, en tanto conmutativo y oneroso, deben tenerse en cuenta a la hora de determinar el alcance del contenido obligacional derivado de la celebración del contrato. En relación con la conmutatividad remarcó que se trata de la utilidad recíproca de los contratantes, en tanto que cada una se obliga a dar o hacer, prestaciones que se miran como equivalentes con respecto a la obligaciones de su cocontratante, gravándose cada uno en beneficio del otro, en los términos del artículo 1497 del Código Civil. Respecto a la onerosidad señaló que en el contrato de concesión portuaria se materializa en dos aspectos: por un lado, el derecho a ocupar y explorar de manera temporal y exclusiva los bienes concesionados, y de otro, la contraprestación que debe pagar el concesionario en razón a dicho derecho.

En relación con el concepto de asunción de riesgos en el contrato de concesión portuaria y los principios que lo gobiernan, indicó que el mismo se materializa en el hecho de que el concesionario está obligado a pagar la contraprestación convenida, sin importar el resultado de utilidad o pérdida en la prestación de servicios portuarios, pues esta se causa de manera independiente a los resultados que presente el negocio concesionado[198].

El tribunal prosiguió abordando el análisis de la validez de lo pactado en el Otrosí No. 3 de 2008, a través del cual se modificó el contrato, advirtiendo que con la extensión de la concesión por 10 años adicionales al plazo inicial pactado de 20 años, la incorporación de áreas objeto de concesión, la variación de la vocación del puerto concesionado para **convertirse** en un puerto multipropósito, la variación de los volúmenes de carga considerados para la modelación financiera, la eliminación de la posibilidad de reajuste de la contraprestación pactada, entre otros aspectos, se generaron unas nuevas prestaciones recíprocas que tuvieron incidencia directa en la ejecución del contrato, en tanto que regularían en lo sucesivo la relación inter partes y constituirían la nueva ecuación económica.

Además, resaltó la relevancia de la buena fe en la ejecución de los contratos como deber de corrección y lealtad en la conducta de las partes y criterio integrador de los acuerdos

[198] Ibid., p. 93

de voluntades, estimando que a estas les asiste el deber de honrar la confianza depositada por su contraparte en cuanto al acatamiento de las condiciones que rigen la relación contractual. En este sentido remarco que el principio de la buena fe contractual las obliga a ejecutar el contrato no solamente con miras al cumplimiento de sus propios intereses, sino además considerando los de su cocontratante.

4.4.4 La decisión del tribunal

Se estimó probado que cuando las partes concurrieron a la suscripción del otrosí 3 adelantaron un procedimiento análogo al surtido para la obtención de la concesión portuaria, en el cual el concesionario indicó a la entidad concedente su intención de ofertar unas nuevas condiciones de plazo y contraprestación, para que en lo sucesivo rigieran la relación contractual. Así mismo resaltó que en el curso del procedimiento se cumplieron los requisitos de publicidad establecidos por el marco normativo vigente y se expidió el acto administrativo aprobatorio de la modificación solicitada.

En cuanto a las facultades y competencias de la entidad concedente, observó el tribunal que, para el caso de la modificación unilateral de la contraprestación, no se verificó el procedimiento para la modificación consensuada del contrato, ni se verificó la ocurrencia de circunstancias que justificaran dicha actuación. Indicó que si bien en la entidad concedente se radican las facultades de vigilancia y control que permiten la permanente verificación de la adecuada y permanente prestación del servicio, y que en el marco de dicha facultad se pueden programar visitas de inspección y verificación, dichas facultades no suplen el procedimiento normativamente establecido para modificar las condiciones del contrato de concesión portuaria. También señaló que no estando involucrada la garantía de la eficiente y continua prestación del servicio público, no resultaba procedente ejercer la potestad de modificación unilateral del contrato por parte de la entidad concedente.

El contrato de concesión portuaria puede modificarse de común acuerdo, en los casos y por las causas que la ley autoriza para el efecto la normativa vigente, siguiendo los procedimientos establecidos para el efecto, o unilateralmente por razones exclusivas de dar necesidad en la correcta y oportuna prestación de servicios públicos, lo cual no se

verificó en el presente caso[199]. De conformidad con lo previamente indicado, para la emisión de los actos administrativos cuestionados no concurrió la manifestación de la voluntad de las partes como si ocurrió para la suscripción del otrosí No. 3, documento fundacional de la relación contractual vigente al momento de la emisión del laudo. Advirtió que no se observaba aplicada la regla general de la teoría general de los contratos consistente en que quienes intervinieron en la celebración del contrato son los llamados a modificar dicha manifestación de voluntad de manera consensuada, y bajo un marco de condiciones de eficacia, legalidad y de causa real y lícita.

En relación con los elementos fundantes de los contratos de concesión portuaria, el equilibrio económico y las posibilidades de desequilibrio y reajuste de la contraprestación pactada, el tribunal sentó su posición para el caso objeto de estudio, resaltando, entre otros los siguientes puntos: (i) el contrato de concesión portuaria es un contrato estatal, oneroso y conmutativo, (ii) que tiene su causa en la satisfacción del interés general, (iii) el equilibrio económico es un derecho de ambas partes, irrenunciable en virtud del principio de legalidad que rige las actuaciones públicas, (iii) que el derecho al equilibrio económico se predica de ambos cocontratantes[200].

De conformidad con el marco expuesto, el tribunal estimó que habiendo las partes manifestado su voluntad de modificar el contrato, cumpliendo para el efecto una serie de etapas y requisitos, para entre otros aspectos, dejar sin efecto la facultad unilateral de modificar la contraprestación del contrato a través del referido otrosí 3, debía ser la voluntad interpartes plasmada en forma análoga en un documento contractual por mutuo consentimiento, y no simplemente la facultad de vigilancia que se ejerce como parte de la supervisión del contrato, la que habilitase la modificación de un elemento esencial del contrato como la contraprestación; no le estaba dado a la entidad accionada ejercer una facultad con la que no contaba.

---

[199] Ibid., p. 100
[200] Ibid., p. 103 y 104

Por lo anterior, habiéndose determinado que no acaecieron circunstancias que dieran lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato, y por tanto a restablecimiento alguno, y no estando vigente en el contrato de concesión la posibilidad de reajuste de la contraprestación por parte de la entidad concedente, no resultaba viable para esta proceder en ese sentido de manera unilateral, aun cuando se hubiese verificado por parte de la entidad accionada que la utilidad obtenida por parte del concesionario demandante hubiese sido superior a la que se estimó recibir al momento de contratar, con base en los ingresos y costos que incluyó como parte de la estimación presentada en dicho momento. Esto, al no existir una disposición legal ni contractual que estableciese que habría lugar al reajuste de la contraprestación pactada en razón a los resultados del negocio[201].

Teniendo en cuenta que fue desestimada cualquier posibilidad de legalidad en la modificación unilateral de la contraprestación, el tribunal resolvió ordenar a la entidad demandante restituir en su totalidad las sumas que había cancelado la concesionaria demandante a título de contraprestación adicional, así como reconocer a título de indemnización los rendimientos económicos de dichas sumas, al 12% anual, de acuerdo con lo establecido en el inciso segundo del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, por tratarse de un contrato estatal, y en dólares, por ser la moneda en que se encuentra calculada la contraprestación, desde la fecha en que fue efectuado el pago de la contraprestación adicional discutida, hasta la fecha de ejecutoria del laudo arbitral.

4.5 Tribunal arbitral Oleoducto Central S.A. – Ocensa vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI

En quinto lugar se aborda el estudio del laudo arbitral proferido en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá el 26 de julio de 2018, con ocasión de la controversia contractual sometida a su conocimiento por el concesionario, quien acudió a la justicia arbitral para solicitar que se declarara la nulidad de la disposición contractual en la que vía otrosí se pactó la posibilidad de reajuste de la contraprestación pactada, en el evento en que el Gobierno Nacional expidiese una nueva metodología de cálculo de la contraprestación portuaria, lo que en efecto sucedió con posterioridad. Esto, por considerar

[201] Ibid., p. 94

que dicha disposición no resultaba aplicable en la práctica, al haber sido, en su concepto, impuesta por la entidad concedente y contraria a la viabilidad financiera del proyecto.

4.5.1 Objeto de la controversia

Ocensa solicitó en la demanda presentada que se dispusiese la falta de aplicación de la referida disposición contractual, incorporada en el Otrosí No. 2 de 2011, que autorizó el cambio del tipo de servicio prestado por el concesionario, de privado al público en general. Por su parte, la entidad concedente, en demanda de reconvención, pidió declarar que el concesionario incumplió la obligación de permitir aplicar y pagar el reajuste de la contraprestación pactada, en la medida que se negó al recálculo y pago de la nueva contraprestación. Lo anterior, bajo el entendido de que la cláusula objeto de controversia gozaba de plenos efectos.

El tribunal estableció el marco conceptual de la controversia, señalando que giraba en torno (i) a la validez, interpretación, aplicabilidad, la obligatoriedad y el cumplimiento de la disposición contractual cuestionada, (ii) la procedencia de su aplicación, (iv) si resultaba pertinente el cobro efectuado respecto al ajuste de contraprestación, y (v) si de la falta de pago del valor ajustado de contraprestación se derivaba un incumplimiento contractual.

4.5.2 Consideraciones del tribunal relativas a las características del contrato de concesión portuaria

El tribunal en su análisis resaltó la relevancia del elemento plazo en un negocio jurídico de larga duración como éste, en el cual la duración de la concesión se determina de acuerdo con la magnitud de la provisión de infraestructura portuaria, el retorno de las inversiones que realiza el concesionario y los costos de la gestión del servicio público que debe ser ininterrumpida. Así mismo, es importante referir al entendimiento explícito que el tribunal tuvo en relación con el contrato de concesión portuaria como un negocio bilateral, oneroso, conmutativo y de tracto sucesivo, en el que existe una traslación completa de riesgos previsibles al concesionario, y que goza de un régimen jurídico particular para su otorgamiento, y en lo no previsto por este, le resultan aplicables las reglas generales contempladas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Por otra parte, frente al contenido declarativo y dispositivo de las consideraciones y el clausulado del citado otrosí No. 2 puesto en cuestión, el tribunal llamó la atención en cuanto al origen en la iniciativa del concesionario de la modificación contractual objeto de análisis, y el conocimiento de la sociedad demandante en cuanto a las condiciones en que se suscribió dicho documento contractual por las partes, incluida la disposición contractual cuestionada[202].

4.5.3 Consideraciones del tribunal en relación con el equilibrio económico del contrato

En relación con los riesgos de contrato de concesión portuaria el tribunal remarcó la existencia de una asunción general por parte de los concesionarios portuarios, y entre dichos riesgos, aquellos correspondientes a la gestión financiera, económica y de demanda de los servicios prestados. Así, en materia de riesgo de mercado y de demanda para el caso específico, indicó que la condición misma del tipo de puerto de servicio privado trae consigo una serie de contingencias para el concesionario derivadas de estar prestando servicios portuarios únicamente a las empresas jurídico o económicamente vinculadas, asumiendo con ello el alea de poder movilizar carga en volúmenes suficientes que permitan amortizar las inversiones que se requieren para el efecto.

Tal asunción de riesgos abarca la ejecución de las inversiones necesarias para la puesta en operación de la infraestructura portuaria objeto de concesión, así como la obtención de la rentabilidad y retorno de la inversión esperados para el negocio, de acuerdo con la información, características, especificaciones, y proyecciones financieras presentados por el concesionario. En esa medida, siendo que la accionante surtió el procedimiento administrativo reglado para la obtención de la concesión, presentando para el efecto las proyecciones de carga, inversiones y condiciones técnicas que describirían el negocio portuario a acometer, debió considerar los impactos positivos y negativos que resultasen previsibles y las posibles contingencias que pudiesen presentarse durante la ejecución del contrato.

---

[202] Ibid., p. 154

Así mismo, el tribunal indicó que durante la ejecución del contrato el concesionario presentó los reportes de volúmenes de carga movilizados, asumiendo con ello el riesgo de posibles variaciones en esa materia. Igualmente resaltó que el demandante efectuó los pagos de la contraprestación inicialmente pactada, sobre la base del ejercicio financiero y comercial que en su debida diligencia efectuó a la hora de solicitar la concesión.

Estimó que con ocasión del cambio del tipo de servicio a prestar en el puerto de privado a público, sin estar sujeto a la limitación del requisito de prestar servicios únicamente a aquellas empresas con las que cuenta un vínculo jurídico o económico, la modificación representó una oportunidad para de obtener potenciales beneficios económicos adicionales, pues a partir de la suscripción de la modificación contractual podría ampliar el marco de su operación comercial, prestando servicios a cualquier productor o comercializador de hidrocarburos dispuesto a someterse a las tarifas y reglamento de condiciones técnicas de operación del puerto concesionado, y con ello aumentar los volúmenes de carga movilizada, y consecuentemente sus ingresos. No se presentaba con la modificación contractual una alteración del esquema de riesgos del contrato, sino que por el contrario se mitigó a favor del concesionario demandante el riesgo comercial asociado a la ejecución del contrato.

Siendo entonces que la nueva metodología de contraprestación a aplicar, de acuerdo con la disposición incorporada por las partes, cobraría vigencia y por ende exigibilidad, una vez se adoptase a través de un plan de expansión portuaria debidamente adoptado a través de decreto, consideró el tribunal que no resultaba congruente, como lo pretendió la sociedad demandante, que para dicho momento se hubiesen revisado los resultados financieros del concesionario durante los primeros años de la concesión, para revertir posibles resultados adversos para este cuando el puerto prestaba un tipo de servicio privado, pues en dicho escenario se estaría efectuando una redistribución de los riesgos contractuales en la que el Estado compartiría riesgos con el concesionario.

Refuerza lo anterior el hecho de que antes de la suscripción del mencionado Otrosí No. 02, el concesionario tenía libertad y el control para determinar y gestionar los costos a imputar por los servicios portuarios prestados, así como el control sobre las tarifas que percibía de sus vinculados jurídica o económicamente. Así, teniendo en cuenta la

estructura de riesgos del contrato, resultaba inadmisible que se pretendiese hacer depender la contraprestación portuaria a favor del Estado colombiano de los resultados del manejo operativo y financiero del puerto concesionado, o que este sufriese las consecuencias de circunstancias como la baja rentabilidad del proyecto, elevados costos de operación o volumen de carga movilizada menor al planteado con las proyecciones financieras que se presentaron para el otorgamiento de la concesión.

En relación con la validez y fuerza vinculante del pacto contractual materializado en el otrosí No. 2, el tribunal enfatizó que en el ordenamiento jurídico colombiano se dota de plena obligatoriedad y fuerza vinculante con carácter de ley a los acuerdos de voluntades válidamente celebrados por las partes de los contratos. En este sentido, siendo la autonomía de la voluntad un instrumento en el que las partes de un contrato plasman sus intereses y necesidades, el carácter obligatorio del pacto contractual dota de seguridad jurídica al vínculo contractual y constituye una idea objetiva del alcance de las mutuas obligaciones que con su celebración se contraen.

En cuanto a la oportunidad del concesionario para presentar salvedades u objeciones en relación con las modificaciones introducidas en el contrato de concesión portuaria, y la viabilidad de sus pretensiones a la luz de lo que se pactó en el Otrosí 2, advirtió el tribunal que la sociedad accionante no presentó manifestación alguna ni desplegó ningún comportamiento que diese a entender que al momento de su suscripción contaba con reparos u oposición frente a su contenido, o que advirtieran respecto a posibles afectaciones en su contra derivadas del pacto contractual, por lo que devienen extemporáneas y contrarias al principio de buena fe en los contratos las manifestaciones presentadas en la reforma a la demanda, en cuanto al supuesto carácter lesivo para sus intereses de la modificación contractual pactada a través del referido otrosí.

Dado que el aludido Otrosí No. 02 se celebró de manera válida, las consideraciones allí pactadas tenían plena vigencia y resultaban exigibles. El tribunal remarcó el carácter vinculante para las partes de sus acuerdos válidamente celebrados, el deber para las partes de ajustar su conducta a lo pactado, y la falta de viabilidad de sustraerse unilateral e infundadamente de las obligaciones que de estos se derivan, so pena de incurrir en incumplimiento contractual. En este sentido, el hecho de que la concedente exigiese el

cumplimiento de lo pactado constituía el ejercicio de una potestad contractual, y no el ejercicio abusivo y forzoso de una posición de dominio en la relación contractual.

Finalmente, el tribunal se refirió a la buena fe como principio fundante de la estructuración, preparación, suscripción y ejecución de los contratos, y la obligación de guardar coherencia con los propios actos como manifestación específica de dicho principio[203].

4.5.4 La decisión del tribunal[204]

En lo que respecta a los riesgos asumidos por el concesionario y la solicitud de revisar la contraprestación pactada desde el inicio de la concesión, el tribunal expresó que no resultaba procedente la revisión del comportamiento financiero de la concesión, en términos de ingresos, pues el otrosí suscrito no tuvo como propósito el restablecimiento del equilibrio económico del contrato ni la redistribución de riesgos financieros asociados con la ejecución del contrato[205]. No fue de recibo para el tribunal que riesgos propios de la gestión de la concesión en cabeza del contratista debieran compartirse a través de la pretendida evaluación de la totalidad de la vida financiera del contrato, desde su suscripción.

Además, al haber suscrito el concesionario sin salvedades el Otrosí No. 2, se tornaron inoportunas las solicitudes del concesionario de declarar la inaplicabilidad de la disposición contractual cuestionada, pues desde dicho momento, con la manifestación de voluntad inequívoca plasmada en el documento, la demandante asumió las nuevas condiciones comerciales propuestas, aun a sabiendas de que las proyecciones de la rentabilidad del proyecto podrían aparecer menores en el momento de la modificación contractual con respecto al correspondiente a la celebración del contrato.

---

[203] Ibid., p. 216

[204] La decisión adoptada por el tribunal contó con salvamento parcial de voto por parte de uno de los árbitros. Así mismo, la sociedad concesionaria accionante, con posterioridad a la emisión del Laudo Arbitral, procedió a solicitar ante la instancia competente la anulación de la decisión, y posteriormente a interponer acción de tutela en contra de la decisión que negó el recurso de anulación interpuesto contra el laudo. Dicha acción de tutela también fue negada.

[205] Ibid., p. 176-177

Siguiendo con el análisis y definición de la controversia, en lo que refiere a la validez del pacto de reajuste inmediato de la contraprestación, "… *encuentra importante el Tribunal dejar claridad sobre el hecho que, para analizar el cumplimiento o no de una obligación, se debe partir de que ésta exista, lo cual lleva ínsito la concurrencia de un objeto que satisfaga los requisitos legales, esto es: (i) que exista o se espera que exista; (ii) que sea comercial; (iii) que esté determinado en cuanto a su género o que sea determinable en lo relativo a la cantidad y (iv) si el objeto consiste en un hecho, es necesario que física y moralmente sea posible"*[206]. Así, estando claros los requisitos para determinar que una obligación tiene un objeto y por tanto resulta exigible, el tribunal estimó que la obligación de reajuste de contraprestación con ocasión de la eventual expedición de un nuevo plan de expansión portuaria que estableciera una nueva fórmula de cálculo de contraprestación portuaria resultaba determinable y en esa medida, plenamente exigible de cumplirse el condicionamiento previsto por las partes[207].

Así las cosas, no encontró que el hecho de haber pactado la posibilidad de variación de la contraprestación resultase atentatorio contra el marco normativo específico que rige la actividad portuaria, y específicamente el artículo 17 de la Ley 1 de 1991 que establece la posibilidad de modificación de las condiciones en que se aprueba y otorga la concesión, pues de acuerdo con todo lo previamente expuesto, era factible que las partes al momento de variar la contraprestación, previo adelantamiento del procedimiento previsto para el efecto, pudiesen convenir que esta fuese determinada o determinable con base en información objetiva conocida por aquellas, sin que por ese solo hecho se considerara que se estaba ante un actuar contrario a derecho.

Lo que motivó la suscripción del aludido otrosí No. 2 fue precisamente la solicitud de modificación de las condiciones de la concesión por parte de la accionante, una empresa experta en el sector del transporte de hidrocarburos, con miras a mejorar las perspectivas económicas de la concesión y viabilizar una oportunidad de negocio que consideró viable y atractiva para sus propios intereses económicos y comerciales. En este sentido, que la entidad concedente haya dispuesto un clausulado que garantizara maximizar los intereses

---

[206] Ibid., p. 200
[207] Ibid., p. 202-203

de la Nación, de ninguna manera constituyó un vicio en la manifestación del mutuo consentimiento expresado por las partes, ni un supuesto abuso de posición dominante en la relación contractual por parte de la entidad contratante, en la medida que no existió fuerza o coacción para su suscripción, ni se logró un aprovecho injusto e injustificado en desmedro del concesionario.

Por otro lado, resaltó que no se encontraron en el acervo aportado por la sociedad concesionaria demandante elementos que diesen cuenta de la ruptura del equilibrio económico del contrato de concesión por supuestas imposiciones de parte de la entidad concedente, sino la ampliación de posibilidades de negocio para el concesionario con ocasión de la modificación de condiciones del contrato que éste mismo solicito y que le autorizó prestar servicios portuarios al público en general[208].

El tribunal desestimó la prosperidad de las pretensiones de la sociedad concesionaria convocante, en el entendido de que si bien el contrato sufrió una modificación considerable en lo que refiere al tipo de servicio a prestar, las condiciones que en lo sucesivo regirían la concesión en términos de plazo, tipo de servicio, régimen tarifario, inversiones, entre otros aspectos, fueron conocidas por la accionante, por lo que las reglas previstas para el cálculo de la contraprestación tenían la vocación de reflejar esas nuevas condiciones, que en últimas partieron de la modificación contractual propuesta por el concesionario.

En relación con la identificación de la metodología de cálculo de contraprestación correcta a emplear para la suscripción del otrosí No. 2, el tribunal ratificó la plena aplicabilidad de la disposición contractual cuestionada, que en la práctica resultó empleándose con ocasión de la entrada en vigor de la metodología de cálculo de la contraprestación portuaria establecida en el documento Conpes 3744 de 2013, adoptado por el Decreto 1099 de 2013. Concluyó que aun cuando existiesen discrepancias entre las partes en torno a la forma de aplicar dicha metodología, el hecho de que la sociedad concesionaria no hubiese realizado ningún acto pertinente para su efectiva aplicación una vez expedida, y entre

[208] Ibid., p. 244-245

estas, realizar el pago de la contraprestación bajo la nueva fórmula, constituía un incumplimiento contractual por parte de aquella.

Con base en lo resuelto, el tribunal estimó que la sociedad demandante inicial, y demanda en reconvención, debía pagar a partir de la fecha de adopción del Documento Conpes 3744 de 2013 la contraprestación derivada de la suscripción del otrosí, en tanto que la concesionaria solo canceló el valor que venía pagando a favor del Estado, sin pagar el excedente de contraprestación portuaria originado por el reajuste de la contraprestación portuaria derivado de la implementación de la metodología de contraprestación portuaria implementada al ordenamiento jurídico con el Decreto 1099 de 2013 que adoptó el citado plan de expansión portuaria.

5. Conclusiones y recomendaciones

A continuación se presentan las conclusiones a las que se arribó en relación con el modelo económico general de este tipo de contratos, su equilibrio económico, las posibilidades de su quebrantamiento y eventuales opciones con miras a su restablecimiento.

5.1 Conclusión general

La tipología contractual de los contratos de concesión portuaria se enmarca en la denominación genérica de contratos estatales sometidos a la Ley 80 de 1993, en lo no previsto en la Ley 1 de 1991. En este sentido, a esta especie de contrato estatal conmutativo, que refleja en su economía una relación de equivalencia entre las prestaciones recíprocas que de su celebración y ejecución se derivan para los cocontratantes, le resultan plenamente aplicables las instituciones jurídicas relativas al equilibrio económico del contrato, las causales para determinar su desequilibrio y las posibilidades para su restablecimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, se pudo identificar en los laudos arbitrales analizados que, aunque en todos se hizo alusión en las pretensiones a la intención de obtener un reconocimiento económico producto de alegados efectos adversos en la economía de los contratos de concesión portuaria, principalmente en la contraprestación o el plazo pactados, no en todos los casos analizados existieron condenas de contenido económico, y en los que se presentaron este tipo de condenas, las decisiones no se basaron en la teoría del equilibrio económico del contrato y las fuentes de desequilibrio en sus distintas vertientes. Tampoco se presentó en las decisiones arbitrales analizadas reconocimiento de perjuicios indirectos.

Lo indicado, denota falta de rigor conceptual para encauzar las pretensiones en los procesos arbitrales analizados, así como falta de técnica para probar y acreditar la

configuración de desequilibrio en sus distintas vertientes y los perjuicios económicos que fueron reclamados.

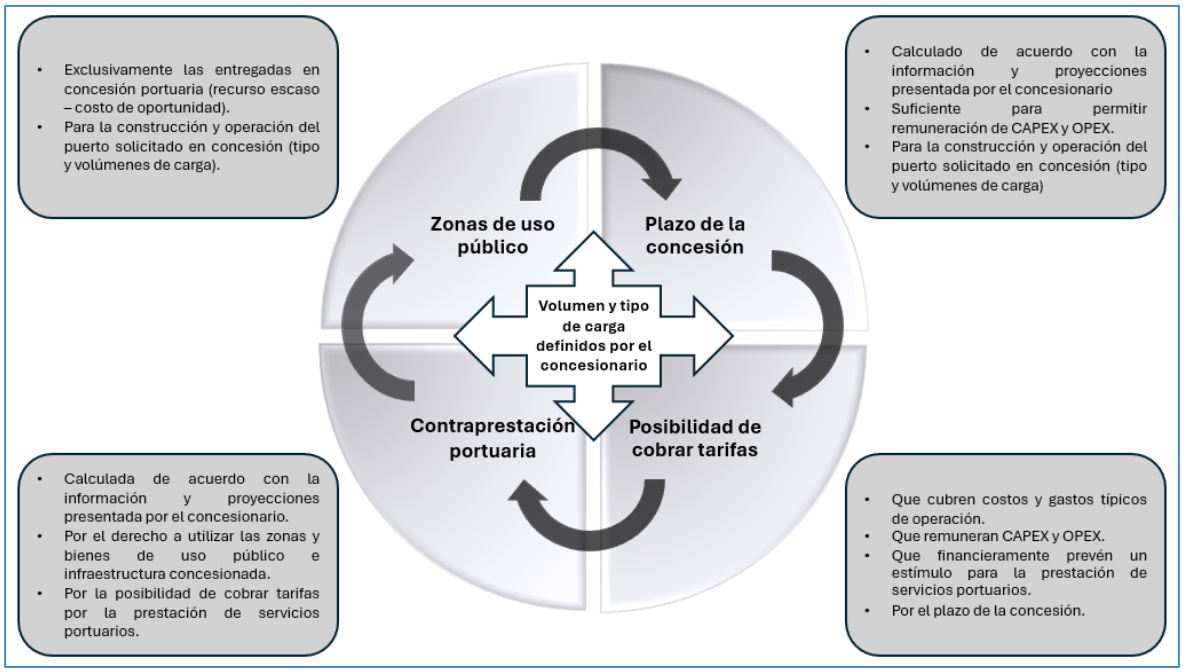
5.2 Conclusiones específicas

i. El sinalagma prestacional que se deriva de la relación contractual generada fruto de la celebración de un contrato de concesión portuaria, por la estructura de su modelación financiera, se afinca en cuatro elementos que se encuentran interrelacionados:

- La posibilidad de hacer uso exclusivo de zonas de uso público con vocación portuaria y la infraestructura ubicada sobre estas zonas, para el desarrollo de actividades portuarias tendientes a la prestación de servicios portuarios remunerados con el cobro de tarifas, por un plazo determinado y a cambio de una contraprestación a favor del Estado.
- El plazo por el cual se concede la concesión portuaria para el desarrollo de actividades portuarias en las áreas y bienes concesionados, en los términos y condiciones establecidos en el otorgamiento o modificación contractual, según sea el caso, cobrando tarifas durante dicho plazo, y a cambio de la contraprestación respectiva a favor del municipio y distrito donde funciona el puerto.
- La contraprestación que se paga por parte del concesionario como beneficiario de una concesión portuaria a favor de la Nación -o Cormagdalena- y el municipio o distrito donde funcione el respectivo puerto, por el derecho de utilizar, por el plazo de la concesión, los bienes públicos entregados en tal condición, y de prestar servicios portuarios, remunerando su actividad a través del cobro de tarifas a los usuarios.
- La posibilidad de cobrar tarifas por la prestación de servicios portuarios en los bienes de uso público concesionados durante el plazo concesionado, que cubran los costos y gastos típicos de operación, remuneren las inversiones efectuadas y estimulen al concesionario a la prestación del servicio. En el caso de los puertos de servicio privado, en los cuales no se percibe una tarifa, se considera para la modelación financiera un centro de costos.

A continuación, se presenta una ilustración que resume la relación tetravalente que subyace en el sinalagma prestacional de los contratos de concesión portuaria:

Figura 2: Diagrama resumen de la relación tetravalente existente en el sinalagma prestacional de los contratos de concesión portuaria



Fuente: Elaboración propia

ii. De acuerdo con los ingresos estimados, entre otros factores directa o indirectamente relacionados con la modelación financiera del negocio propuesta, se establece el plazo y contraprestación de la concesión portuaria desde el momento de su otorgamiento.

iii. A la luz de la redacción que originalmente presentaba el artículo 17 de la Ley 1 de 1991, el plazo y la contraprestación del contrato de concesión portuaria constituían elementos dinámicos del modelo de valoración del negocio, que ante la solicitud del concesionario de modificar las condiciones en que se había aprobado y otorgado la concesión, y surtiendo en procedimiento establecido para el efecto, podían variar a juicio del Gobierno Nacional.

iv. En el año 2013, con la expedición del Plan de Expansión Portuaria denominado “Política Portuaria para un país más moderno”, y la adopción del Documento Conpes 3744 a través del Decreto 1099 de 2013, se adoptó una nueva metodología de cálculo de la contraprestación portuaria que resultaría aplicable, entre otros, a aquellos

contratos de concesión portuaria que se modificaran sustancialmente. Pese a dicha mención, no se estableció qué debía entenderse como modificación sustancial.

v. Dada la ausencia de referencia expresa en la normativa vigente a una definición de modificación sustancial de los contratos de concesión portuaria, las entidades concedentes entendieron, en una interpretación sistemática e integral de la normativa aplicable en materia de concesiones portuarias, y a partir de lo expresamente consagrado en los actos administrativos de aprobación y otorgamiento de las concesiones portuarias, que dicho concepto versaba sobre aquellas circunstancias que en el artículo 17 de la Ley 1 de 1991 se aluden como “condiciones” de las concesiones portuarias.

vi. En línea con lo indicado, dichas entidades circunscribieron las modificaciones sustanciales de los contratos de concesión portuaria a aquellas que generaban variaciones a elementos del vínculo contractual que se identificaron como condiciones en los actos administrativos de aprobación y otorgamiento de cada concesión portuaria, en la medida que resultaron determinantes para su otorgamiento en términos de plazo, contraprestación y condiciones técnicas de operación pactados.

vii. Con ocasión de la modificación introducida en la redacción original del artículo 17 de la Ley 1 de 1991 por el artículo 102 de la Ley 1955 de 2019, el criterio indicado fue reorientado forzosamente. A partir de la inclusión en el ordenamiento jurídico de una definición de modificación sustancial de los contratos de concesión portuaria, como aquellas variaciones que versan exclusivamente sobre las condiciones contractuales referidas a (i) la ubicación, extensión y linderos de las zonas de uso público entregadas en concesión portuaria, y (ii) al plazo contractual, se dio una desvinculación de la lógica económica de los contratos de concesión portuaria con respecto a las demás condiciones contractuales.

viii. El plazo pasó de ser un elemento del contrato que podía variar como consecuencia de la modificación de las condiciones en que se aprueba y otorga la concesión, precisamente para que respondiese a una visión integral e interdependiente del proyecto y sus condiciones, al igual que la contraprestación, que conceptualmente

responde a la misma dinámica contractual de preservación del equilibrio de la relación tetravalente referenciada; a uno que varía autónomamente en consideración a circunstancias no especificadas en la ley.

ix. La modificación legal introducida se estima incompleta y carente de la coherencia sistémica que debe guardar la normativa vigente aplicable. Esto teniendo en cuenta que no se indica cuáles son las causas por las cuales objetivamente se podría ver modificado el plazo de los contratos de concesión portuaria, dejando así al arbitrio de los concesionarios la posibilidad o no de solicitar su modificación, en tanto que son estos los llamados, por regla general, a asumir la iniciativa de la modificación de las condiciones de los contratos de concesión portuaria, con base en lo previsto en el referido artículo 17 de la Ley 1 de 1991.

x. De acuerdo con el régimen de riesgos del contrato de concesión portuaria, las aleas normales y previsibles derivadas de su estructuración y ejecución son asumidas por el concesionario, en la medida que es la parte del contrato que al momento de su celebración y para su modificación, posee y aporta la información relevante asociada al negocio a emprender, ampliar o reencauzar, según sea el caso, información con la cual se calcula el plazo inicial de la concesión y la contraprestación.

xi. A efecto de verificar la posibilidad de ruptura de dicha relación tetravalente de elementos que refleja la relación de reciprocidad y equivalencia entre las prestaciones a cargo de cada uno de los cocontratantes, debe constatarse que las circunstancias existentes al momento de la celebración del contrato de concesión portuaria -o de modificación sustancial de sus condiciones, según sea el caso-, se modifiquen en tal magnitud y significancia que la equivalencia económica de las prestaciones a las que mutuamente se obligaron las partes, se vea afectada de manera grave y anormal.

xii. Asumiendo la posición mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia vernáculas, en lo que refiere a la determinación de los eventos generales de rompimiento de la ecuación económica de los contratos estatales de concesión portuaria, se estima que las causales de configuración son: (i) la teoría de la imprevisión, (ii) el hecho del príncipe y (iii) el ius variandi. Lo anterior sin perjuicio de la alusión contenida en el numeral primero del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, referida a la posibilidad de rompimiento de

la ecuación económica de los contratos estatales por incumplimiento de la entidad contratante, que deja de presente la posibilidad de configuración de daños derivados del incumplimiento en sus distintas modalidades (total, parcial, cumplimiento tardío o imperfecto), que pueden incidir en la relación de correspondencia entre derechos y obligaciones, y generar perjuicios para el contratista, representados en el derecho a que en la economía del contrato se le lleve a un punto de no pérdida con respecto al momento de celebración del contrato.

xiii. A pesar de que la revisión del contrato de concesión para mantener la ecuación contractual constituye un derecho de las partes, a la luz del estatuto de contratación estatal, dicha revisión debe justificarse en la configuración de hechos imprevistos para éstas, de tal impacto y significancia en sus consecuencias, que se enmarquen en la denominada teoría de la imprevisión. Como ejemplo de esta circunstancia, el caso analizado en el primero de los laudos arbitrales abordado en el presente trabajo, en el cual el concesionario solicitó la reducción de la contraprestación pactada por no haber obtenido las proyecciones de carga, en el que además de desestimar las pretensiones por no encontrar verificado el requisito de la imprevisión -e irresistibilidad, el tribunal llamó la atención respecto a la falta de prueba idónea que acreditase la razonabilidad de la cuantificación de los pretendido a título de restablecimiento, hasta un punto de no pérdida.

xiv. En ejercicio de la libre autonomía de la voluntad, y respetando los límites que la ley impone, resultaría válido que las partes de los contratos de concesión portuaria introdujesen disposiciones tendientes a atribuir una consecuencia anticipada de reconocimiento y cuantificación para resarcimiento de perjuicios derivados de incumplimientos contractuales o cumplimientos tardíos, así como de mecanismos de revisión y reajuste de la contraprestación o de las inversiones pactadas, que permitan, ante la ocurrencia de determinadas circunstancias que desbordasen las previsiones contractuales, que se mantenga la equivalencia económica de prestaciones recíprocas.

xv. La posibilidad de modificación unilateral de los contratos de concesión portuaria por parte de las entidades concedentes, corresponde a una prerrogativa excepcional cuyo ejercicio se encuentra circunscrito a las causas y límites que la ley establece, y debe

responder a la necesidad de mantener la continuidad de la prestación de los servicios portuarios y evitar su paralización. Entre estos límites se encuentra el respeto por la relación tetravalente de equivalencia y reciprocidad en las prestaciones contractuales, especialmente en lo que refiere al plazo y la contraprestación pactados. Esto en la medida que en estos dos elementos se refleja el equilibrio económico de los contratos de concesión portuaria.

Como ejemplo de esta circunstancia el caso analizado en el cuarto de los laudos arbitrales abordado, en el cual el concesionario solicitó al juez del contrato el reconocimiento de los efectos económicos derivados de la variación unilateral de la contraprestación pactada, sin que estuviese mediada por un procedimiento ni el acaecimiento de circunstancias que permitiesen hacer uso de esa potestad. En este caso, la compensación fue limitada a los efectos causados, en el sentido que se ordenó a la entidad concedente la devolución de la totalidad de las sumas adicionales a las inicialmente pactadas, que se había ordenado pagar al concesionario a título de contraprestación, junto con los intereses respectivos.

xvi. En lo que refiere a la posibilidad de configuración del factum principis en los contratos de concesión portuaria, es preciso indicar que en ninguno de los 5 casos de controversias patrimoniales revisados se encontraron antecedentes en los que en vigencia de la Ley 1 de 1991 se haya solicitado ante el juez del contrato el reconocimiento económico por desequilibrio en la ecuación financiera del contrato originado por medidas adoptadas por la entidad contratante en su condición de autoridad que expide medidas de carácter general para regular determinado asunto, actividad o sector, en el cual el contratista constituye un actor particular.

xvii. En el evento de una futura controversia contractual en la que se verificase la configuración de desequilibrio económico a título de hecho del príncipe, derivada de actos generales dictados por la sociedad concedente, se estima que la compensación debería ser plena en el caso de que se configurase en contra del concesionario, en la medida que la situación sería imputable a una de las partes, ya que sería precisamente el actuar de la concedente la que llevaría a desequilibrar la equivalencia entre derechos y obligaciones contractuales. A su turno, la compensación sería limitada si los efectos negativos se dan en contra del concedente.

xviii. Ante el incumplimiento o el cumplimiento tardío o defectuoso de las principales prestaciones derivadas de los contratos de concesión portuaria por parte de uno de los extremos de la relación contractual, surge para la parte cumplida la posibilidad de resolver el negocio jurídico o exigir su cumplimiento, en ambos casos con la indemnización de correspondiente por los perjuicios que le fueron irrogados por el cocontratante incumplido.

xix. Si bien actualmente no es pacífico en la jurisprudencia del Consejo de Estado y arbitral que el incumplimiento constituya conceptualmente una causal de desequilibrio económico de los contratos estatales en estricto sentido, resulta incontrastable que la falta de cumplimiento de las obligaciones contractuales puede generar trastornos graves para la economía de los contratos de concesión portuaria, traducidos en efectos patrimoniales negativos para la parte que ha cumplido con las obligaciones y responsabilidades que le competen a la luz de lo pactado, y en contrapartida ha recibido de su cocontratante la falta de cumplimiento de una o varias prestaciones contractuales a su cargo, o el incumplimiento imperfecto de éstas.

xx. Bajo regímenes especiales de responsabilidad contractual establecidos en determinados contratos de concesión portuaria, en los cuales el monto de contraprestación está directamente relacionado con el cumplimiento de determinada obligación del concedente, y específicamente de la obligación de dragar para mantener el calado operacional del puerto concesionado, en aplicación del principio de mitigación del daño propio y para contener y contrarrestar las consecuencias negativas que el incumplimiento total o el cumplimiento tardío o incompleto que le puede causar a su operación y a la economía del contrato, resulta admisible que la parte cumplida busque evitar que se agrave la situación de incumplimiento a través de la contratación de los obras de dragado no efectuadas por la concedente.

Como ejemplo de esta circunstancia, el caso analizado en el segundo de los laudos arbitrales abordado, relativo al régimen especial de responsabilidad contractualmente previsto en un contrato de concesión portuaria fluvial en el cual ante la falta de calado operacional requerido para la operación del puerto sin restricciones de calado,

originadas por la falta de dragado oportuno a cargo de la Nación, se estimó plausible que el concesionario contratara por su cuenta el dragado requerido para la recuperación del calado operacional del acceso al puerto por vía acuática. En dicho evento únicamente se reconocieron los efectos negativos debidamente probados.

xxi. Ante hechos ajenos a las partes que impiden la ejecución del contrato de concesión portuaria y obligan a su terminación o suspensión, por configurar causales legales o contractuales de fuerza mayor o caso fortuito, las partes pueden optar por la terminación del contrato, o buscar de común acuerdo fórmulas de arreglo que permitan superar las circunstancias que llevaron a su suspensión. El marco para acordar las gestiones necesarias para superar las causas de la suspensión tiene como límite el orden público, las normas imperativas que cuentan con dicho carácter, las buenas costumbres y las previsiones previstas en cada contrato.

Como ejemplo de esta circunstancia, el caso analizado en el cuarto de los laudos arbitrales, en el cual se estudió el acuerdo de suspensión y reanudación del contrato de concesión portuaria, concesionario que buscó superar el hecho ajeno a los cocontratantes consistente en la presencia de una draga hundida en el área requerida para las maniobras de atraque y zarpe en el terminal objeto de concesión portuaria, concluyendo que el mismo fue suscrito de manera autónoma y libre por las partes, con miras a conjurar dichas circunstancias y posibilitar la reanudación de la ejecución del contrato y la consiguiente explotación del negocio concesionado.

Bibliografía

Autores

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, El contrato de colaboración público-privada, en Reforma al régimen de contratación estatal. Bogotá: Universidad de los Andes, 2010

BENAVIDES, José, Riesgos contractuales en Contratación estatal, en Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007, 1 ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Historia de las leyes – Exposición de motivos Ley 1 de 1991

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen jurídico de la contratación estatal, 3 ed. Edición, Bogotá: Legis, 2016

DE VEGA PINZÓN, Gabriel, La distribución de riesgos en el contrato estatal, en La ley 1150 de 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?. 1 ed., Bogotá: Universidad del Rosario, 2011

DOERR, Octavio, La industria del transporte marítimo y las crisis económicas, en Serie de recursos naturales e infraestructura No. 149, Santiago de Chile: Naciones Unidas – Cepal, 2003

DOERR, Octavio, Políticas portuarias, en Serie de recursos naturales e infraestructura No. 159, Santiago de Chile: Naciones Unidas – Cepal, 2011

FANDIÑO GALLO, Jorge Eliécer, Regulación y distribución de riesgos en los contratos de concesión de obra de infraestructura de transporte, en Revista Verba Iuris, julio-dic, Bogotá: Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2011

FREIRE, María, et. al., Economía del transporte marítimo, 1 ed., Coruña: Instituto Universitario de Estudios Marítimos – IUEM, Netbiblo, 2003

GUTIERREZ HERRÁN, Oscar, Derecho Portuario Colombiano, Bogotá: Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana, 2011

MEDINA, Oscar, El puerto, Reimpresión revisada y corregida, Bogotá, 2012

MÁRQUEZ ARENAS, Marcela Rocío, El porcentaje de imprevistos de los costos indirectos como forma de estimación de riesgos previsibles en la Contratación Pública. Universidad Nacional de Colombia, 2016, p. 68

PACHÓN, Álvaro, et. al., La infraestructura de transporte en Colombia durante el Siglo XX, Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2006

PALACIO JARAMILLO, María Teresa, Derogatoria de la garantía de utilidad del contratista frente al reconocimiento del equilibrio económico del contrato, en Reforma al régimen de contratación estatal. Bogotá: Universidad de los Andes, 2010

PALACIO JARAMILLO, María Teresa, Equilibrio económico en contratos de concesión, en Escritos Contemporáneos de Derecho de los Negocios. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2007

PALACIO JARAMILLO, María Teresa, Riesgos en la contratación estatal, en Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo II. Bogotá: Universidad del Rosario y Grupo Editorial Ibáñez, 2016

PARRA BENÍTEZ, Julián, La teoría del hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión como instrumentos que restablecen el equilibrio económico contractual en los Contratos

Estatales, en La ley 1150 de 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?. 1 ed., Bogotá: Universidad del Rosario, 2011

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, El equilibrio económico en los contratos administrativos. 2 ed, Bogotá: Temis, 2012

RUFIÁN LIZAMA, Dolores, Manual de concesiones de obra pública. 1 ed., Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, 1999

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, et. al., El contrato de concesión portuaria: un instrumento para la modernización de Colombia, en Infraestructura y Derecho. 1 ed., Bogotá: Cámara Colombiana de la Infraestructura. Legis Editores S.A., 2017

SÁNCHEZ, RICARDO, et. al., El pago por el uso de la infraestructura vial, ferroviaria y portuaria, concesionada al sector privado, en Serie de recursos naturales e infraestructura No. 67. Santiago de Chile: Naciones Unidas – Cepal, 2003

SÁNCHEZ, RICARDO, et. al., Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual, en Serie de recursos naturales e infraestructura No. 75. Santiago de Chile: Naciones Unidas – Cepal, 2004

SÁNCHEZ, RICARDO, et. al., Transporte marítimo y puertos: Desafíos y oportunidades en busca de un desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe, en Serie de recursos naturales e infraestructura. Santiago de Chile: Naciones Unidas – Cepal, 2015

URUETA ROJAS, Juan Manuel, El contrato de concesión de obras públicas, Project Finance y partenariado público-privado, 2 ed., Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010

VERGARA, Ernesto, Gestión de puertos marítimos y fluviales en Colombia. Bogotá, 2013

YONG SERRANO, Samuel, El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación, 3 ed., Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013

Sentencias

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia No. C-068 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo

CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 15 de diciembre de 1992, Radicación: 484, C.P. Javier Henao Hidrón

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 1996, exp. 10151, C.P. Daniel Suárez Hernández

CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 16 de marzo de 2000, número interno (1264), C.P. César Hoyos Salazar

CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceto del 22 de octubre de 2007, número interno: 1849, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2011, número interno (18080), C.P. Ruth Stella Correa Palacio

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 2011, número interno (15476), C.P. Ruth Stella Correa Palacio

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 14 de marzo de 2013, número interno (20524), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 24 de abril de 2013, número interno (23729), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 11 de julio de 2013, número interno (25254), C.P. Enrique Gil Botero

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 29 de julio de 2013, número interno (21642), C.P. Ramiro Pazos Guerrero

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2014, número interno (26703), C.P. Danilo Rojas Betancourth

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 3 de agosto de 2016, número interno (56513), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 14 de septiembre de 2016, número interno (50907), C.P. Martha Nubia Velásquez Rico

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 8 de noviembre de 2016, número interno (47336), C.P. Martha Nubia Velásquez Rico

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 8 de febrero de 2017, número interno (54614), C.P. Jaime Orlando Sontofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 30 de marzo de 2017, número interno (37500), C.P. Ramiro Pazos Guerrero

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 30 de marzo de 2017, número interno (37500), C.P. Martha Nubia Velásquez Rico

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 18 de mayo de 2017, número interno (44286), C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 12 de octubre de 2017, número interno (37322), C.P. Danilo Rojas Betancourth

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2018, número interno (49970), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, 29 de enero de 2018, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 31 de enero de 2019, número interno (37910), C.P. María Adriana Marín

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 28 de octubre de 2019, número interno (40992), C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 11 de octubre de 2021, número interno (41168), C.P. María Adriana Marín

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 27 de julio de 2023, número interno (39121), C.P. Guillermo Sánchez Luque

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 28 de octubre de 2024, número interno (62565), C.P. Jorge Enrique Rodríguez Navas

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 6 de diciembre de 2024, número interno (67464), C.P. José Roberto Sáchica Méndez

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2024, número interno (68810), C.P. Alberto Montaña Plata

Documentos CONPES

Documento CONPES 3107 de 2001 - Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura

Documento CONPES 3714 de 2013 – Del riesgo previsible en el marco de la Política de la Contratación Pública

Documento CONPES 3744 de 2013 – Política Portuaria para un País más Moderno

Documento CONPES 4117 de 2023- Política de Riesgo Contractual del Estado para Proyectos de Infraestructura con Participación Privada

Laudos arbitrales

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, Laudo arbitral de 9 de abril de 2003. Sociedad Portuaria Regional de Tumaco S.A. vs. Superintendencia General de Puertos.

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, Laudo arbitral de 13 de septiembre de 2007. Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. vs. Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena – Cormagdalena.

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, Laudo arbitral de 18 de septiembre de 2013. Cementeras Asociadas S.A. – CEMAS vs. Instituto Nacional de Concesiones – INCO.

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, Laudo arbitral de 22 de junio de 2015. Sociedad Portuaria Palermo S.A. vs. Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena – Cormagdalena.

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, Laudo arbitral de 26 de julio de 2018. Oleoducto Central S.A. – Ocensa vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.

Internet

CÁMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA, Evaluación de las concesiones sobre infraestructura pública portuaria en Colombia [en línea]. Bogotá, 2012. Disponible en Internet: <URL: https://www.infraestructura.org.co/bibliotecas/DAE/concesiones_portuarias.pdf>

MURIEL, José Hernán, ¿La concesión portuaria, como una modalidad de privatización?, Revista Pensamiento Jurídico No. 30, UNAL, 2011. Disponible en Internet:

https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/71716/36722-155146-1-PB.pdf?sequence=2&isAllowed=y

PEJOVÉS MACEDO, José Antonio, Contenido temático de la guía de la ley modelo de puertos de los Estados miembros de la CIP-OEA. Informe final de consultoría [en línea]. Bogotá, 2016. Disponible en Internet: <URL: http://portalcip.org/wp-content/uploads/2015/05/LA-LEY-MODELO-DE-PUERTOS-PARA-LOS-PA%C3%8DSES-MIEMBROS-DE-LA-CIP_10_05_16.pdf>

ZULETA, Luis Alberto et. al., La contraprestación portuaria en Colombia en un entorno competitivo. Estudio para la Cámara Colombiana de la Infraestructura. Informe final [en línea]. Bogotá, 2015. Disponible en Internet: <URL: https://www.infraestructura.org.co/documentos/economicos/LA%20CONTRAPRESTACI%C3%93N%20PORTUARIA%20EN%20COLOMBIA%20EN%20UN%20ENTORNO%20COMPETITIVO%20(ZULETA%202015).pdf>