

El desequilibrio económico en las asociaciones público-privadas en Colombia

Nathalia Andrea Restrepo Carbonell

Erika Milena Niño Moyano

Bibiana De Jesús Martínez Herazo



Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias políticas y sociales

Maestría en Derecho

Bogotá, 2024

El desequilibrio económico en las asociaciones público-privadas en Colombia

Nathalia Andrea Restrepo Carbonell

Erika Milena Niño Moyano

Bibiana De Jesús Martínez Herazo

Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de la Magíster en
Derecho

Tutor:

Carlos Mario Dávila Suarez

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho ciencias políticas y sociales

Maestría en Derecho

Nota de Aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá, febrero de 2024

Dedicatoria

Gracias Dios por permitirme alcanzar este logro.

A mi madre, razón de mi existencia, por sus consejos e invaluable amor.

A mi BOT, por ser mi guía y apoyo incondicional.

A mi familia, fuente de mi inspiración, por su aliento permanente.

Nathalia R.

Al creador de todas las cosas, el que me ha dado fortaleza para continuar cuando a punto de caer he estado, con toda la humildad que mi corazón puede emanar, primeramente a Dios.

A mi madre, padre, hermano y sobrino por el amor, por ser mi pilar, mi apoyo y ejemplo a seguir.

A mi PITU por acompañarme, compartir alegrías y tristezas, por su amor incondicional.

Bibiana M.

A Dios gracias por darme fuerza para continuar adelante, A mi amado esposo por motivarme y cuidar de nuestras hijas, y a los cuatro tesoros más bellos de mi vida Salomé, Luciana, Isabella y Julieta.

Erika N.

Agradecimientos

En primer lugar, agradecemos a Dios y nuestras familias por brindarnos su apoyo incondicional para poder cumplir todos nuestros objetivos académicos. Ellos son los que con su cariño nos impulsan siempre a perseguir nuestras metas y nunca abandonarlas frente a las adversidades.

Son varios los docentes que han sido parte de este camino universitario, y a todos ellos les agradecemos por transmitirnos los conocimientos necesarios para hoy poder estar aquí.

Agradecemos profundamente a nuestro tutor por su dedicación y paciencia, sin sus observaciones y correcciones precisas no hubiésemos podido lograr llegar a esta instancia tan anhelada. Gracias por su guía y todos sus consejos.

Tabla de contenido

| | |
|--|-----------|
| Resumen | 12 |
| Abstract | 14 |
| Introducción | 16 |
| CAPÍTULO I | 19 |
| Aproximaciones conceptuales a las asociaciones público-privadas (APP) en | |
| Colombia y el principio de equilibrio económico en el marco de la contratación estatal 19 | |
| Prelusión | 19 |
| Sumario | 19 |
| Aproximaciones de la contratación estatal y las asociaciones público-privadas | |
| (APP) en Colombia | |
| Origen, ventajas y desventajas de las asociaciones público-privadas (APP) en el | |
| Reino Unido | 21 |
| Definición de las asociaciones público-privadas (APP) en Colombia | 23 |
| Aplicación y funcionamiento de las Asociaciones Público- Privadas (APP) | 26 |
| El concepto del principio del equilibrio económico del contrato en el marco estatal | |
| | 33 |
| CAPÍTULO II | 36 |
| Línea jurisprudencial del principio de economía en la contratación estatal | |
| Prelusión | 36 |
| Sumario | 36 |

| | |
|--|-----------|
| Línea jurisprudencial | 37 |
| Análisis de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado frente al equilibrio económico del contrato. | 42 |
| Vectores de interpretación de la aplicación del principio de equilibrio económico en el escenario de la contratación estatal. | 43 |
| Evolución jurisprudencial del principio de equilibrio contractual en el contrato estatal..... | 48 |
| La conmutatividad entre las asociaciones público-privadas (APP) | 54 |
| El equilibrio económico del contrato como principio transversal a las asociaciones público-privadas APP..... | 57 |
| CAPÍTULO III | 64 |
| Corrección del discurso en la aplicación del principio de equilibrio económico en las asociaciones público-privadas (APP) | 64 |
| Prelusión | 64 |
| Sumario | 65 |
| La doble naturaleza del derecho propuesta por Robert Alexy | 65 |
| La pretensión de corrección en el discurso de la aplicación del principio de equilibrio económico en las APP..... | 67 |
| La necesidad de la pretensión en el equilibrio económico de las asociaciones público-privadas (APP). | 69 |
| El contenido de la pretensión en el equilibrio económico en el desarrollo de las asociaciones público-privadas APP..... | 72 |

| | |
|--|------------|
| La teoría del discurso en la aplicación del principio de equilibrio económico en las asociaciones público-privadas. ----- | 74 |
| Axialidad y principales problemas de las asociaciones público-privadas (APP) en la contratación estatal colombiana. ----- | 77 |
| La proporcionalidad con el fin de recobrar el equilibrio económico en las APP-- | 81 |
| Importancia del derecho o principio ----- | 83 |
| Peso en abstracto ----- | 87 |
| Apreciaciones empíricas relativas ----- | 88 |
| Conclusiones ----- | 96 |
| Referencias ----- | 101 |

Lista de Figuras

| | |
|---|----|
| Figura 1. Comparativa entre las diferentes tipologías de las APP. | 28 |
| Figura 2. Posibles estructuras de las APP | 30 |
| Figura 3. Línea jurisprudencial por polos. | 37 |
| Figura 4. Nicho situacional. | 39 |
| Figura 5. Problema en los términos de la teoría de Alexy. | 85 |

Lista de tablas

| | |
|---|----|
| Tabla 1. APP contratados según el RUAPP en 2024. | 25 |
| Tabla 2. Colores de las providencias analizadas. | 40 |
| Tabla 3. Porcentaje en polos de línea jurisprudencial..... | 42 |
| Tabla 4. Vectores de interpretación sobre la pregunta de línea. | 43 |

Abreviaturas

| | |
|----------|-------------------------------|
| C. C. | Corte Constitucional |
| C. E. | Consejo de Estado |
| C. S. J. | Corte Suprema de Justicia |
| APP | Asociaciones público-privadas |

Resumen

El presente trabajo de investigación aborda las Asociaciones Público-Privadas (APP) en Colombia, se plantean diversos aspectos que comprenden desde su marco normativo hasta los desafíos prácticos en su implementación. Se señala que las APP fusionan elementos del derecho público y privado, lo que establece una negociación flexible para satisfacer tanto el interés general como los objetivos lucrativos de la parte privada. De ahí que el principio del equilibrio económico es crucial para mantener una correspondencia justa entre las partes durante la ejecución del contrato.

A partir de un análisis jurisprudencial del Consejo de Estado se encuentra una evolución significativa en el tratamiento del equilibrio económico en contratos de APP con divergencias y convergencias. La falta de consenso y uniformidad en su interpretación crea un vacío jurídico que afecta la seguridad jurídica y la coherencia normativa, en específico debates sobre la aplicación del artículo 868 del Código de Comercio (1971).

Se propone el uso del principio de ponderación basado en la teoría de la doble naturaleza del derecho de Robert Alexy. Esta teoría busca corregir la ambivalencia en la jurisprudencia, considerando criterios más flexibles para una toma de decisiones objetiva. La proporcionalidad también se establece como un enfoque, lo que pondera principios en conflicto para lograr un equilibrio entre seguridad jurídica y justicia. A pesar de la ambigüedad en la jurisprudencia, se destaca el avance de las APP en Colombia, sugiriendo una dinámica positiva a pesar de los desafíos. La conclusión señala la necesidad de soluciones que armonicen seguridad jurídica y justicia, promoviendo coherencia y uniformidad en la interpretación y aplicación del equilibrio

económico, considerando tanto aspectos teóricos como desafíos prácticos en la contratación estatal colombiana.

Palabras clave: Asociaciones Público-Privadas (APP), Derecho público y privado, equilibrio económico, principio de ponderación, proporcionalidad.

Abstract

This comprehensive analysis of Colombian Public-Private Partnerships (PPPs) analyses regulatory framework to the practical challenges in their execution. Law 1508 of 2012 establishes specific conditions for PPPs, and the National Planning Department plays a pivotal role in reviewing and advising on contractual processes, ensuring alignment with state interests.

PPPs blend elements of public and private law, allowing for flexible negotiations to satisfy both the general interest and the profit-driven objectives of the private party. The principle of economic equilibrium is pivotal for maintaining a fair correspondence between the parties during the contract execution, backed by mechanisms for price adjustment and review.

The jurisprudence of the Council of State has undergone a significant evolution in dealing with economic equilibrium in PPP contracts, revealing divergent and convergent trends. The lack of consensus and uniformity in its interpretation creates a legal void impacting legal certainty and regulatory coherence, especially in debates concerning the applicability of Article 868 of the Commercial Code.

To tackle these challenges, we propose the application of the weighing principle, grounded in Robert Alexy's theory of the double nature of law. This theory seeks to rectify the ambivalence in jurisprudence by considering more flexible criteria for objective decision-making. Proportionality is an essential element as an approach, balancing conflicting principles to achieve equilibrium between legal certainty and justice.

Despite the ambiguity in jurisprudence, the advancement of PPPs in Colombia is notable, suggesting a positive trend despite the challenges. The conclusion underscores the imperative need for solutions that reconcile legal security and justice, fostering coherence and consistency in

the interpretation and application of economic equilibrium, considering both theoretical aspects and practical challenges in Colombian state contracting.

Key words: Public-Private Partnerships (PPP), Public and Private Law, Economic Balance, Principle of Weighing, Proportionality.

Introducción

En la Constitución la función administrativa del Estado emerge como el eje central para satisfacer las necesidades generales de la sociedad a través de diversas actividades. En este contexto, la contratación pública se rige como un pilar crucial para el desarrollo económico, político y social del país, representando una parte significativa del Producto Interno Bruto (PIB). La ejecución eficiente de estas funciones demanda un esfuerzo económico considerable por parte del Estado, impulsando la búsqueda de alternativas financieras, como las Asociaciones Público-Privadas (APP).

En Colombia, las APP han tenido un acogimiento favorable en la contratación pública, lo que las sitúa en un lugar destacado a nivel latinoamericano y mundial. La legislación colombiana, ha establecido un marco normativo específico para regular estas asociaciones, delineando condiciones como el monto de inversión, el plazo máximo y límites a adiciones de recursos públicos, a través de la Ley 1508 de 2012. Implica su uso, la conciliación entre el derecho público y privado, con el fin de ser más flexibles para busca equilibrar el interés general con los objetivos lucrativos de la parte privada. Así las cosas, el principio del equilibrio económico del contrato se erige como esencial para mantener la equivalencia entre obligaciones y derechos de las partes durante la ejecución del contrato, contando con mecanismos de ajuste y revisión de precios según la normativa colombiana.

Las APP en Colombia representan una herramienta estratégica para la ejecución de proyectos de infraestructura y servicios públicos, con una regulación que busca asegurar el equilibrio entre las partes involucradas. El presente trabajo de investigación se adentrará en un análisis de la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado sobre el equilibrio económico en

contratos de APP, en aras de verificar la diversidad de enfoques e interpretaciones en este contexto. La complejidad y relevancia del principio de equilibrio económico en el ámbito de la contratación estatal colombiana se destacan como elemento central para comprender la dinámica y los desafíos de las asociaciones público-privadas en el país.

En este escenario, el presente escrito, tiene como pregunta metodológica la siguiente *¿En los contratos regidos por el derecho público – privado específicamente las APP son aplicables las previsiones del principio de equilibrio económico del contrato y la onerosidad sobreviniente?* El interrogante expuesto permite revisar cómo es aplicado el principio de equilibrio económico en el escenario de las APP, teniéndose como hipótesis central que las Asociaciones Público-Privadas (APP) en Colombia, generan divergencias en la interpretación del principio de equilibrio económico en los contratos de APP, por lo que la falta de consenso y uniformidad en la interpretación, junto con la ambigüedad jurídica, plantea desafíos a la seguridad jurídica y coherencia normativa.

Con todo, para abordar esta problemática, se propone el uso del principio de ponderación basado en la teoría de la doble naturaleza del derecho de Alexy (2016), en aras de plantear un discurso jurídico de corrección de la ambivalencia en la jurisprudencia contenciosa-administrativa. La aplicación de este principio, junto con la proporcionalidad, se presenta como una solución para alcanzar un equilibrio adecuado entre la seguridad jurídica y la justicia en las APP.

Así las cosas, la metodología empleada en este estudio es de corte descriptivo-analítico, con un enfoque cualitativo. Se llevará a cabo un análisis en donde se utilizará la técnica de línea jurisprudencial, que implica examinar y categorizar las decisiones judiciales relacionadas con el

equilibrio económico en los contratos de Asociaciones Público-Privadas (APP) (López, 2009).

Este enfoque cualitativo permitirá una comprensión profunda de la evolución jurisprudencial y la identificación de patrones, divergencias y convergencias en la interpretación del principio de equilibrio económico en el contexto colombiano.

Teniéndose esto, el escrito tendrá como organización teórica tres objetivos específicos: (i) describir las aproximaciones conceptuales de las asociaciones público-privadas (APP), el origen junto con sus ventajas y desventajas, con el fin de abordar los principales ejes de la investigación; ii) Analizar mediante una línea jurisprudencia los puntos de acuerdo y disenso del Consejo de Estado sobre la aplicación del principio de equilibrio económico en el escenario de las APP, con el fin de encontrar los principios vectores de interpretación y; iii) Abordar el principio de proporcionalidad como herramienta jurídica para conciliar los sectores público-privado en el desarrollo de las APP.

De esta manera se pretende dar respuesta a la pregunta metodológica expuesta, por lo cual, con el fin de brindar mayor claridad al presente trabajo de investigación, el desarrollo de cada objetivo específico se dará por cada capítulo, para lo cual contará el escrito de tres (03) partes, las cuales, bajo la metodología adoptada, darán respuesta a los propósitos planteados y por ende, al interrogante planteado.

CAPÍTULO I

Aproximaciones conceptuales a las asociaciones público-privadas (APP) en Colombia y el principio de equilibrio económico en el marco de la contratación estatal

Prelusión

En el presente capítulo, presenta el marco contextual de la investigación, la cual es necesario precisar la exposición de los elementos esenciales de las asociaciones público-privadas en el escenario jurídico y práctico en Colombia y el principio de equilibrio económico en el marco de la contratación estatal. Por lo anterior se da aplicación a la metodología descriptiva analítica con el fin de priorizar los tópicos del capital privado en proyectos de infraestructura tanto para los sectores productivos y sociales, teniéndose como objetivo principal plantear los asuntos más esenciales de la materia.

Sumario

1.1. Aproximaciones de la contratación estatal y las asociaciones público-privadas (APP) en Colombia. 1.2. Origen, ventajas y desventajas de las asociaciones público-privadas (APP) en el Reino Unido. 1.3. Definición de las asociaciones público-privadas (APP) en Colombia. 1.4. Aplicación y funcionamiento de las Asociaciones Público- Privadas (APP). 1.5. El concepto del principio del equilibrio económico del contrato en el marco estatal.

Aproximaciones de la contratación estatal y las asociaciones público-privadas (APP) en Colombia

En el marco de las funciones del territorio colombiano, la Constitución Política (1991) encarga a través de la administración del Estado la función de desplegar múltiples actividades en aras de materializar los fines y objetivos que se propone el articulado constitucional. Así lo expone la normativa al señalar que la “función administrativa (...) busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política de 1991” (L. 489, art. 4, 1998). De ahí que, la ejecución de la labor anterior es una tarea compleja que se concretiza en un entramado de entidades estatales que asumen la labor sectorizada para articular los mandatos constitucionales hacia los ciudadanos colombianos.

La labor que despliega la administración del Estado tiene tal importancia que su aplicación condiciona el desarrollo económico, político y social, teniéndose que su debida ejecución puede llegar a representar entre el 10% a 15% del Producto Interno Bruto (PIB) de una Nación (OMC, 2024). A su vez, el mayor porcentaje de la administración estatal se da mediante la contratación pública la cual representó 157 billones en el año 2022 y más de 63 billones mediante el Sistema Electrónico para la Contratación Pública para el año 2023 (Colombia Compra Eficiente, 2022).

En este contexto, el esfuerzo económico del Estado para mantener la capacidad de contratación y en consecuencia garantizar la materialización de los fines y objetivos que se plasman, precisa un esmero en el erario público de gran significado, pero además aunado al éxito de la ejecución en la contratación pública. Luego entonces, las acciones que se dirijan por parte

del Estado deben ser transversales en todo el proceso de contratación, es decir, desde su planeación, pasando por su ejecución y resultados. (Rezzoagli, 2016)

Así las cosas, ante el esfuerzo significativo que representa mantener y ejecutar con buenos resultados la contratación pública, esta última ha cedido al derecho privado con el fin de encontrar financiación de los recursos y ejecutar los contratos estatales que resultan de suma onerosidad para el patrimonio público.

Origen, ventajas y desventajas de las asociaciones público-privadas (APP) en el Reino Unido

El origen de las asociaciones público-privadas, por sus siglas (APP), se dio en el Reino Unido como consecuencia del reemplazo de las denominadas “Ryrie-Rules” cuya normativa impedía la inversión de capitales privados en el desarrollo de la contratación pública. Fue hasta en la Declaración de Otoño de 1994 que el ministro de Hacienda, Kenneth Clarke, anunció la necesidad de ingreso de capital privado a la contratación pública, al decidir la obligatoriedad de que cada proyecto presentado debía explorar múltiples opciones para asegurar financiamiento privado. (Zhou & Lowe, 2003, p. 73)

El objetivo de la implementación de las APP era fortalecer la alianza del sector público y privado, no solo a nivel del gobierno central en el Reino Unido, sino a nivel de territorio local. De esta manera se rompe la política tradicional de restringir la inversión privada al apartado público, para dar paso a un resorte del erario en todo el desarrollo de los servicios que debe prestar.

Así las cosas, en principio la financiación privada de obras públicas se implementó mediante el sistema concesional con toda la transferencia de riesgo al sector privado. Sin

embargo, la administración pública asumió cada vez más riesgos los cuales no podía transferir a particulares, teniéndose una carga más dinámica del riesgo asignado a las partes (Nieto, 2004). Así, en 1980, la participación privada tuvo éxito en proyectos de infraestructura de gran envergadura como el “Channel Tunnel” o “Eurotúnel”, pasaje debajo del mar que une el Reino Unido con Francia, o el “Dartford River Crossing” puente que cruza el río Támesis.

En este contexto, la flexibilización en el riesgo entre el sector público y privado fomentó el financiamiento privado, luego de que en 1997 se tuvieran alrededor de cuarenta (40) contratos, para pasar a cien (100) entre 1998 y 1999, aumentó que fue en ascenso hasta tener cuatrocientos (400) contratos en el año 2001, lo que proyectó una inversión futura de alrededor de £100 billones de libras esterlinas (National Audit Office, 2002).

La favorabilidad de las APP en el Reino Unido se vio inmersa en la necesaria convicción del sector público para salvaguardar el interés general, por lo que decidió la creación de un equipo de trabajo con el fin de que asesorara a las entidades públicas contratistas sobre la implementación de inversión privada en sus proyectos. No obstante, ante la amplia tarea asignada, fue necesario la creación de un organismo denominado “Partnerships UK” que además de asesorar, coordinara las contrataciones público-privadas. (Nieto, 2004)

Ante la creación de un organismo de coordinación para las APP, los efectos económicos beneficiaron al sector público en una eficiencia de los acuerdos contractuales acordados. Tanto la disminución de los costes de transacción y el aumento de la eficiencia contractual, contribuyeron a la estructuración detallada de los proyectos de inversión. Empero lo anterior, el efecto positivo que para algunos sectores logró las APP, para otros en los términos del análisis económico del derecho, resultó en un declive para la administración pública, obsérvese:

La propiedad y control de la infraestructura pública tiene unas implicaciones políticas, sociales y financieras profundas para la provisión de servicios públicos y la rendición de cuentas democrática. Las APP resultan en una lógica de mercado centrada en los beneficios dentro de la provisión de servicios públicos, y la creación de una capa de gestión del servicio público cada vez más corporativizada. Consideraciones tales como la seguridad y satisfacción pública quedan subordinadas a cumplir los pagos contractuales con los proveedores APP (Joel B & Tim J, 2017, p. 5).

Lo precitado contempla una lógica económica agresiva que subsumió el interés público del Reino Unido a los intereses del sector privado, escenario que conllevó al detrimento de regímenes como la salud y pensión que se ven afectados por políticas que distan de los fines y objetivos que se traza un estado social de derecho. Aunque dentro de la infraestructura pública el país anglosajón ha generado £70.600 millones de libras esterlinas en contratación de obras públicas, el resultado del análisis práctico concluye un mayor costo para la Nación, puesto que resulta pagando demás por el uso de la infraestructura comparado con un préstamo convencional (Paton, 2006).

Pese a una amplia tendencia negativa por parte de los ciudadanos, Reino Unido promueve activamente las APP al manifestar que su éxito es categórico, teniéndose un gran interés por parte de multinacionales británicas en ofrecer sus servicios a diversos países con el fin de conseguir asociaciones público-privadas. (Joel B & Tim J, 2017).

Definición de las asociaciones público-privadas (APP) en Colombia

La asociación como vocablo refiere a la unión “*de una cosa con otra para concurrir a un mismo fin*” (RAE, 2023), lo que supone la coadyuvancia de dos elementos que reúnen esfuerzos

para un objetivo común. En igual sentido define las asociaciones público-privadas (APP) en los términos contractuales el Banco Mundial al señalar:

Un contrato a largo plazo entre una parte privada y una entidad pública, para brindar un activo o servicio público, en el que la parte privada asume un riesgo importante y la responsabilidad de la gestión y la remuneración está vinculada al desempeño (Frigerio & Gómez, 2018, párr. 1)

No dista de la definición anterior de la ley colombiana al regular las APP dada la imperiosa necesidad de su regulación en el marco de la contratación estatal. A diferencia del Reino Unido, en Colombia la regulación de esta figura jurídica ha sido más reciente, su marco normativo y legal se da desde la Ley 1508 de 2012, cuando expone la siguiente acepción:

Las Asociaciones Público-Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.

Aunque la ley 1508 de 2012, ha sido reciente, esto no quiere decir que las APP hayan surgido hasta hace más de una década, todo lo contrario, según datos del Departamento Nacional de Planeación y la Asociación Colombiana de Sociedades Capatales (Asocapatales, 2021), la inversión de total de obra de infraestructura pública se estimó en \$962 billones de pesos colombianos, los cuales han sido un acumulado de los últimos 25 años (1993 - 2018), de los cuales se estima que \$501 billones de pesos provienen de capital privado.

Las asociaciones del sector público-privado en Colombia han sido, al igual que el Reino Unido, una tradición en la contratación pública en donde el inversor privado se vuelve un aliado estratégico para la consecución de los fines del Estado. Precisamente, Colombia ocupó el segundo lugar en el uso y promoción de las APP (Infrascopio, 2019, p. 10) en Latinoamérica y a nivel mundial el mismo lugar luego de los países del Reino Unido y Australia. Lo anterior, denota que la regulación normativa y el área práctica de la ejecución de APP atraen grandes inversionistas privados que ven en el país, una legislación robusta y confiable en la que invertir el capital. Actualmente, se encuentran cincuenta (50) APP contratadas en Colombia, lo que supone un amplio margen y promoción de financiación privada.

Tabla 1.

APP contratados según el RUAPP en 2024.

| Entidad | Contratado | Total |
|---|-------------------|--------------|
| <i>Agencia Nacional de Infraestructura</i> | 38 | 38 |
| <i>Alcaldía de Bogotá, D.C</i> | 3 | 3 |
| <i>Gobernación de Antioquia</i> | 2 | 2 |
| <i>Alcaldía de El Retén, Magdalena</i> | 1 | 1 |
| <i>Alcaldía de Medellín, Antioquia</i> | 1 | 1 |
| <i>Alcaldía de Montería</i> | 1 | 1 |
| <i>Departamento administrativo de la defensoría del espacio público</i> | 1 | 1 |
| <i>Fiscalía General de la Nación</i> | 1 | 1 |
| <i>Instituto Nacional de Vías</i> | 1 | 1 |
| <i>Secretaría Distrital de Salud</i> | 1 | 1 |
| <i>Total</i> | 50 | 50 |

Adaptado de Banco Mundial (2014). Registro Único de Asociaciones Público-Privadas (RUAPP).

El Departamento Nacional de Planeación ha sido el órgano encargado de revisar los procesos contractuales por APP, siendo un promotor de la inversión privada, con la ayuda de estructuración de sectores económicos y sociales, asesoría técnica, actualización de la normativa, estudios sectoriales para atraer mayor capital privado y una labor de control y análisis de valor por dinero, esto es que, una vez estructurado el proceso y validadas las aprobaciones del Ministerio cabeza de sector y el Ministerio de Hacienda, emiten un concepto de eficiencia, donde señalan la mejor opción para contratar, ya sea mediante APP u obra pública. (Asocapitales 2021)

Similar al “Partnerships UK” organismo del Reino Unido, El Departamento Nacional de Planeación conlleva una tarea de asesoramiento en el uso de las APP con el fin de reducir a largo plazo los costes de transacción y eficiencia en la contratación estatal desarrollada, teniendo un objetivo de salvaguardar el interés general ante la utilidad privada.

Aplicación y funcionamiento de las Asociaciones Público- Privadas (APP)

Dentro del marco normativo expuesto por la Ley 1508 de 2012, y la definición de las APP, la regulación de la misma abarca su ámbito de aplicación condicionado al encargo del objeto contractual a un inversor privado. Las disposiciones normativas de la precitada ley enuncian algunos de los servicios que deberán prestarse por los contratistas en las APP, a saber

La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha

infraestructura. También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos (...) (L. 1508, art. 3, 2012).

La enunciación de estas actividades no limita el uso de las APP, en cuanto los servicios que pueden contratarse estos se encuentran en el marco de la voluntad del Estado y el uso de cualquier objeto contractual que se requiera, así pues, puede entreverse actividades de demolición, reforzamiento y todas aquellas que sean necesarias para el correcto uso y despliegue de los contratos estatales.

De esta manera, al observarse la entrada de capital privado en la contratación estatal, su uso se ha circunscrito a aquellos contratos que sobrepasen un monto de inversión de seis mil (6000) SMMLV, condicionado su plazo a un máximo de treinta (30) años y un límite a adiciones de recursos públicos y a prórrogas hasta el 20% del valor del contrato. En este sentido, los costos de estudio de estructuración del proceso son elevados, por lo que el resultado de las APP se estima en un costo considerable que la entidad privada debe asumir a título de financiación, lo que implica un músculo financiero significativo, ante el límite del aporte del sector público a un tope del treinta (30%) de recursos y veinte (20%) para la infraestructura de vías, en los casos en que la iniciativa la tuvo el sector público.

Lo anterior se da luego de que la búsqueda de capital privado se encuentra en minimizar el impacto económico de la administración estatal para poder ejecutar un proyecto, es por esta razón que la financiación pública se da en un porcentaje menor. *Contrario sensu*, se da en el marco de la iniciativa pública, en donde no existe límite de aporte de recursos del sector público, en este contexto, la normativa (L. 1508, 2012) ha establecido las tipologías de APP en función de la iniciativa del proyecto, véase:

Figura 1.

Comparativa entre las diferentes tipologías de las APP.

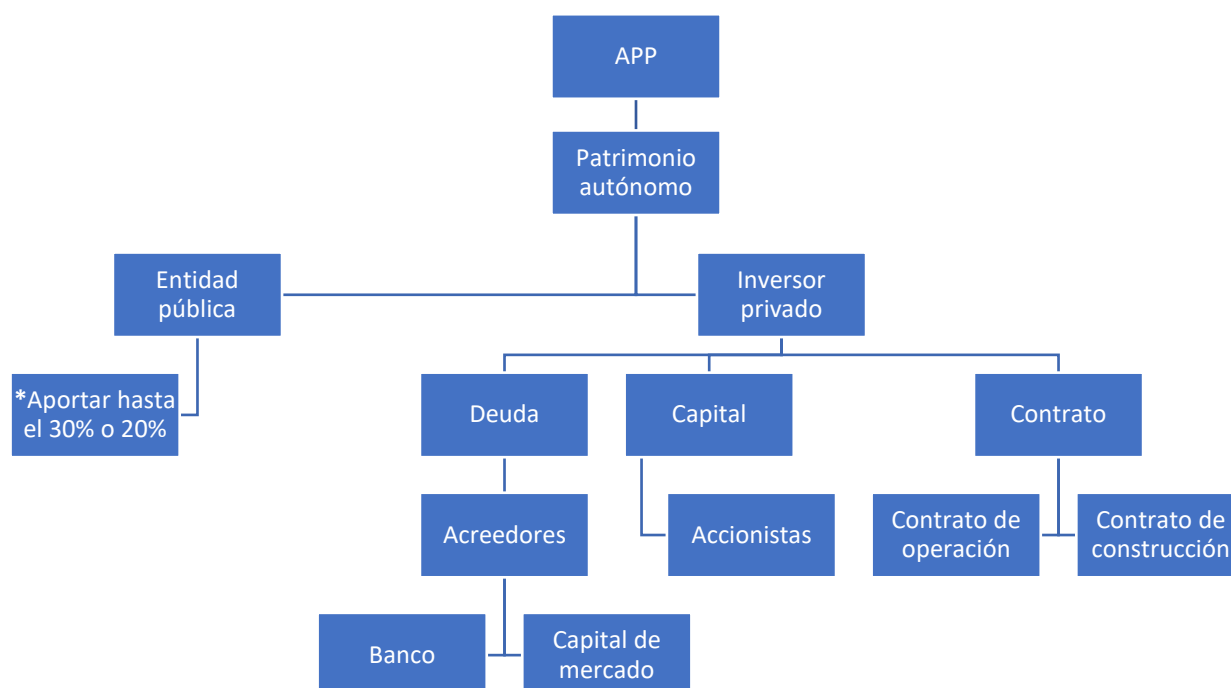
| INICIATIVA PÚBLICA | INICIATIVA PRIVADA |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • Recursos: No tiene ningún límite en sus aportes tanto para el sector público o privado • Proceso de selección: Se da mediante un proceso de licitación. | <ul style="list-style-type: none"> • Demanda desembolso de recursos públicos • Recursos: Se impone un límite de hasta el 30% del capital al sector público • Proceso de selección: Licitación pública • No requiere desembolso de recursos públicos • Recursos: 100% del sector privado • Proceso de selección: Selección abreviada de menor cuantía |

Nota: Elaboración propia.

Huelga señalar, además, que toda la administración de los recursos se realiza a través de un patrimonio autónomo, tanto de los pasivos y activos, con el fin de separar los recursos aportados por el sector público y privado. Con todo, la garantía de la entidad privada contratante puede verse inmersa en problemas de orden jurídico y/o financiero, por lo que resulta una condición *sine qua non*, la apertura de un patrimonio autónomo que resguarde el capital para finalización del proyecto que este llevando a cabo. Obsérvese entonces el funcionamiento general de una APP en Colombia.

Figura 2.

Esquema del funcionamiento de una APP en Colombia.



Nota. Elaboración propia

La estructura revisada en la gráfica anterior hace referencia de forma general al funcionamiento de una APP, sin embargo, existen diversas variantes en el marco contractual en donde el acuerdo de las partes puede dinamizar las cargas de riesgo negociables, los tiempos, modos, lugares, entre otros aspectos, con el fin de crear contratos únicos que beneficien a ambas partes. De ahí la importancia de un organismo del Estado que le permita conceptuar sobre los retos y favorabilidades que le trae el negocio contractual, ante el interés eminentemente lucrativo

de la parte privada, en contraposición a la administración estatal por el cumplimiento y materialización de los objetivos y fines del Estado.

Si bien la normativa o jurisprudencia colombiana aún no refiere a las diferentes estructuras que puede comprender una APP, la legislación internacional (Robalino, 2010) ha reglado las formas de diseño e implementación de las asociaciones, con el fin de revisar en los eventos jurídicos desplegados, que efectos traen este tipo de regulaciones, más cuando el interés general de la administración estatal está en juego. Así pues, las disposiciones normativas

Figura 2.

Posibles estructuras de las APP

| <i>Posibles estructuras</i> | <i>Definición</i> |
|--|---|
| <i>Operación y Administración</i> | La entidad pública contrata al inversor privado quien proporciona el servicio específico, teniendo el dominio público de la instalación. El socio privado le retribuye la administración pública una renta fija o sistema de premios e incentivos vinculados a metas preestablecidas. |
| <i>Diseño y Construcción</i> | El inversor privado construye y diseña un proyecto para una entidad estatal, amortiguando el impacto económico del Estado, teniéndose un ahorro de tiempo y dinero, además el riesgo localizado está en el sector privado. La entidad estatal es la propietaria de los activos y la responsable de la operación y el mantenimiento. |
| <i>Diseño, Construcción, Financiamiento, Operación, Mantenimiento y Transferencia.</i> | El inversor privado se encarga de todas las fases del proyecto, mantiene el control hasta la finalización del contrato, momento en el cual se transfiere al estado el proyecto desarrollado. (Robalino, 2010, p. 103) |
| <i>Diseño, Construcción, Financiamiento, Operación, Mantenimiento y Transferencia.</i> | El socio privado se encarga de todas las fases del proyecto, manteniendo el control hasta la finalización del contrato, momento en el que se transfiere al Estado. |
| <i>Desarrollo y Financiamiento</i> | El inversor privado financia la construcción o expansión de instalaciones en retorno a un permiso para construir locales comerciales o industriales en el lugar. La estructura es que el socio privado pueda operar las instalaciones bajo la tutela del gobierno. |
| <i>Arrendamiento exento de impuestos</i> | El socio público financia la construcción mediante un préstamo a instituciones financieras privadas, y el socio privado adquiere y luego transfiere el dominio al socio público. La parte del dinero destinada al arrendamiento está exenta de impuestos. |
| <i>Llave en mano</i> | La parte privada es responsable de diseñar, construir y operar las instalaciones. Este modelo integrado mejora la eficiencia y libera al gobierno de gastos de mantenimiento, aunque el riesgo recae en la parte privada. |

Nota. Elaboración propia.

Las estructuraciones de las APP enunciadas no implica *per se* que sean las únicas formas de negociación entre el sector público y privado. Debe señalarse para el caso, que aun cuando el funcionamiento de la contratación estatal se ciña en exclusiva a la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150

de 1993, y su procedimiento se encuentre reglado, la vinculación de la parte privada en la financiación de los proyectos fusiona el derecho público y privado como polos opuestos que deben conjugarse en pro de la alianza dada en una APP. Lo anterior es expuesto en la medida en que las reglas del derecho privado tienen un móvil lucrativo por parte de sus agentes, quienes encuentran en el contrato un negocio jurídico por medio del cual se puede acrecentar el capital invertido.

La lógica contractualista de la Ley 80 se apoya, por una parte, en la recuperación de un principio fundamental del derecho privado: la autonomía de la voluntad, y por otra, en la concepción igualitaria de la responsabilidad contractual derivada de la noción particular de la ecuación contractual (Benavides, 2004, p. 91)

De este modo la conciliación entre el derecho privado y la contratación estatal se da en su mayoría en el plano de las APP, teniéndose un contrapeso del sector público y privado que confluyen en la materialización de un fin que tiene repercusión exclusiva en los propósitos del Estado. Este hecho, que se revisará en el capítulo posterior, encuentra una ventaja para los propósitos de la contratación pública, el cual radica en el poder de negociación y el margen de creación de estructuración de los acuerdos contractuales.

Contrario a la regulación normativa y del procedimiento exegético presentado en una licitación de obra pública, el sector estatal estaría en la competencia de pactar la negociación con el fin de encontrar la mejor satisfacción de las necesidades para cubrir el interés general, opuesto al interés lucrativo del inversor privado. Si bien en principio puede verse estos intereses como adversarios, la verdad es que son de una naturaleza diferente que permite conciliarlos de forma más práctica, no se niega que la conveniencia de la entidad estatal que contrata tiene un ánimo de

reducción de costos, pero ello no implica un móvil genuino a la consecución de acrecentar el erario público como si se encuentra entre las partes de un contrato exclusivamente regentado por el derecho privado. (Vásconez, J. 2018)

La movilidad de negociación que imprime el derecho privado en el escenario de las APP, son causa para que la autoridad deba iniciar la negociación de sus términos en aras de proteger el interés general y de su proyecto. La iniciativa, ya sea privada o pública, debe entrar a un plano de exclusiva discusión, en donde se logre una asociación en función de la mejor eficiencia de las partes interesadas, por una parte, del éxito del proyecto y por otra, del fin lucrativo.

El concepto del principio del equilibrio económico del contrato en el marco estatal

El principio de equilibrio económico tiene su origen inmediato en un desequilibrio presentado en las prestaciones del contrato. Su uso entonces se circunscribe al esfuerzo de preservar las obligaciones en igualdad de condiciones fijadas en el clausulado contractual. En este sentido, su objetivo es mantener la equivalencia entre las obligaciones y derechos que asume cada parte, esto no solo para el derecho privado, sino también para el derecho público. En este contexto, los eventos fácticos que pueden romper dicho equilibrio son infinitos, por lo que resultará necesario, durante la ejecución del contrato, restablecer el equilibrio financiero y conciliar la parte público-privada.

El equilibrio económico del contrato, “no es otra cosa que el mantenimiento durante la ejecución de este, de la equivalencia entre obligaciones y derechos que se estableció entre las partes al momento de su celebración” (C.E, Sentencia 15119, 2003), por lo que cualquier evento que sobreviene y rompe el equilibrio del contrato entre las partes debe restaurarse (CE, Sentencia 14043, 2004). En igual sentido, si uno de los integrantes es del sector público en el escenario de

una APP, la causa que produce el desequilibrio económico del contrato debe restaurarse a su *statu quo*, teniéndose la obligación del inversor privado y de la administración estatal de reparar el clausulado conforme los nuevos eventos. Véase:

(...) 8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios (L. 80, art. 4, 1993)

Precisamente, la creación de la normatividad estatal para la contratación previó los eventos sobrevinientes en los contratos estatales, por lo que la normativa asumió como “supuestos de la ruptura de ecuación contractual (i) las causas imputables a las entidades públicas o (ii) hechos imprevisibles” (Benavides, 2004, p. 118) En este tenor, los supuestos expuestos dejan un amplio margen discrecional a los múltiples eventos fácticos que pueden tener cabida en la ejecución y desarrollo de un contrato.

Así mismo, el sector privado asume en igual forma las obligaciones y derechos al contratar con una entidad pública, en principio la carga impuesta de restablecer las condiciones originarias del contrato estatal, y en segundo lugar en atender que dentro del objetivo que se logre concretar en el proyecto, se encuentra inmerso que su actividad también coadyuva al cumplimiento de los fines estatales, y que por ende, se vuelve un precursor desde el derecho privado, del cumplimiento de la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones (L. 80, art. 3, 1993)

CAPÍTULO II

Línea jurisprudencial del principio de economía en la contratación estatal

Prelusión

A continuación, se analiza a partir de la hermenéutica jurídica, los principios vectores de interpretación del Consejo de Estado sobre el régimen y aplicación de las asociaciones público-privadas (APP). Así, el presente capítulo se centra en una metodología que tiene como pilar el papel que juega el organismo jurisdiccional y las normas adscritas (Alexy, 2012), entorno a la aplicación del principio de equilibrio económico en las APP, además de su uso y modulación. En este apartado, se hace necesario con el fin de encontrar en las normas adscritas el análisis de una línea jurisprudencial (López, 2009), a través de diferentes sentencias que se han convertido en precedentes de la vía contenciosa administrativa con respecto al uso y aplicación de equilibrio económico entre acuerdos del sector público y privado.

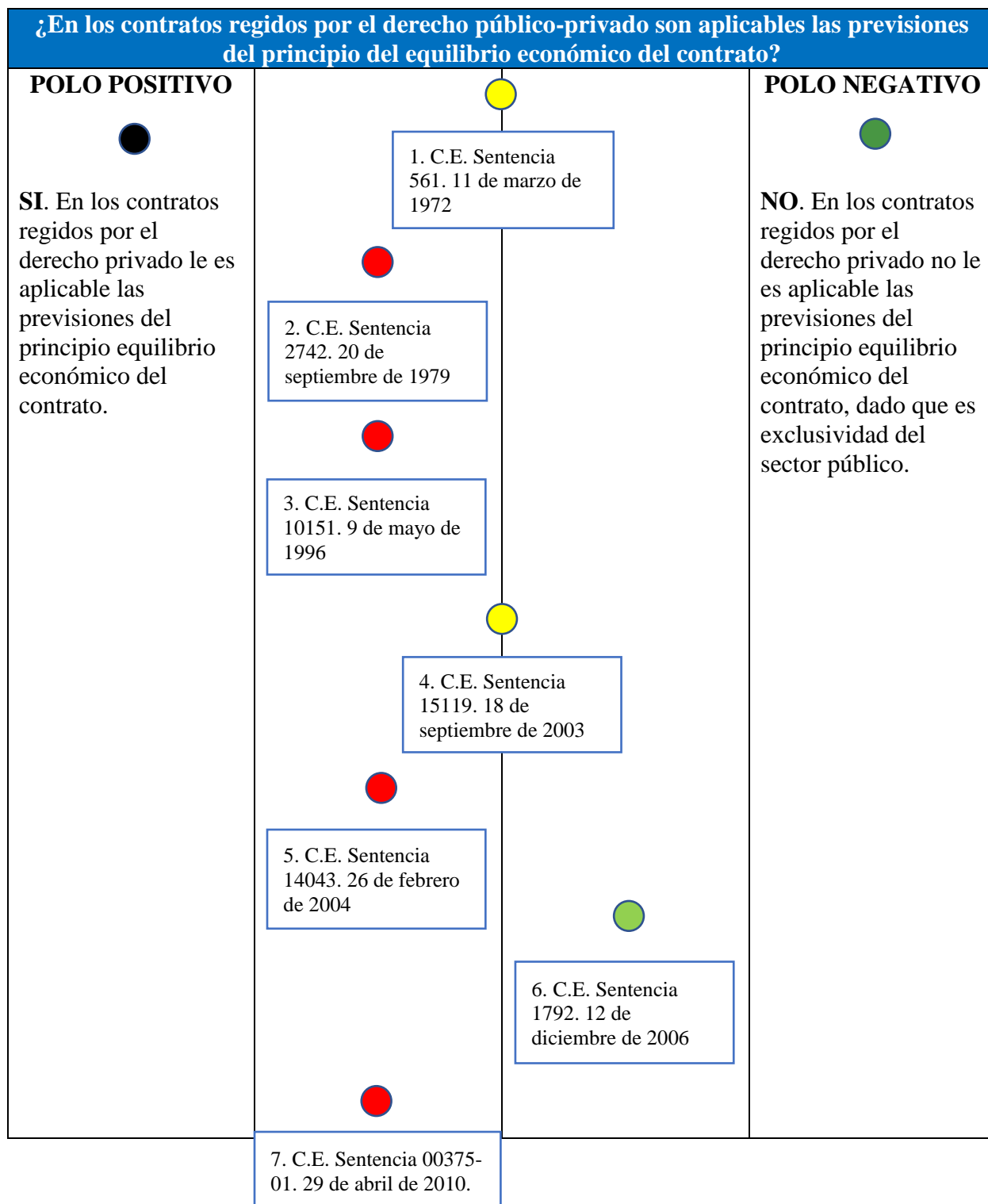
Sumario

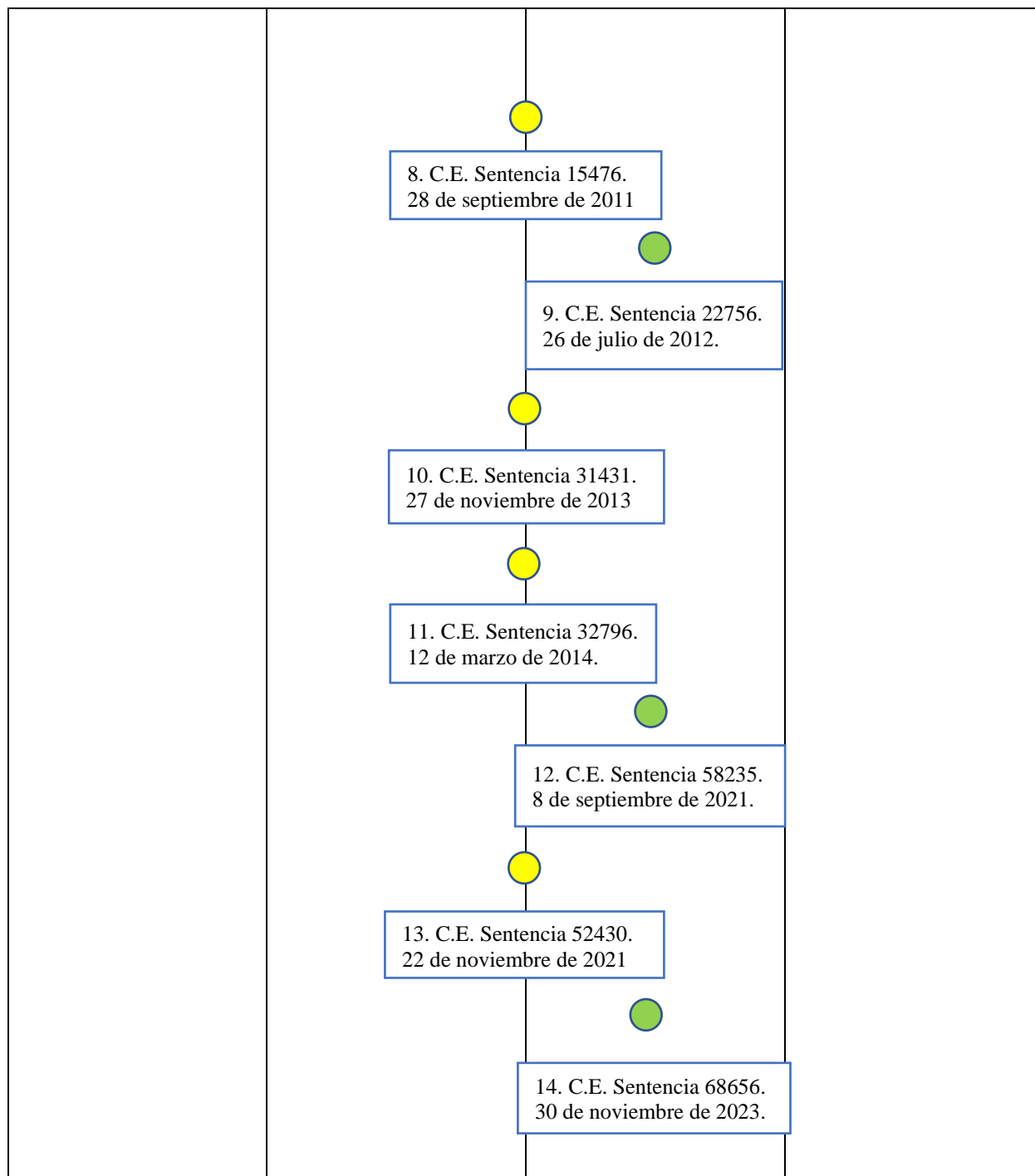
2.1. Línea jurisprudencial. 2.2. Análisis de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado frente al equilibrio económico del contrato. 2.3. Vectores de interpretación de la aplicación del principio de equilibrio económico en el escenario de la contratación estatal. 2.3.1. Evolución jurisprudencial del principio de equilibrio contractual en el contrato estatal. 2.3.2. La conmutatividad entre las asociaciones público-privadas (APP) 2.3.3. El equilibrio económico del contrato como principio transversal a las asociaciones público-privadas APP

Línea jurisprudencial

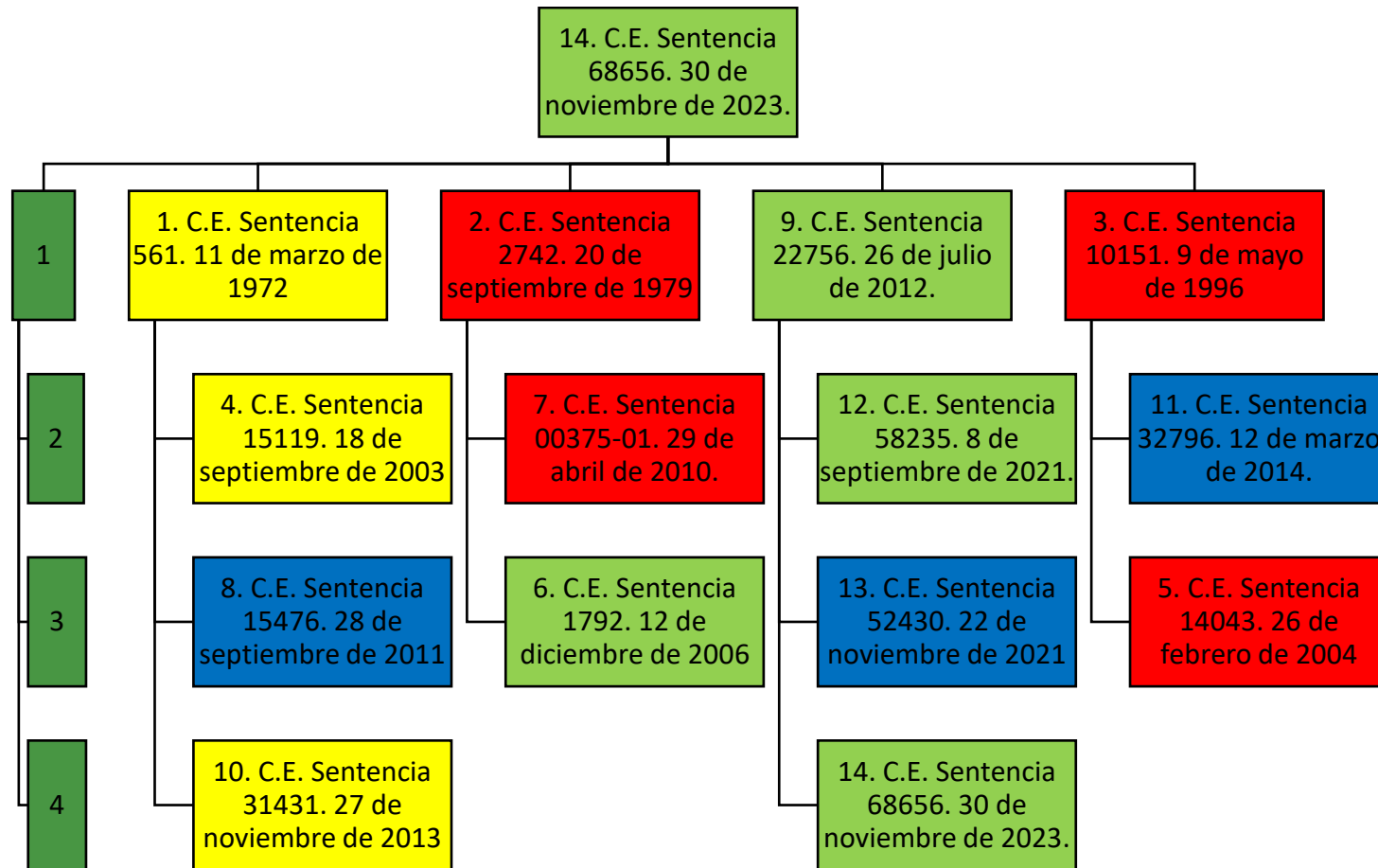
Figura 3.

Línea jurisprudencial por polos.





Nota. Elaboración propia.

Figura 4.*Nicho situacional.*

Nota. Elaboración propia.

El interés de la gráfica se concentra en determinar los cambios decisionales a lo largo de las sentencias del Consejo de Estado, para mostrar “los puntos de acuerdo o disenso, y la regla jurídica que se determina frente al problema jurídico. De esta forma, para la elaboración de esta línea jurisprudencial” se toma como referencia lo planteado por el Doctor López (2009, p. 102), en el capítulo 5 del libro *El derecho de los jueces*.

La presente línea está dividida por niveles, que para el caso concreto son cuatro (4), en donde se encuentra cada providencia con color distinto, a saber:

Tabla 2.

Colores de las providencias analizadas.

| Color | Similitud |
|-----------------|--|
| <i>Rojo</i> | El color rojo para sentencias cuyos eventos fácticos relatan la aplicación del principio de equilibrio económico del contrato en los contratos regidos por el derecho público-privado. |
| <i>Azul</i> | El color azul refiere a sentencias en menor grado de incidencia en el polo positivo, las cuales no derivan una subregla de aplicación propia que relate la aplicación del principio de equilibrio económico del contrato en los contratos regidos por el derecho público-privado. |
| <i>Amarillo</i> | El color amarillo refleja sentencias que complementan las sentencias con mayor tendencia al polo positivo sobre aplicación del principio de equilibrio económico del contrato en los contratos regidos por el derecho público-privado. (color rojo). Estas sentencias emiten subreglas de carácter secundario. |
| <i>Verde</i> | Las providencias de la Corte IDH de color verde son del polo negativo. La relación entre estas sentencias es el cambio jurisprudencial observado mediante polos, teniéndose que en los contratos regidos por el derecho privado no le es aplicable las previsiones del principio equilibrio económico del contrato, dado que es exclusividad del sector público. |

Nota. Elaboración propia.

Así pues, en primer lugar, en los niveles de línea, se toman las citas referenciadas desde la sentencia arquimédica la cual corresponde a la sentencia del 30 de noviembre de 2023 (C.E, Sentencia 68656, *Col.*). Luego, se despliega las siguientes sentencias en un primer nivel: Sentencia del 11 de marzo de 1972 (C.E, Sentencia 561, *Col.*); Sentencia del 20 de septiembre de 1979 (C.E, Sentencia 2742, *Col.*), Sentencia del 26 de julio de 2012 (C.E, Sentencia 22756, *Col.*) y Sentencia de 9 de mayo de 1996 (C.E, Sentencia 10151, *Col.*).

En el segundo nivel del nicho citacional se tiene las sentencias:

- Sentencia del 18 de septiembre de 2003 (C.E, Sentencia 15119, *Col.*).
- Sentencia del 29 de abril de 2010 (C.E, Sentencia 00375-01, *Col.*).
- Sentencia del 8 de septiembre de 2021 (C.E, Sentencia 58235, *Col.*).
- Sentencia del 12 de marzo de 2014 (C.E, Sentencia 32796, *Col.*).

El tercer nivel se compone de:

- Sentencia del 28 de septiembre de 2011 (C.E, Sentencia 15476, *Col.*).
- Sentencia del 12 de diciembre de 2006 (C.E, Sentencia 1792, *Col.*).
- Sentencia del 22 de noviembre de 2021 (C.E, Sentencia 52430, *Col.*) como providencia hito.
- Sentencia del 26 de febrero de 2004 (C.E, Sentencia 14043, *Col.*).

El último nivel consta de la Sentencia del 27 de noviembre de 2013 (C.E, Sentencia 31431) y Sentencia del 30 de noviembre de 2023 (C.E, Sentencia 68656). Sentencias que se identificaron bajo su relevancia citacional, partiendo del punto estratégico de la ingeniería inversa y la acertada organización del Consejo de Estado en su relatoría por temas.

Ahora bien, se puede observar que la citación realizada por el Consejo de Estado, bajo su sistema de providencia procede por criterio de búsqueda sobre eventos fácticos generalizados para realizar un estudio de diferentes providencias que respondan a la pregunta planteada.

Respecto al tema en estudio del principio de equilibrio económico del contrato, varias sentencias refieren en sus notas de relatoría a las sentencias en las cuales han fundamentado su decisión, hecho que permite reducir la labor de reconocimiento del precedente judicial, toda vez que el Consejo de Estado contiene en su relatoría una estructura moderada de búsqueda.

Análisis de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado frente al equilibrio económico del contrato.

Al realizar la clasificación de la línea jurisprudencial se plantearon dos polos (negativo y positivo) junto con una posición intermedia. En el presente caso ante la duda metódica planteada se encuentra que el 28,57% de las sentencias acogen el polo negativo frente al 28,57 del polo positivo. El mayor resultado se obtuvo sobre el 42,85% de tesis intermedia

Tabla 3.

Porcentaje en polos de línea jurisprudencial

| Polo positivo | Medio | Polo negativo |
|--|--|--|
| 28,57% | 42,85 | 28,57% |
| SI. En los contratos regidos por el derecho privado le es aplicable las previsiones del principio equilibrio económico del contrato. | Deja abierta la discusión para que el operador judicial decida sobre el caso que resuelve. | NO. En los contratos regidos por el derecho privado no le es aplicable las previsiones del principio equilibrio económico del contrato, dado que es exclusividad del sector público. |

Nota: Elaboración propia del autor.

Vectores de interpretación de la aplicación del principio de equilibrio económico en el escenario de la contratación estatal.

Tabla 4.

Vectores de interpretación sobre la pregunta de línea.

| Sentencias del consejo de estado | Vectores de interpretación |
|--|---|
| 1. <i>C.E. Sentencia 561. 11 de marzo de 1972</i> | La sentencia señala que, aunque el interés público prevalece sobre el interés privado en las acciones administrativas destinadas a satisfacer el bien común, si se establece que se afecten intereses patrimoniales de individuos, por lo que, en dado caso, la administración tendría la obligación de reparar los perjuicios ocasionados. Dentro del régimen del contrato administrativo señala la ponencia, que el principio de equilibrio económico puede ser aplicado en aquellos negocios jurídicos regidos por el derecho público-privado. |
| 2. <i>C.E. Sentencia 2742. 20 de septiembre de 1979</i> | Señala la ponencia que cuando la administración celebra un contrato administrativo, esta no renuncia a sus facultades inherentes al poder público, teniéndose que conciliar con los principios del derecho privado. El interés público por parte de la administración requiere que conserve una posición dominante que exceden el ámbito del derecho común. Aunque sus privilegios deben conciliarse con las implicaciones del con sensualismo contractual. |
| 3. <i>C.E. Sentencia 10151. 9 de mayo de 1996</i> | Señala la ponencia que lo que respecta al mantenimiento del equilibrio financiero, la legislación no la vinculó exclusivamente a la conducta de la administración, sino que también a la parte privada. Por lo anterior, se hace necesario la necesidad de restablecerlo en casos de alteración provocada por factores externos a las partes involucradas siendo aplicable el principio de equilibrio económico del contrato. |
| 4. <i>C.E. Sentencia 15119. 18 de septiembre de 2003</i> | La sentencia trata sobre el Contrato de Obra Pública No. 588 de 1985, el cual fue suscrito bajo las disposiciones del Decreto Ley 222 de 1983 y proferido por el Gobierno Nacional mediante facultades extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1982 para reformar el Decreto Ley 150 de 1976, conocido como el Estatuto de Contratación Administrativa. El Decreto Ley 222 contempló en el inicio el derecho del contratista a preservar el equilibrio económico del contrato en situaciones de modificación o terminación unilateral por parte de la Administración contratante (artículos 6 y 8). Empero lo anterior, el Decreto Ley 222 de 1983 no abordó expresamente las circunstancias externas al contrato que |

- como las teorías del hecho del príncipe, de la imprevisión y de las sujeciones materiales imprevistas.
5. *C.E. Sentencia 14043. 26 de febrero de 2004* La ponencia expresa que las situaciones fácticas que rompen la ecuación financiera del contrato incluyen el hecho del príncipe. Adicionalmente, las acciones en que incurra la administración en el ejercicio de su poder de dirección y control, sobre todo si varía las condiciones iniciales del contrato (ius variandi) puede dar uso al principio de desequilibrio económico.
 6. *C.E. Sentencia 1792. 12 de diciembre de 2006* En atención al criterio vector de si aplicar el principio de equilibrio económico o no en los contratos estatales, nace la necesidad de definir el concepto de hecho del príncipe, el cual no ha sido uniforme. Algunos doctrinante lo identifican como cualquier decisión u omisión emanada de la entidad pública contratante en su capacidad de autoridad, mientras que otros autores la definen como cualquier determinación o falta de acción de una entidad u órgano estatal que cause un impacto significativo en la economía del contrato. Sin embargo, para la ponencia no es posible aplicar el principio de equilibrio económico, sino que deja al operador jurídico la decisión de aplicar la regla correspondiente en derecho privado.
 7. *C.E. Sentencia 00375-01. 29 de abril de 2010.* La sentencia señala que la parte demandante no hizo referencia a norma alguna que aborde la cuestión del equilibrio económico en relación con las Empresas Promotoras de Salud (E.P.S.). Por lo anterior, señala la jurisprudencia en comento, que la disposición legal que regula específicamente esta figura es el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, la cual no ha sido mencionada por la demandante. No obstante, manifiesta dentro del derecho público, el término equilibrio económico constituye un componente de la doctrina jurídica relacionada con las transacciones comerciales, por lo que se entiende el uso de la figura del principio de equilibrio económico.
 8. *C.E. Sentencia 15476. 28 de septiembre de 2011* El principio de equilibrio financiero en el contexto normativo de la contratación pública se fundamenta en asegurar la preservación de la igualdad o correspondencia entre los derechos y las obligaciones surgidos en el inicio del clausulado contractual, ya sea de manera objetiva o en función de las circunstancias específicas. En caso de que, el equilibrio sea alterado por causas no imputables a la parte afectada, las partes involucradas están obligadas a tomar las medidas necesarias para su restablecimiento. Así las cosas, la ponencia deja en evidencia que, dependiendo de la parte que altere el desequilibrio, podrá o no aplicarse el principio de equilibrio económico
 9. *C.E. Sentencia 22756. 26 de julio de 2012.* La ponencia aborda que la creación del contrato estatal, a pesar de estar regido por el derecho civil y comercial, involucra un interés general y la utilidad social, tanto por la definición de la naturaleza del contrato como

- por la tipificación explícita en el artículo 58 de la Ley 388 de 1997. Bajo esta tesitura, se considera que el contratista es un colaborador del Estado y que, según las condiciones particulares del caso, puede recibir compensación o indemnización por la pérdida sufrida debido a modificaciones en las condiciones inicialmente acordadas, pero no desde la aplicación de la figura de equilibrio económico del contrato.
10. *C.E. Sentencia 31431. 27 de noviembre de 2013* La ponencia señala que los contratos estatales, aun cuando se encuentren regulados por normas de derecho privado o disposiciones especiales, el principio de equivalencia es fundamental. Lo considera un elemento presente en todas las negociaciones, especialmente cuando es de naturaleza estatal. Así concluye la ponencia que, el equilibrio económico del contrato debe revestir las relaciones contractuales regidas por el derecho privado, en las cuales una de las partes sea una entidad de derecho público. Sin embargo, no menciona directamente la aplicación de la figura propia del equilibrio económico del contrato, sino que deja a la sana crítica del operador judicial el uso de la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida.
11. *C.E. Sentencia 32796. 12 de marzo de 2014.* Explica la sentencia que la noción de la ecuación económica del contrato es una garantía a favor del contratista, que tiene como fin protegerlo ante el poder excepcional o exorbitante de la Administración. Precisamente, ese poder al estar presente en la relación contractual crea desigualdades ineludibles entre las partes, y la garantía no debe interpretarse como un seguro de ingresos o utilidades para el contratista. Con el paso del tiempo, el alcance de la figura jurídica ha evolucionado al reconocer que el equilibrio económico puede servir a cualquiera de las partes. Sin embargo, no menciona directamente la aplicación de la figura propia del equilibrio económico del contrato, sino que deja a la sana crítica del operador judicial el uso de la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida.
12. *C.E. Sentencia 58235. 8 de septiembre de 2021.* La ponencia trata sobre un contrato estatal regido por el derecho privado. En consecuencia, al tratarse de un contrato estatal especial, las disposiciones del Estatuto General de Contratación relacionadas con el equilibrio económico del contrato no resultan aplicables, tampoco la aplicación de la figura. Se realiza la diferencia marcada entre la figura del equilibrio del contrato y la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida, teniéndose preferencia por la aplicación de la última en atención a la prevalencia y poder de la administración sobre el privado.
13. *C.E. Sentencia 52430. 22 de noviembre de 2021* La sentencia analiza el presunto desequilibrio presentado en un contratado estatal. La ponencia decide que no hay existencia de un desequilibrio, con base en la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida, usando su posición dominante en el clausulado contractual. La parte privada logra negociar y redefinir el negocio jurídico, por lo que llegan a un acuerdo

14. C.E. Sentencia 68656. 30 de noviembre de 2023.

mutuo, restableciendo así el equilibrio que en principio siempre negó la administración.

La sentencia afirma que los contratos regidos por el derecho privado, no le es aplicable las disposiciones de la Ley 80 de 1993 que establecen el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Aunque dentro del contrato estudiado se incluyen cláusulas excepcionales, el desequilibrio alegado por el contratista no surge del ejercicio de estas, sino de presuntas deficiencias en la planificación contractual. Señala la corporación administrativa, que lo que procede es el uso de la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida en virtud del artículo 868 del Código de Comercio (1971).

Nota. Elaboración propia.

Bajo el estudio jurisprudencial Lopez (2009), se deriva la consecución de las normas adscritas acorde con los polos de la línea jurisprudencial. Sin embargo, para el presente caso, con el fin de dar respuesta a la pregunta metodológica planteada en la línea precedente, esto es, ¿En los contratos regidos por el derecho público-privado son aplicables las previsiones del principio del equilibrio económico del contrato? Se obtiene un empate entre el polo positivo y negativo teniéndose un resultado de 28,57% para ambos y una mayoría de las sentencias medias del 42,85%.

Así las cosas, las posibles respuestas es la posibilidad de que los contratos regidos por el derecho privado le son aplicable las previsiones del principio equilibrio económico del contrato, en oposición a su inaplicabilidad, dada la exclusividad del sector público. En primera instancia se tiene un reconocimiento expreso por parte del Consejo de Estado en la actividad y fusión dentro del marco de la contratación estatal. Las providencias, establecen que el uso de la figura jurídica del equilibrio del contrato se condicionó durante el tiempo al uso de ambas partes y no de exclusividad de la administración. En este sentido, el logro del alto tribunal administrativo ha sido demarcar una diferencia entre el principio de equilibrio económico en el contrato estatal y la

figura de la excesiva onerosidad sobrevenida, proveniente del artículo 868 del Código de Comercio (1971).

La diferenciación dada con anterioridad supone dentro del plano jurídico una ganancia en los términos del contrato estatal, dada la preservación del poder que emana el sector público frente al inversor privado. La finalidad de la administración es enmarcada en la Constitución Política (1991) lo que imprime que el interés general está representado en las entidades estatales en oposición al objeto lucrativo del sector privado. Así las cosas, ante cualquier evento que afecte las condiciones iniciales contratadas, el carácter constitucional que representa la entidad viene a sobreponerse sobre los intereses particulares.

En este contexto, es dable concluir que las prioridades del sector público están bien respaldadas desde el punto de vista jurídico, una vez que la jurisprudencia en la aplicación de la figura del equilibrio económico del contrato ha preferido la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida, proveniente del artículo 868 del Código de Comercio (1971), con el fin de movilizarse en el plano privado con la ventaja de representar los intereses generales y no particulares. Así las cosas, la figura del equilibrio económico del contrato al tenerse que aplicar para ambas partes, ha sido dejado de lado por algunas providencias con el fin de llevar al plano comercial su ventaja como Estado y sacar provecho en el equilibrio de las cargas asumidas en el clausulado contractual.

Bajo esta línea de argumentación, resulta necesario revisar cuáles son los avances jurisprudenciales más importantes sobre la materia, con el fin de analizar los datos obtenidos del estudio de polos bajo la pregunta metodológica expuesta. Esto, en aras de encontrar los criterios

vectores con los cuales la jurisprudencia ha matizado la aplicación del principio de equilibrio económico del contrato en la contratación estatal aquí en Colombia.

Evolución jurisprudencial del principio de equilibrio contractual en el contrato estatal

Como se observó en el apartado precedente, la naturaleza de los contratos celebrados entre una entidad pública y un inversor de capital privado se da, según el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y la jurisprudencia analizada, cuando una de las partes es una entidad pública. Aunque dichos acuerdos se rigen por el derecho privado, es aplicable los principios de la contratación estatal, particularmente el equilibrio económico, vinculado al interés general. Del corolario, a pesar del régimen privado incurso, estos contratos mantienen su naturaleza estatal y permiten restablecer el equilibrio financiero.

La sentencia señala que, aunque el interés público prevalece sobre el interés privado en las acciones administrativas destinadas a satisfacer el bien común, si se establece que se afecten intereses patrimoniales de individuos, por lo que, en dado caso, la administración tendría la obligación de reparar los perjuicios ocasionados. Dentro del régimen del contrato administrativo señala la ponencia, que el principio de equilibrio económico puede ser aplicado en aquellos negocios jurídicos regidos por el derecho público-privado (C.E, Sentencia 561, 1972)

Teniéndose lo precitado, la jurisprudencia ha enfatizado, dentro de la línea jurisprudencial *ut supra*, que es necesario regular aquellos eventos que en la ejecución del contrato modifican o alteran las condiciones inicialmente pactadas, por lo que resulta en un imperativo la materialización del principio de equilibrio económico, no solo como máxime de

justicia, sino como una acción que se dirija a ubicar los intereses opuestos y reconciliarlos nuevamente.

Ahora bien, el principio de equilibrio económico en los contratos no solo se erige como un imperativo desde la perspectiva de la justicia, sino también como una medida encaminada a armonizar los intereses contrapuestos de las partes involucradas en el contrato (Serpa, 2023). La materialización de este principio implica la búsqueda activa de un punto de equilibrio que permita salvaguardar los intereses de ambas partes, por lo que resulta necesario evitar que una de las partes obtenga un mayor perjuicio ante cambios imprevistos o situaciones que no se contemplaron en la redacción original del contrato.

De esta manera, preservar el equilibrio económico no solo responde a una noción ética y de justicia, sino que también cumple una función preventiva y correctiva en el ámbito contractual (Rojas-Poveda, 2021). En este sentido, reglar aquellos eventos que puedan afectar el equilibrio se convierte en un instrumento legal para prevenir estos supuestos, de ahí que la teoría del príncipe, los eventos sobrevenidos, entre otras figuras jurídicas, brindar un marco normativo que permite la resolución de aquellas situaciones imprevistas que surgen durante la ejecución del contrato.

EL análisis jurisprudencial resaltó la importancia de abordar las modificaciones contractuales, sobre todo bajo una tendencia de aplicación de medidas correctivas que sea guiada por el principio de equidad y por la necesidad de restablecer el equilibrio económico entre las partes involucradas en el contrato. Así:

Ahora bien, sea que se trate de un contrato estatal sometido al imperio del Estatuto de Contratación Estatal o sea que se trate de aquellos que por corresponder a una regla de excepción a su aplicación, como ocurre en el caso que ahora se examina, se encuentren

sometidos a las normas del derecho privado o a disposiciones especiales, lo cierto es que la equivalencia económica de las prestaciones contractuales constituye un principio medular que se encuentra inmerso en la legislación en materia de contratación estatal y que además lo recogen varias disposiciones del aludido derecho privado, razón por la cual debe estar presente en todas las relaciones negociales, máxime cuando uno de los extremos que la integran es una entidad de naturaleza estatal por cuya intervención se desprende que el negocio envuelve una finalidad pública, de manera que por vía de principio el equilibrio económico del contrato también está llamado a permear las relaciones contractuales sometidas al régimen de los particulares en donde una de ellas sea una persona jurídica de derecho público (C.E, Sentencia 31431, 2013)

De esta manera, el alto tribunal administrativo concluye que el principio de equilibrio económico contractual, basado en el interés jurídico protegido, afecta todas las relaciones contractuales, sin importar el régimen normativo aplicable. Además, su relevancia está dada cuando una entidad estatal forma parte del acuerdo, ya que su omisión podría comprometer la prestación de un servicio público o la satisfacción de un interés general, que son los objetivos del contrato celebrado y fines que son de protección constitucional.

No es capricho de la administración imponer su poder constitucional frente a los intereses del inversor privado, todo lo contrario, su condición está dada para aquellos eventos en que, por condiciones contractuales, sus intereses de puedan ver afectados, el máximo tribunal constitucional colombiano así lo ha manifestado:

La Administración Pública tiene el deber jurídico de restablecer el sinalagma económico del contrato y entrar a satisfacer los derechos del contratista afectado por los mayores

costos, dando así aplicación a los principios constitucionales de justicia conmutativa (art. 2.º), igualdad (art. 13) y garantía de los derechos adquiridos (C.C, Sentencia C-892, art. 58, 2001).

La línea jurisprudencial denoto en efecto lo precitado por la Corte Constitucional, dado que la sentencia del 26 de julio de 2012 (C.E, Sentencia 22756, *Col.*) emerge como sentencia hita al señalar la intersección entre la Ley 80 de 1993 y la posibilidad de analizar judicialmente un contrato estatal, lo que imprime una perspectiva sobre la aplicación del principio de equilibrio económico del contrato.

Precisamente la sentencia en comento sostiene que, aún con la ley de contratación estatal la Ley 80 de 1993, esta no es directamente aplicable a varios contratos estatales. Esto se debe a que la legislación dota de elementos jurídicos suficientes para considerar los contratos como "susceptibles de análisis judicial y de condena en contra de la entidad" (C.E, Sentencia 22756, 2012). Este planteamiento se convierte en un pilar fundamental al reconocer que, bajo ciertas circunstancias, un contrato estatal puede someterse a evaluación y eventual condena judicial, especialmente cuando se evidencian violaciones al equilibrio contractual.

Bajo este tenor, la ponencia refiere a las normas de carácter constitucional como fundamentos esenciales teniéndose un enfoque de conexión intrínseca entre el contrato estatal y los principios constitucionales en oposición al interés privado. Bajo esta premisa, el análisis que el operador jurídico debe desplegar está dado por una comprensión exhausta de los preceptos constitucionales que rigen el actuar de las entidades estatales.

Así, la sentencia del Consejo de Estado (C.E, Sentencia 22756, 2012), ofrece una perspectiva jurídica robusta al abordar la aplicabilidad de la Ley 80 de 1993 a los contratos

estatales, en particular sobre la importancia de considerar factores constitucionales en los eventos que se está en presencia de situaciones externas que desbordan las condiciones inicialmente pactadas

La perspectiva constitucional (actúa) como lente obligatorio para observar lo jurídico (e) impone al intérprete administrativo, civil, penal, etc., un rumbo de coherencia hermenéutica inmanente al entendimiento del ordenamiento jurídico como sistema. En tal sentido, la administración de justicia habrá de apreciar el conjunto de disposiciones legales con la extensión y, al mismo tiempo, con la restricción, que las normas constitucionales definen (Consejo de Estado, 2007, exp. ap-369). La Sala considera que los artículos constitucionales que consagran la buena fe, la solidaridad y la prohibición de abuso de los derechos serían la fuente indicada (C.E, Sentencia 22756, 2012).

Bajo la misma línea de argumentación se plantea en sentencia del del 12 de marzo de 2014 la Sentencia 32796, la cual analiza si es procedente aplicar el principio de equilibrio económico a un contrato celebrado por una empresa industrial y comercial del Estado, sujeto al derecho privado. El Alto Tribunal Administrativo concluye que el hecho de que dicho contrato esté regido por las normas del derecho privado no exime a las partes de mantener la equivalencia en las obligaciones prestacionales asumidas por cada una de ellas.

Con todo, los fundamentos constitucionales que respaldan el equilibrio financiero no pueden ser subsumidos por el interés eminentemente económico del contratista privado, muchos menos de omitir su importancia o detener los servicios públicos. Por lo tanto, cualquier contrato administrativo, independientemente de las normas a las que esté sujeto, le es aplicable la supremacía de la Constitución Política (1991), así lo deja en claro el análisis dado:

Al respecto no puede perderse de vista que la Constitución Política (1991), consagra diversas reglas y principios que irradian toda la actividad del Estado, los cuales sin duda resultan de obligatoria observancia para todas las entidades públicas que forman parte de su estructura, independientemente de que el régimen de contratación de algunas de ellas lo constituyan las normas del derecho privado. Desde esta perspectiva, el hecho de que su régimen de contratación esté informado por el derecho de los particulares, de ningún modo se puede entender como una patente para inobservar los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, libre concurrencia y publicidad, entre otros, en el desarrollo de todas las actividades encaminadas al cumplimiento de las funciones asignadas por la Ley y aquellas que se requieran para alcanzar de manera cabal su objeto principal (C.E, Sentencia 32796, 2014).

De las sentencias analizadas, la trascendencia de los principios de buena fe y equidad como pilares fundamentales para garantizar el equilibrio financiero en los contratos, especialmente en el ámbito de la contratación pública, se han consolidado como principios transversales en la contratación estatal. No se limita exclusivamente al ámbito del derecho privado, sino que su aplicación es dada en el marco de las asociaciones público-privadas. Luego entonces, estos principios se aplican de manera directa al derecho público, incluyendo el contexto de la contratación pública, con el propósito de resguardar los resultados económicos perseguidos por las partes involucradas.

En igual sentido para el principio de equidad, el cual se encuentra inmerso en los contratos estatales con el fin de contrarrestar los poderes excepcionales e inherentes a la Administración. Su finalidad es entonces preservar el equilibrio de las prestaciones recíprocas en cualquier contrato, incluso en el ámbito de los contratos administrativos. En este contexto, se

puede concluir que la actividad contractual de cualquier entidad estatal está condicionada al respeto de los principios fundamentales consagrados en el Constitución Política de 1991, en el artículo 209, además de lo establecido por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (L. 1437, 2011).

En efecto, los principios de buena fe y equidad imponen a la administración la obligación de preservar los derechos en juego entre las partes contratantes, confiriendo un carácter normativo de orden público (Silva, 2007). La categorización implica que los acuerdos celebrados en el marco de un contrato estatal no pueden eludir ni contravenir el equilibrio económico del contrato en ninguna circunstancia. Así pues, celebrar un contrato estatal, independientemente de la normativa específica de contratación que se haya acordado entre las partes, no escapan al principio de equidad y buena fe contenidos en cualquier clausulado y del que hacen parte, además, del principio de equilibrio económico del contrato. (Monsalve-Caballero, 2008).

La conmutatividad entre las asociaciones público-privadas (APP)

En principio, aunque las sentencias no refieren directamente a las asociaciones público-privadas, que como se observó en el primer capítulo tienen una regulación especial, es pertinente abordar la noción de conmutatividad contractual existente entre el sector público y el inversor privado de capitales, con el fin de brindar parámetros de interpretación en la aplicación del principio de equilibrio económico en las APP.

En este contexto, el Código Civil colombiano de la Ley 84 de 1989, art. 1498, proporciona una perspectiva de la figura de conmutatividad, con referencia a la equivalencia en las prestaciones. Según esta disposición, un contrato oneroso se considera conmutativo cuando

cada una de las partes se compromete a proporcionar o realizar algo que se percibe como equivalente a lo que la otra parte debe proporcionar o realizar a su vez. Véase:

Contrato conmutativo y aleatorio. El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio (L. 84, art. 1498, 1989).

En este sentido, la naturaleza de un acuerdo conmutativo proviene, de la claridad en la definición de los derechos y obligaciones de las partes. La conmutatividad proviene entonces, de un contrato oneroso, que no es aleatorio y en donde las prestaciones son equivalentes, lo que deriva el equilibrio económico. Bajo esta perspectiva, la administración de justicia privada afirma que la conmutatividad implica el derecho a la igualdad entre las partes y la prohibición de soportar cargas injustificadas sin indemnización.

La garantía del equilibrio económico, según la autora citada, lleva a reconocer, de otra parte, que la buena fe y la equidad son instrumentos “en virtud de los cuales la consideración de la economía del negocio conduce a la identificación de las reglas de la relación” contractual. La unicidad entre la regulación jurídica, plasmada en las cláusulas contractuales pactadas con arreglo a la ley, y el equilibrio económico que implica el concepto de conmutatividad de las prestaciones que las partes se comprometen mutuamente a dar o a hacer en virtud del contrato, conducen inexorablemente a considerar que el mencionado equilibrio es algo que pertenece a la naturaleza misma de todo contrato conmutativo y que, por consiguiente, se entiende incorporado a él, aún a

falta de pacto expreso de las partes sobre el particular (C.C., art. 1501, TA, 2007, ESGEM).

Así las cosas, en los contratos públicos y en particular en las APP, la conmutatividad se considera la regla general, así también fue encontrado en las sentencias analizadas por el Consejo de Estado, ya que los principios de transparencia, economía y responsabilidad exigen prestaciones definidas. Por lo tanto, la necesidad de una equivalencia material en los contratos estatales que se acuerden con un inversionista privado, con base en referentes objetivos y no en convenciones subjetivas debe observar la teoría del equilibrio económico.

De conformidad con lo anterior, la Sala deduce que no es dable afirmar que el equilibrio financiero del contrato no se predique respecto de un contrato como el que se estudia, de obra pública bajo modalidades específicas, toda vez que, por tratarse de un contrato conmutativo, sinalagmático y oneroso, comprende obligaciones y derechos recíprocos y equivalentes para las partes, que se garantizan durante la ejecución del contrato. Lo que sucede es que las obligaciones asumidas por las partes no pueden modificarse durante la ejecución del contrato, con fundamento en que se presentaron causas de rompimiento del equilibrio financiero del contrato. Dicho en otras palabras, si al momento de contratar el contratista asumió contingencias o riesgos, que podían presentarse durante la ejecución del contrato, no le es dable solicitar a la entidad que los asuma y cubra los sobrecostos que hayan podido generar (C.E, Sentencia 14043, 2004).

De lo precitado se establece que, el equilibrio económico es un principio fundamental de todo contrato bilateral, sinalagmático o de prestaciones correlativas, porque le es aplicable a cualquier acuerdo de esta naturaleza, ya sea celebrado por particulares o entidades estatales. Las

ponencias del Consejo de Estado siguen la misma línea, puesto que configura que la conmutatividad del contrato desprende la equivalencia de sus prestaciones y, por ende, el derecho de las partes a mantener la estructura original del contrato.

El equilibrio económico del contrato como principio transversal a las asociaciones público-privadas APP

Otra de las conclusiones del análisis jurisprudencial realizado respalda la aplicación del equilibrio económico a las APP que no se sujetan al régimen de la Ley 80 de 1993 (Col.) puesto que se considera que el equilibrio financiero como principio se encuentra presente, tanto en el apartado público como en la del derecho privado. Huelga decir que, a diferencia de otros argumentos presentados, este aspecto ha sido objeto de una línea jurisprudencial dinámica que no tiene respuesta unísona.

En un primer lugar, aunque se intente preservar el equilibrio financiero de los contratos tanto en el ámbito privado como en el público, son limitadas las sentencias que aplican de manera concreta las disposiciones concebidas por el legislador para corregir el desequilibrio económico en el contexto de los acuerdos privados. Así, el Consejo de Estado (C.E, Sentencia 15119, 2003), afirma que la garantía de mantener el equilibrio económico en el ámbito de los contratos privados nace a partir de situaciones que generaron la aplicación indiscriminada del principio *pacta sunt servanda*.

En la misma línea, la doctrina sostiene que ha sido el Código de Comercio (1971), la norma que:

Representa un esfuerzo fundamental por rescatar el negocio jurídico del interés individual, pues en él se introducen varios aspectos relacionados con la teoría del negocio

jurídico que tiene como finalidad primordial crear o establecer una justicia contractual y equilibrar las relaciones contractuales (Zapata & Nisimblat, 1997, p. 73).

Véase el artículo 868 del Código de Comercio (1971), cuando señala.

Cuando circunstancias extraordinarias imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea (C.Co., art. 868, 1971).

De la disposición comercial precitada, el Consejo de Estado señala en la jurisprudencia analizada que prescribe la utilización de la teoría de la imprevisión "cuando la ejecución de un contrato conmutativo se vuelve excesivamente gravosa para una de las partes debido a hechos posteriores, extraordinarios e imprevisibles al momento de su celebración, lo que autoriza al juez a revisar el contrato con el propósito de ajustarlo" (C.E, Sentencia 15476, 2011). Si bien las sentencias del polo positivo y medio establecen un marco legal paralelo en cuanto a la aplicación del principio del equilibrio económico en las esferas del derecho público y privado, la corriente jurisprudencial ha tenido decisiones totalmente opuestas.

La misma sentencia expone en su línea argumentativa "cuando la ejecución de un contrato conmutativo se vuelve excesivamente gravosa para una de las partes, debido a hechos sobrevenidos, extraordinarios e imprevisibles a su celebración, permitiendo así su revisión por

parte del juez con el propósito de ajustar el contrato" (C.E, Sentencia 15476, 2011). hechos sobrevenidos de los cuales se hace remisión expresa a la norma de derecho privado (C.Co., 410, art. 868, 1971) y que también es aplicable a los contratos estatales.

La decisión judicial en comento establece un marco legal paralelo sobre la aplicación del principio del equilibrio económico en las APP. No obstante, también existe una corriente jurisprudencial que argumenta las diferencias entre las dos figuras.

Treinta años después de la entrada en vigor del Código de Comercio, la Corte Suprema de Justicia no ha tenido ocasión de precisar la aplicación de esta norma, pero no creemos que se pueda hacer un paralelo con la aplicación de la teoría de la imprevisión del contrato administrativo clásico, dadas las particularidades de ésta última (Benavides, 2004, p. 133).

En este sentido, acompaña Santos (2013), que la figura de la onerosidad sobrevenida establecida en el artículo 868 del Código de Comercio (1971), y la teoría de la imprevisión consagrada por la Ley 80 de 1993 no son similares. Mientras que aquella aplica exclusivamente a prestaciones cuyo cumplimiento está pendiente en el futuro, la segunda se extiende tanto a prestaciones ya realizadas como a aquellas que aún están por cumplirse. El laudo del 24 de noviembre de 2000, emitido en el contexto del proceso del Consorcio Miel contra Fiduango, señala que:

En el régimen de la Ley 80, para que haya lugar a invocar el rompimiento del equilibrio contractual y a solicitar su consiguiente restablecimiento, basta simplemente con que ocurra cualquier área anormal que lesione la conmutatividad contractual establecida por las partes, siempre, desde luego, que ella no le sea imputable a quien la sufre. En cambio,

en el del Código de Comercio (1971), no sólo es necesario un hecho o circunstancia que sobrevenga durante la ejecución del contrato, sino, además, que esa circunstancia que sobrevenga durante la ejecución del contrato, sino, además que esa circunstancia tenga la condición de ser extraordinaria e imprevista o imprevisible [sic]. De otro lado, mientras en el régimen de la Ley 80 apenas si se requiere que esa circunstancia sobreviniente afecte sin más calificativos y por ende de cualquier modo la conmutatividad originalmente acordada por las partes, en el de la ley mercantil se exige, perentoriamente, que aquélla sea de un grado tal que le haga al deudor excesivamente onerosa la ejecución de la prestación de que se trate (p. 45)

Luego del análisis jurisprudencial, se denota la persistencia de un debate en torno a la aplicación del principio de equilibrio financiero del contrato tanto en el ámbito del derecho privado como en el del derecho público. Por una parte, la jurisprudencia sostiene su similitud, llegando incluso a permitir la aplicación del artículo 868 del Código de Comercio (1971), a los contratos estatales, empero, otra corriente rechaza la aplicación de dicha norma comercial en los contratos estatales, con fundamento en las diferencias comentadas.

Las dos figuras jurídicas que pueden aplicarse en el ámbito y desarrollo de una APP dependen en exclusiva del operador jurídico a cargo, bajo una discrecionalidad que se desdibuja en la arbitrariedad. Lo cierto es que, de los fallos revisados, sea que el contrato estatal este sujeto a las normas civiles y comerciales o al marco contractual administrativo, el principio de equilibrio económico del contrato representa una norma de obligatorio cumplimiento para las partes.

Bajo este análisis se declara una corriente dinámica y totalmente opuesta que impregna en la ejecución de las APP. Por lo tanto, el Consejo de Estado da exclusiva protección al interés general como fin último de la actividad administrativa, lo que convierte plausible que la defensa de la aplicación del equilibrio financiero a todos los contratos estatales encuentre respaldo, pero a su vez, desempeña dicho fundamento una corriente que se dirige al uso de una figura privatista que de paso al interés del inversor particular. Con todo, fuera de la discusión de cuál figura es usada o no, la administración ejerce su poder en la ejecución del contrato con base en el clausulado constitucional. La pregunta que habrá que responder se configura en por qué teniendo en la perspectiva jurídica el Estado una ventaja sobre el inversor privado, este último se termina beneficiando más e incluso persiste un incumplimiento al interés general. El análisis al interrogante surgido se planteará en el siguiente capítulo.

En efecto, el análisis jurisprudencial revela una divergencia en la aplicación del principio de equilibrio económico del contrato en el ámbito público-privado. Aunque se observa una tendencia a equiparar la aplicación de este principio tanto en contratos regidos por el derecho privado como en aquellos bajo el marco del derecho público, existe una corriente que enfatiza las diferencias y sostiene que ciertas normas comerciales no deberían aplicarse de manera directa a los contratos estatales.

De ahí la importancia de la jurisprudencia en la delimitación de los principios rectores, como la buena fe y la equidad, que tienen un papel fundamental en la preservación del equilibrio económico. Con todo, la diferencia entre el principio de equilibrio económico y la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida viene a fundamentarse en que el primero es dejado de lado en algunos casos a favor de la segunda, especialmente en contratos estatales.

En cuanto a la evolución jurisprudencial, se observa la consolidación de los principios de buena fe y equidad como pilares para garantizar el equilibrio financiero en los contratos, incluyendo los de asociaciones público-privadas (APP). Se establece que, a pesar de la regulación específica de las APP, el equilibrio económico es un principio transversal que debe resguardarse. Sin embargo, surge un debate en torno a la aplicación del artículo 868 del Código de Comercio (1971), a los contratos estatales. Mientras algunas corrientes consideran que esta norma es aplicable y puede invocarse para corregir desequilibrios económicos, otras sostienen que las diferencias entre el régimen de contratación estatal y el derecho privado impiden una aplicación directa de esta disposición comercial.

En conclusión, la relación con las asociaciones público-privadas (APP), se evidencia una discusión sobre la aplicación específica del principio de equilibrio económico. Parte de la jurisprudencia y doctrina argumenta que la teoría de la imprevisión del contrato administrativo clásico no puede equipararse plenamente con la onerosidad sobrevenida del Código de Comercio (1971), sobre todo, por las diferencias y la necesidad de evaluar las circunstancias específicas de cada contrato. Luego entonces, el análisis deja entrever la falta de consenso en la aplicación del principio de equilibrio económico en el contexto de contratos públicos y privados, en especial del as APP, luego de que los principios vectores de interpretación ofrecen diferentes perspectivas y enfoques, teniéndose que su interpretación puede depender de las circunstancias fácticas referidas y del operador jurídico a cargo.

Del corolario, y a pesar del esfuerzo jurisprudencial por emitir principios vectores de interpretación, la aplicación del equilibrio económico en contratos estatales, especialmente en el contexto de las APP, sigue siendo un terreno en disputa. Esta falta de claridad y uniformidad afecta directamente el principio de seguridad jurídica frente a las partes contratantes, al dejar un

margen discrecional al operador judicial demasiado amplio. En consecuencia, resulta un vacío jurídico-práctico para fortalecer la certeza jurídica y garantizar un marco normativo coherente en la contratación estatal, especialmente en el ámbito de las Asociaciones Público-Privadas.

CAPÍTULO III

Corrección del discurso en la aplicación del principio de equilibrio económico en las asociaciones público-privadas (APP)

Prelusión

Como se observó en el capítulo anterior, se evidencia una discusión sobre la aplicación específica del principio de equilibrio económico en el marco de las asociaciones público-privadas (APP). La jurisprudencia y doctrina tienen discrepancias existentes y la imperativa exigencia de analizar detalladamente las circunstancias específicas de cada contrato frente a cómo restablecer las condiciones económicas del contrato, teniéndose un vacío jurídico-práctico. Resulta entonces necesario, plantear una solución al caso expuesto y para ello, el siguiente capítulo propone el uso de la aplicación del principio de ponderación con el fin de sopesar las cargas entre el sector público y privado a la hora de devolver el equilibrio en las cláusulas contractuales.

Para el desarrollo del objetivo previsto, se parte de la tesis de la doble naturaleza del derecho propuesta por Alexy (2016), la cual afirma la existencia de una naturaleza fáctica que tiene como fundamento último la coerción, frente a una naturaleza ideal o crítica, que tiene como base un presupuesto de corrección del derecho, para el caso concreto, el vacío jurídico-práctico dada la aplicación del equilibrio económico en el escenario de las APP.

Sumario

3.1. La doble naturaleza del derecho propuesta por Robert Alexy. 3.1.1. La pretensión de corrección en el discurso de la aplicación del principio de equilibrio económico en las APP. 3.1.2. La necesidad de la pretensión en el equilibrio económico de las asociaciones público-privadas (APP). 3.1.3. El contenido de la pretensión en el equilibrio económico en el desarrollo de las asociaciones público-privadas APP. 3.2. La teoría del discurso en la aplicación del principio de equilibrio económico en las asociaciones público-privadas. 3.3. Axialidad y principales problemas de las asociaciones público-privadas (APP) en la contratación estatal colombiana. 3.4. La proporcionalidad con el fin de recobrar el equilibrio económico en las APP. 3.4.1. Importancia del derecho o principio. 3.4.2. Peso en abstracto. 3.4.3. Apreciaciones empíricas relativas.

La doble naturaleza del derecho propuesta por Robert Alexy

Como se observó en el capítulo anterior, el análisis jurisprudencial sobre la aplicación del principio de equilibrio económico en los contratos estatales revela un problema en la ambivalencia de interpretación y aplicación de las normas tanto del sector público como del privado. El vacío jurídico-práctico del juez cuenta con un margen discrecional amplio en asuntos relacionados con las APP y la aplicación del principio de equilibrio económico.

En este contexto, la falta de claridad y uniformidad puede impactar la seguridad jurídica y la igualdad de las partes contratantes, al dejar en manos del juez la decisión sobre qué normativas aplicar y cómo interpretarlas. Luego entonces, los asuntos que el juez administrativo procede a estudiar para definir la decisión jurídico comprenden un asunto inmerso entre el principio de seguridad jurídica y la justicia para las partes contratantes. Así las cosas, el interés general que se suma a la parte contratante del Estado, ejerce una clara posición dominante que puede afectar los

intereses del actor privado, pero además puede también beneficiar estos últimos propósitos a costa de una afectación grave al Estado.

La situación jurídica puesta en conocimiento se está abordando en el marco de la APP, ante la discrecionalidad otorgada al operador jurídico, a raíz de la jurisprudencia dinámica en la aplicación del principio de equilibrio económico cuando las condiciones iniciales del arreglo han sido sometidas a un cambio por variaciones externas o internas. En este sentido la dicotomía entre preservar una seguridad jurídica o el concepto de justicia validado en el interés general que representa el estado, se encuentran nuevamente.

En este contexto, Alexy (2016) trae a colación la contraposición de principios (seguridad jurídica y justicia) como un problema común generado en el derecho. Cada vez que el juez define su providencia, encuentra en cualquier de los casos una dicotomía entre el principio de justicia y el de seguridad jurídica, teniendo entonces que sopesar sus cargas para definir cuál máxime pesa más.

Precisamente, en la concepción filosófica de Alexy (2008), se postula la tesis de la doble naturaleza del derecho, derivada de la institucionalización de la razón práctica. Esta teoría sostiene la existencia de una naturaleza fáctica, arraigada en la institucionalización legal y su sustentación en la eficacia social, y una naturaleza ideal o crítica, cuyo fundamento moral se basa en un postulado de corrección.

El propósito de la teoría de Alexy (2000), es reconciliar la dicotomía entre el derecho y la moral, adoptando un enfoque pacifista y que viene a ser determinado en el discurso jurídico, entre los principios de justicia y seguridad jurídica. Esto implica que la legalidad y la positivización deben incorporar un nivel mínimo de aceptación por parte de quienes se ven

afectados, lo que se conoce como eficacia social. Según Alexy (2016), la *tesis de la doble naturaleza del derecho* adquiere concreción y una estructura definida cuando se desarrolla en un sistema específico.

Teniéndose lo anterior y con el fin de explicar la teoría alexiana para aplicarla al fundamento del problema de la aplicación del principio de equilibrio económico en las APP, se abordará la institucionalización de la razón (Alexy, 2000) que se desarrolla en tres partes, en aras de explicar y justificar que la presente teoría tiene plena cabida en la materia abordada.

La pretensión de corrección en el discurso de la aplicación del principio de equilibrio económico en las APP.

Alexy señala que la naturaleza ideal del derecho tiene una pretensión de corrección la cual se precisa mediante tres preguntas básicas, ¿qué significa que el derecho plantea una pretensión? ¿Qué se entiende por necesidad de la pretensión? Y ¿cuál es el contenido de dicha pretensión de corrección? (Alexy, 2016) Dichos interrogantes tendrán su respuesta conforme la necesidad de corrección de la aplicación del principio de equilibrio económico en las APP.

El significado de que el derecho plantee una corrección puede provenir de cualquier persona, siempre y cuando sea participe de un sistema jurídico; el siguiente escrito investigativo, cumple los requisitos mínimos para poder plantear una corrección ante la evidencia de la jurisprudencia dinámica que proyecta una discrecionalidad amplia al operador judicial para aplicar el principio de equilibrio económico en las asociaciones público-privadas.

Del problema jurídico que se presenta al tratar de responder la pregunta metodología de investigación, a saber ¿Cómo se manifiesta la naturaleza dinámica del principio de equilibrio económico en la aplicación de las Asociaciones Público-Privadas (APP), ¿En los contratos

regidos por el derecho público – privado específicamente las APP son aplicables las previsiones del principio de equilibrio económico del contrato y la onerosidad sobreviniente? Se busca disminuir esa dinámica en la aplicación del principio de equilibrio económico del derecho, con el fin de brindar un panorama más alentador ante los conflictos del sector público y privado en el escenario de las APP.

Se afirma entonces, la existencia de un nivel discrecional ante la aplicación del principio de equilibrio económico en el plano de las APP y un problema en el discurso jurídico sobre la protección de los principios fundamentales de seguridad jurídica y justicia. Esta dicotomía que se presenta ante el juez administrativo, frente a un contrato de una APP que se ha sometido a la alteración de sus condiciones iniciales, teniéndose la confrontación entre el sector público quien representa los intereses generales del Estado frente al inversor privado con un ánimo lucrativo, necesita de criterios con mayor movilidad, que permitan revestir la configuración de la decisión judicial con mayor objetividad.

Así, la argumentación que ha precedido este trabajo permite dilucidar un planteamiento de pretensión que se dirige a establecer una solución al problema descrito que corresponde a un problema de discurso en la técnica de aplicación del equilibrio económico en las APP. Tal como establece Alexy, cuando señala:

Cualquiera que, en cuanto participante en un sistema jurídico - por ejemplo, como abogado ante un Tribunal o como ciudadano dentro de un debate público, aduzca argumentos a favor o en contra determinados contenidos de dicho sistema estará planteando la pretensión integrada por la afirmación de la corrección, la aseveración de la justificabilidad y la expectativa de aceptación (Alexy, 2016, p. 27).

Lo anterior, incluye el planteamiento de una pretensión que se dirige a aducir argumentos que van en contra del manejo por parte del Consejo de Estado en la jurisprudencia antagónica que han tenido respecto de la modulación del equilibrio económico en los contratos estatales.

En efecto, la necesidad de corrección en la aplicación del principio de equilibrio económico en las Asociaciones Público-Privadas (APP), siguiendo el marco teórico proporcionado por Alexy, se presenta en rectificar la dinámica jurisprudencial y la dualidad de posturas en torno a las APP. El análisis ha revelado la existencia de un nivel discrecional en la aplicación del principio de equilibrio económico en las APP, lo que plantea rearticular el discurso jurídico en términos de seguridad jurídica y justicia. Así pues, la confrontación de intereses entre el sector público y privado en las APP se ha abogado por criterios más flexibles que aseguren una toma de decisiones judicial objetiva.

La argumentación ha permitido plantear una pretensión con el propósito de ofrecer una solución al problema discutido, que involucra una corrección en la técnica de aplicación del equilibrio económico en las APP. Este planteamiento se enmarca en la búsqueda de mayor coherencia y predictibilidad en la jurisprudencia, hecho que supera las tensiones antagónicas en la modulación del equilibrio económico en los contratos estatales, según lo interpretado por el Consejo de Estado.

La necesidad de la pretensión en el equilibrio económico de las asociaciones público-privadas (APP).

La necesidad de la pretensión se cumple en la teoría de la doble naturaleza del derecho de Alexy, cuando se demuestra un problema jurídico y este le es necesario su solución, cumpliéndose una pretensión de corrección (Alexy, 2016) del problema. El autor demuestra

dicha necesidad a través de dos ejemplos: i) cuando una asamblea constituyente dispone la cláusula donde se establece que la república soberana es federal e injusta y otra ii) donde un juez condena al acusado indicando que por interpretación errónea lo sentencia a cadena perpetua. En los dos ejemplos señala, que existe una contradicción, esto es, que en el caso de la asamblea constituyente se presume el objetivo de corregir la Constitución Política (1991), que presentan y, en el caso de la sentencia del juez, el fallo es una corrección de derecho que tiene como consecuencia afirmar que la sentencia es correcta, dicha afirmación contradice la tesis de que es equivocado el fallo emitido por el juez con base en una interpretación errónea y; es precisamente esta contradicción la que permite observar el absurdo que está implícito tanto en el fallo del juez como en el ejemplo de la asamblea constituyente con su disposición de la injusticia.

Por tanto, la contradicción es el elemento que permite observar esa necesidad de pretensión. Obsérvese entonces como la contradicción está inmersa dentro del problema de la dualidad de la jurisprudencia sobre la aplicación del principio de equilibrio en las Asociaciones Público-Privadas (APP), dado que la teoría de la doble naturaleza del derecho de Alexy ofrece una perspectiva sobre la necesidad de corregir el problema planteado en capítulos anteriores. Según Alexy, la necesidad de la pretensión se manifiesta cuando se evidencia un problema jurídico y se requiere su solución, estableciendo así una pretensión de corrección.

En el contexto de la dualidad de la jurisprudencia sobre la aplicación del principio de equilibrio en las Asociaciones Público-Privadas (APP), la teoría de la doble naturaleza del derecho de Alexy ofrece una perspectiva desde la necesidad en la contradicción de la jurisprudencia encontrada. Según Alexy (2016), la necesidad de la pretensión se manifiesta cuando se evidencia un problema jurídico y se requiere su solución, estableciendo así una pretensión de corrección.

Esta necesidad se ilustra mediante ejemplos de contradicciones, como una asamblea constituyente que declara injusta la república soberana y un juez que condena a cadena perpetua basándose en una interpretación errónea. Estas contradicciones revelan la necesidad de corrección en el derecho. Extrapolando esta teoría al problema de la jurisprudencia divergente en las APP, se puede identificar una contradicción similar.

Por ejemplo, la situación en la que un tribunal administrativo emite una decisión contradictoria respecto a la aplicabilidad del principio de equilibrio económico en contratos de APP. Si en un caso sostiene que se debe modular el equilibrio económico y, en otro da aplicación a una figura propia del derecho privado, se genera una contradicción evidente. Esta contradicción demuestra la necesidad de pretensión de corrección, ya que los fallos divergentes desafían la coherencia del sistema jurídico, lo que contraviene el principio de seguridad jurídica y a su vez el principio de justicia.

En este escenario, al plantear una pretensión de corrección, resulta necesario resolver la contradicción y establecer un criterio más uniforme y coherente en la interpretación y aplicación del principio de equilibrio en las APP. Por tanto, la pretensión en el contexto de las APP busca corregir la disparidad interpretativa y asegurar una aplicación más consistente del principio en las asociaciones.

En última instancia, la teoría de la doble naturaleza del derecho de Alexy proporciona un marco conceptual para comprender la necesidad de corrección en situaciones donde la jurisprudencia presenta contradicciones. En el caso de las APP, esta teoría respalda la búsqueda de coherencia y uniformidad en la interpretación y aplicación del principio de equilibrio económico, por lo que su necesidad se explica en la contradicción de la línea analizada *ut supra*.

El contenido de la pretensión en el equilibrio económico en el desarrollo de las asociaciones público-privadas APP

Ante la tesis de que el derecho plantea una corrección a través de las personas que lo usan, sobresale la pregunta de qué contenido tiene dicha pretensión de corrección, cuya respuesta depende del contexto institucional. Alexy (2016) señala que existen dos criterios transversales de la pretensión de corrección: “la primera es que incluye siempre una pretensión de justificabilidad; y la segunda es que, siempre se refiere -por lo menos también- a la corrección moral” (p. 30). La pretensión de justificabilidad ya se explicó de manera precedente en la necesidad de la pretensión, ahora se desarrollará el criterio de corrección moral a la aplicación del principio de equilibrio económico a las APP desde la teoría del discurso de Robert Alexy, ya que es la respuesta a la objeción que refiere a la moral como un criterio que vuelve a las decisiones prácticas indecibles por su amplio margen subjetivo.

Cabría objetar que la pretensión de corrección, por cuanto se refiere a la moral, es tan solo expresión de una ilusión. Los juicios sobre lo que está moralmente ordenado, prohibido o permitido, sobre lo que es bueno y malo, y justo injusto, serían subjetivos relativos y fruto de meras decisiones. Las cuestiones prácticas dejando al margen las que atañen a la maximización de la utilidad serían racionalmente indecibles. A esta objeción del irracionalismo hago frente con la teoría del discurso (Alexy, 2016, p. 30)

Se entiende entonces que, ante la afirmación de que el derecho plantea una corrección a través de las personas que son participes, el interrogante que surge es sobre cuál es el contenido específico de esa pretensión de corrección, teniéndose que su respuesta está intrínsecamente ligada al contexto institucional.

Los dos criterios mencionados son aplicables de manera directa al problema de la aplicación del principio de equilibrio económico en las Asociaciones Público-Privadas (APP). La pretensión de justificabilidad ya se ha abordado previamente en relación con la necesidad de la pretensión, siendo esencial para respaldar la corrección del fallo jurídico. Ahora, lo que se examina es el criterio de corrección moral en la aplicación del principio de equilibrio económico en las APP, según lo establecido en la teoría del discurso de Alexy (2008).

Bajo este contexto, el criterio de corrección moral emerge como una respuesta a la objeción que plantea la moral, siendo este un criterio subjetivo que torna compleja la decisión jurídica debido al amplio margen subjetivo. Alexy (2016), enfrenta esta objeción con su teoría del discurso, argumentando que los juicios sobre lo moral no son simplemente subjetivos o relativos, sino que pueden ser objeto de un razonamiento racional a través del discurso.

Bajo esta égida, la teoría del discurso propuesta por Alexy ofrece una base racional para abordar cuestiones morales, contrarrestando la noción de que son la decisión judicial es un razonamiento subjetivo. En este sentido, la corrección moral se convierte en un componente válido y razonable para respaldar las decisiones prácticas, especialmente en el contexto de la aplicación del principio de equilibrio económico en las APP.

Por lo tanto, teoría del discurso de Alexy (2016), proporciona un marco conceptual que refuerza la legitimidad de la corrección moral en la toma de decisiones jurídicas, contribuyendo a superar objeciones que podrían considerarla subjetiva e irracional. En el contexto de las APP, este enfoque ofrece una perspectiva sólida para la aplicación coherente y justificable del principio de equilibrio económico, respaldando la pretensión de corrección desde una dimensión moral fundada en el razonamiento racional del discurso jurídico, teniéndose entonces que la

ambivalencia presentada en el análisis jurisprudencial viene a ser resuelto en el marco de la racionalización del discurso jurídico frente a la aplicación del principio de equilibrio en la APP.

La teoría del discurso en la aplicación del principio de equilibrio económico en las asociaciones público-privadas.

La teoría del discurso de Robert Alexy responde a aquella objeción de la corrección moral que debe permear al derecho Alexy (2008). Para ejercer esta teoría es necesario que la proposición normativa sea producto de un procedimiento como eje transversal de la teoría del discurso, es decir, que es indispensable que dicho procedimiento sea un ejercicio plenamente argumentativo. Este procedimiento debe ir acorde a unas reglas que son propias de la argumentación práctica racional; además se aclara por el tratadista, que su teoría no pretende reemplazar la justificación o la fundamentación, sino que incluye unas reglas que son aplicables a una fundamentación monológica y otras, que por el contrario son solo del procedimiento, para señalar que el único objetivo es la imparcialidad del discurso. Para ello es necesario aplicar los principios de libertad e igualdad en la argumentación, a saber:

- i) Quién puede hablar puede tomar parte en el discurso; ii) a) Todos pueden problematizar cualquier aserción; b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso; c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades; iii) A ningún hablante puede impedírsele el ejercer sus derechos fijados en (1) y (2) mediante coerción interna o externa al discurso (Alexy, 2008, p. 189).

En el marco de la teoría del discurso de Robert Alexy, se aborda la objeción relacionada con la corrección moral en el derecho, específicamente en la aplicación del principio de equilibrio económico en las Asociaciones Público-Privadas (APP). La teoría del discurso se

centra en la imparcialidad y la necesidad de un procedimiento argumentativo que siga las reglas de argumentación práctica racional, con el fin de garantizar los principios de libertad e igualdad en el discurso.

Teniendo en cuenta lo anterior, la proposición normativa resulta de un proceso argumentativo por parte del juez administrativista, quien se adhiere a un criterio de protección de garantías fundamentales. Sin embargo, la aplicación de la teoría del discurso revela que el procedimiento de discurso racional previo a la decisión del juez puede también estar sujeto a la corrección moral. La teoría del discurso busca superar la objeción de que la corrección moral conduce a lo vago e indeterminado de la sentencia judicial. Así las cosas, el procedimiento de discurso racional antes de la decisión del juez administrativista, al evaluar la procedencia o no la aplicación del principio de equilibrio económico en las APP, este sujeto a la corrección moral.

Ahora bien, este proceso se basa en la protección de garantías fundamentales, especialmente en el ámbito de las acciones que buscan restaurar las condiciones originarias del contrato, donde las asociaciones público-privadas y el mantenimiento del equilibrio económico se manifiesta como una materialización de dicha protección.

Contrario sensu, se identifica una discrepancia en el discurso jurídico relacionado con el desequilibrio económico. A pesar de que su aplicación debería regirse bajo un marco jurídico más definido, su apreciación a raíz del operador jurídico que configura su decisión judicial, cambia en un sentido u otro, con dependencia de la figura que quiera aplicar, ya sea el principio de equilibrio económico o la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida, proveniente del artículo 868 del Código de Comercio (1971), con un postulado perteneciente al derecho privado

con un contenido a la solución de un caso de contratación estatal. Así, la anterior dicotomía contradice el principio de universalidad en el uso de los predicados.

Frente a la aprobación universal en el discurso, la ambivalencia presentada en la jurisprudencia analizada no tiene cabida, pues se plantea la crítica de que esta práctica del Consejo de Estado no satisface plenamente los intereses de la mayoría de las asociaciones público privada, ya que la interpretación dinámica y la falta de una aprobación válida del discurso universal no respaldan de manera efectiva la protección de garantías fundamentales, tanto para el Estado y el sector privado.

En consecuencia, se evidencia una tensión entre la aplicación del principio de equilibrio económico y los principios de libertad e igualdad en el discurso propuestos por la teoría de Alexy. La falta de una respuesta coherente y universal sobre la materialización de la protección de garantías fundamentales tanto para el sector público y privado mediante la aplicación del principio de equilibrio económico plantea desafíos a la aplicación de la teoría del discurso en este contexto específico del sistema legal.

No cabe duda sobre lo descrito hasta este punto, que la jurisprudencia en su ambivalencia e interpretación dinámica ha generado un entramado jurídico más favorable para tratar aquellos eventos en que las condiciones del contrato de una asociación público-privada (APP) se han alterado. La jurisprudencia y la resolución de casos, puede aplicar o inaplicar el derecho público o privado según sus intereses.

A todas luces aparece un panorama desfavorable para el sector privado ante la amplia inseguridad jurídica que acarrea un eventual desequilibrio del contrato. Sin embargo, la praxis demuestra lo contrario al plano jurídico. Las APP han tenido un avance significativo en

Colombia, como se observó en el primer capítulo del presente trabajo, y el sector privado, lejos de prohibirse invertir en el sector público, intenta conseguir más contrato de esta índole con el fin de percibir mayores ganancias.

Corolario de lo anterior, la ambivalencia presente en la jurisprudencia, donde la aplicación del principio de equilibrio económico puede variar dependiendo del operador jurídico y la figura que elija aplicar, contradice el principio de universalidad en el uso de los predicados alexianos, lo que produce inseguridad jurídica. Esta falta de coherencia dificulta la satisfacción de los intereses tanto del sector público como del privado, lo cual contradice los principios de libertad e igualdad en el discurso propuestos por Alexy. Así las cosas, a pesar de la ambigüedad en la interpretación de la jurisprudencia, debe señalarse que las Asociaciones Público-Privadas (APP) han experimentado un avance significativo en Colombia. Aparentemente, el sector privado no se ve desalentado por la inseguridad jurídica generada por la ambivalencia en la jurisprudencia y sigue buscando oportunidades para invertir en el sector público, evidenciando una dinámica positiva en el desarrollo de las APP a pesar de los desafíos jurídicos.

Axialidad y principales problemas de las asociaciones público-privadas (APP) en la contratación estatal colombiana.

Aunque pueden entreverse ventajas en la aplicación de las APP en Colombia, las críticas se suman a su uso, teniéndose grandes problemas en su ejecución y una débil reglamentación sancionatoria que conmine a la culminación exitosa de los proyectos que se celebran mediante este medio. Aunque lo visto en el análisis jurisprudencial tiende a concluir que el Estado tiene una ventaja frente al sector público, lo cierto es que esta afirmación está alejada de la realidad de las APP. El Estado como representación del interés general falla en la culminación de los

proyectos que inicia e incluso, luego de terminar la contratación, surgen problemas en el uso de estas infraestructuras, trayendo así una responsabilidad poscontractual.

En este sentido, se señala desde el estudio de las APP que la condición del Estado es desmejorada en el uso de estas asociaciones, luego de que termina pagando más de lo que en principio asume el sector privado, teniéndose un desmejoramiento en el erario público a largo plazo, véase lo expuesto por Hall:

El gobierno sufraga el coste de dicha APP recaudando impuestos – abonando el coste de construcción, y luego el coste de funcionamiento del servicio. Así pues, las App son sufragadas por el sector público de la misma manera que los proyectos se llevan a cabo directamente por las autoridades públicas (Hall, 2015, p. 31).

Aunque se percibe que, al utilizar las APP, la entidad estatal dispone de más recursos para invertir en otros sectores, la realidad es que el gobierno asume los costos de la APP mediante la recaudación de impuestos, lo que termina por cubrir, tanto la construcción como el funcionamiento del servicio. Bajo este enfoque, se desvirtúa la colaboración entre el sector privado y público, lo que una carga económica adicional al sector público y, en última instancia, a los contribuyentes.

De igual forma, la implementación de Asociaciones Público-Privadas (APP) no solo plantea el riesgo de crear pérdidas el sector público a mediano y largo plazo, sino que este fenómeno puede tener repercusiones significativas en la economía y en la calidad de los servicios ofrecidos debido a la monopolización del servicio prestado. La formación de monopolios por parte de las APP, al proveer servicios específicos, puede derivar en un control exclusivo sobre el

mercado, lo que permite que limite la competencia y, por ende, la posibilidad de elección para los usuarios.

De ahí que, de consolidarse un monopolio, la APP ejerce un poder considerable para fijar tarifas y condiciones que llegan a ser desfavorables para el consumidor final. A pesar de las condiciones contractuales que manifiestan la eficiencia y calidad, la falta de competencia puede dar lugar a la complacencia por parte de los monopolios, lo que se traduce en servicios de menor calidad y en tarifas excesivas. Esto contradice el propósito fundamental de las APP, que es lograr un equilibrio óptimo entre la inversión privada y pública para brindar servicios eficientes y asequibles y sobre todo proteger el interés general consagrado por el clausulado constitucional (1991, *Col.*)

Una manera en que las Asociaciones Público-Privadas (APP) pueden incurrir en abuso consiste en emplear concesiones de monopolio para imponer tarifas exorbitantes a los usuarios. Aunque este problema es común en monopolios en general, hay datos empíricos recientes provenientes del sector del agua en Francia que permiten cuantificar esta práctica. Un minucioso estudio de las APPs en el ámbito del suministro de agua en Francia, donde aproximadamente tres cuartas partes de este servicio son proporcionadas por el sector privado a través de las APPs, reveló que, en el año 2004 y considerando todos los demás factores, el costo del agua regulado por las APPs era un 16.6 por ciento más elevado en comparación con las zonas donde los municipios gestionaban este servicio (Hall, 2015, p. 32)

Lo precitado implica que el abuso de un monopolio por parte de las APP se manifiesta cuando estas obtienen concesiones sin un adecuado control que los regule. En ausencia de

mecanismos eficaces de supervisión y regulación, las tarifas aumentan sin justificación, lo que impacta de forma negativa a los usuarios y, en última instancia, contraviene los principios de equidad y accesibilidad que deben prevalecer en la prestación de servicios públicos.

Precisamente, la aplicación correcta de las APP requiere que los funcionarios y servidores públicos estén debidamente capacitados para realizar una asignación adecuada de riesgos. Si la asignación de riesgos no es realista o si se asignan demasiados riesgos al sector privado, los inversionistas pueden perder interés. Por otro lado, asignar demasiados riesgos al gobierno puede socavar el espíritu colaborativo de las APP, por lo que será necesario encontrar un equilibrio que permita a ambas partes ejecutar el contrato sin cargarlas con responsabilidades excesivas. De ahí la importancia de encontrar este balance cuando se ve perjudicado el clausulado contractual inicial ante eventos sobrevenidos.

La identificación, cuantificación, asignación y mitigación de riesgos corresponden al mecanismo central de un esquema APP. Si las evaluaciones de riesgo no son realistas o se asignan demasiados riesgos al sector privado, los inversionistas privados no se interesarían...si el sector privado no asume alguno de los riesgos o se asignan demasiados riesgos al gobierno, se pierde el espíritu de un esquema APP (Alborta, et al, 2011, p19).

En este contexto, la duración a largo plazo de los proyectos de APP complica la identificación y gestión de contingencias. Dada la complejidad y la naturaleza a largo plazo de estos proyectos, es difícil anticipar todas las posibles contingencias. Esto puede llevar a renegociaciones frecuentes del contrato, teniéndose incertidumbre y aumento de costos. Además, la falta de claridad sobre las contingencias puede tener implicaciones fiscales, ya que el sector público asume los costos en caso de fracaso del proyecto.

Del corolario, será el sector público con ayuda de la capacidad del Estado, el que implemente políticas y regulaciones efectivas que eviten la competencia y la consolidación de monopolios en el contexto de las APP. Lo anterior implica, establecer mecanismos de control estrictos, para que se revise periódicamente las condiciones de concesión y, cuando sea necesario, se introduzca competidores en el mercado en aras de mantener una oferta diversificada y mejorar la calidad de los servicios ofrecidos.

Aunado a lo antedicho, la transparencia y la participación ciudadana en los procesos de licitación que enmarcan las APP, son también clave para garantizar que los intereses de la sociedad se protejan y se promueva un equilibrio adecuado entre la inversión privada y el bienestar público, teniéndose entonces una verdadera protección del interés general.

Bajo este cúmulo de ideas, la necesidad de renegociar contratos es una realidad en las APP debido a su naturaleza incompleta y la imposibilidad de prever todas las variables. Aunque la renegociación puede ser necesaria para recuperar el equilibrio económico o ajustar la prestación del servicio a nuevas exigencias, su frecuencia, según algunas críticas, puede indicar deficiencias en la planificación y diseño inicial del contrato. Esto puede generar costos adicionales para la administración y aumentar la posibilidad de actos de corrupción.

La proporcionalidad con el fin de recobrar el equilibrio económico en las APP

Los principios han sido la solución por grandes doctrinantes como Dworkin al problema de la discrecionalidad ante vacíos jurídico-prácticos como el expuesto en líneas anteriores. Su aplicación general y aceptación universal pretende ser la solución a casos concretos en su aplicación general hacia la especificidad. Alexy (2016), señala que los principios “exigen que

algo se realice en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas” (p. 45), su fin comprende una aplicación que sea generalizada, aceptada por la mayoría.

A diferencia de las normas que están orientadas hacia una regulación específica, los principios aspiran a ser inmutables y aplicables en un sistema jurídico como premisas supremas que se aceptan universalmente, como por ejemplo la libertad, la igualdad y la justicia. Estas premisas poseen un alcance general y universal, convirtiéndose en directrices fundamentales destinadas a constituir fuentes primordiales para cualquier legislación en el mundo. Su aceptación carece de opositores directos, ya que la mera eliminación de estos principios carecería de fundamentos epistemológicos inherentes y supondría una negación intrínseca de la propia historia.

Es bajo la lógica anterior, se concibe a los principios como guías para resolver situaciones complicadas. Sin embargo, surge controversia, incluso en la definición del derecho, cuando dos principios entran en conflicto. Aunque las respuestas a esta problemática han sido limitadas en la filosofía jurídica, el juicio de proporcionalidad emerge como una solución clara y exhaustiva en la actualidad para abordar las contradicciones entre principios que puedan surgir en casos particulares.

Robert Alexy (2016), afirma que su teoría de los principios se aplica específicamente en el ámbito de los derechos fundamentales. Esta aplicación se deriva del principio de proporcionalidad, el cual engloba tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En este contexto, los principios de idoneidad y necesidad requieren una optimización relativa a las circunstancias fácticas. En este proceso, no se trata de realizar una ponderación, sino de evitar interferencias indebidas en los derechos fundamentales. El objetivo es buscar un equilibrio donde

ya no sea factible mejorar el ejercicio de un principio sin infringir otro, siguiendo el concepto de óptimo de Pareto.

El principio de proporcionalidad, por el contrario, se subsume dentro del mundo jurídico y no del fáctico. Su función corresponde en determinar una optimización relativa de las normas jurídicas a través de la ponderación “pues la ponderación no consiste en nada más que en la optimización de principios opuestos” (*Ibidem*, p. 45). “La ley de ponderación señala cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2008, p 75).

La ley de ponderación se puede emplear de manera directa cuando existe una contradicción entre el principio de equilibrio económico y una garantía fundamental que pueda estar en riesgo debido a los principios de seguridad jurídica y justicia. Por lo tanto, el Consejo de Estado, frente a cualquier evento sobreviniente que afecte las cláusulas iniciales de lo pactado en las APP, debe recurrir a la ponderación de los principios en conflicto con el fin de asegurar el cumplimiento de su función legal y constitucional

La ley de ponderación se representa mediante la fórmula del peso, la cual implica la evaluación de tres variables de manera equitativa al analizar la viabilidad del equilibrio económico: i) relevancia del derecho o principio, ii) peso en términos abstractos, y iii) consideraciones empíricas relativas.

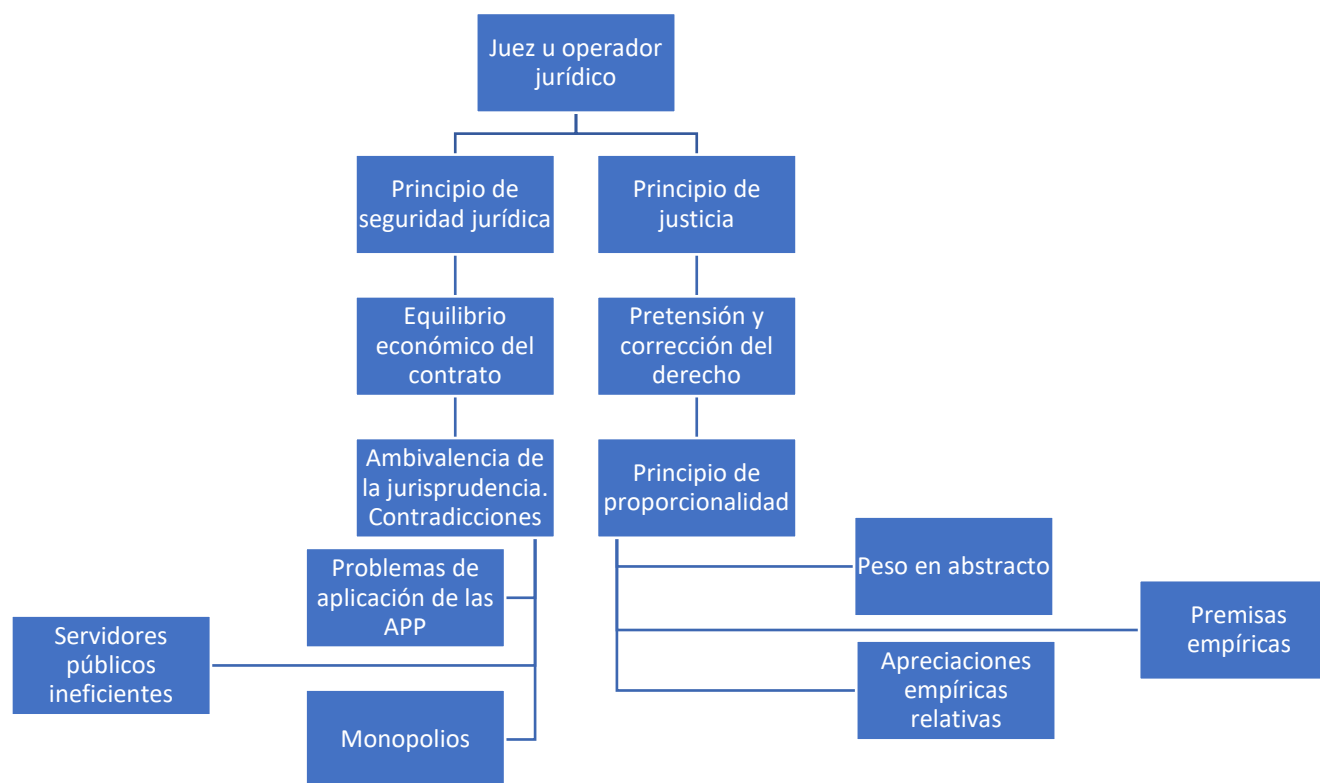
Importancia del derecho o principio

La importancia de los derechos fundamentales puede desarrollarse mediante juicios racionales en los casos que resultan más fáciles para dar una decisión judicial. Esto es plausible en la medida en que el juez administrativista observe la contradicción del principio de equilibrio

o la aplicación de la figura económico entre la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida o cualquier figura del derecho privado. En este sentido, teniendo en cuenta la coalición de principios que expresa Alexy, esto es el principio de seguridad jurídica en oposición al principio de justicia, este se deriva en el problema del equilibrio económico de las APP, de la siguiente manera como expone la gráfica:

Figura 5.

Problema en los términos de la teoría de Alexy.



Nota. Elaboración propia.

Revisada la gráfica anterior, el principio de seguridad jurídica viene a ser representado por la aplicación del principio de equilibrio económico en las asociaciones público privadas (APP), en contraposición con el principio de justicia que es representado a su vez por la pretensión de corrección del derecho que se da en atención a la ambivalencia presentada en la línea jurisprudencial cuando el operador jurídico tiene una elevada discrecionalidad para elegir si aplicar el principio de equilibrio o la figura jurídica de derecho privado. Esta inseguridad jurídica, plantea una necesidad de corrección del discurso jurídico, que es ventilada mediante la intención de corrección del derecho. Bajo estas afirmaciones, conciliar este choque de principios puede darse a nivel de la ponderación de Alexy que propone en su doble naturaleza del derecho (Alexy, 2016, p. 43), para conocer cuál es la decisión jurídica correcta o más acertada que el operador jurídico puede determinar.

Así las cosas, el choque de estos principios, desde la perspectiva axial, se representa, por una parte, por los problemas presentados en la aplicación de las APP, teniéndose la monopolización por parte de entidades privadas, estableciendo precios elevados, afectando al destinatario final de la cadena de contratación y contraviniendo el interés general que representa el Estado. Por otra parte, se encuentra la eventual imposición de poder que tiene el sector público debido a la protección que deriva de la Constitución Política (1991), teniéndose la afectación al sector privado. Así las cosas, la ponderación que debe usar el juez administrativista, debe tener en cuenta los criterios prácticos de las APP, con el fin de brindar, más allá de la aplicación del principio de equilibrio económico o la aplicación de una figura de derecho privado, la configuración de la decisión judicial protegiendo los intereses del Estado bajo la égida del interés general y los intereses del inversos privado.

Peso en abstracto

El peso en abstracto otorga al juez una prerrogativa deliberativa en la configuración de la importancia de los principios en coalición. El margen de configuración libre encuentra su límite dentro de la racionalidad y en el caso del equilibrio económico, dentro del mismo principio. Comprende este peso criterios ideológicos y morales que determinan la posición del juez respecto a una teoría sustancial de la Carta constitucional ante la contradicción de los principios de seguridad jurídica y justicia.

Para aplicar el peso en abstracto al contexto de las asociaciones público-privadas (APP) y la aplicación del principio de equilibrio económico, se reconoce que el juez administrativista tiene una prerrogativa deliberativa para configurar la importancia de los principios en coalición. Este margen de configuración libre, sin embargo, encuentra sus límites dentro de la racionalidad y, específicamente en el caso de la aplicación del principio de equilibrio económico en las APP, dentro del mismo principio de corrección.

Este peso en abstracto implica considerar criterios ideológicos y morales que definen la posición del juez administrativista respecto a la ambivalente jurisprudencia del Consejo de Estado ante la contradicción entre los principios de seguridad jurídica (equilibrio económico) y justicia dados en la aplicación de una figura propia de la contratación estatal o una de derecho privado. En otras palabras, el juez tiene la facultad de evaluar la relevancia y el impacto de cada principio en el contexto específico de las APP, teniendo en cuenta valores que influyen en la perspectiva de la práctica y que deben ser un móvil para configurar su decisión judicial.

El límite impuesto por la racionalidad indica que esta ponderación debe ser coherente y lógica, evitando extremos o decisiones arbitrarias. En el caso del principio de equilibrio

económico en las APP, la corrección se convierte en un elemento clave para asegurar que la aplicación de este principio sea justa y ajustada a las circunstancias particulares, evitando abusos o desviaciones que puedan surgir. En conclusión, el peso en abstracto proporciona al juez administrativista la flexibilidad necesaria para evaluar y priorizar los principios en juego en las APP, considerando factores ideológicos y morales. Sin embargo, esta potestad debe ejercerse dentro de los límites de la racionalidad y para el principio de equilibrio económico en las APP, con el principio de corrección para garantizar una aplicación justa y equitativa de la ley.

Apreciaciones empíricas relativas

Las apreciaciones empíricas relativas también son limitaciones que se encuentran en la racionalidad que debe limitar la labor del juez administrativista. Por su parte Bernal (2006), señala que “la importancia de los principios depende de la eficiencia, velocidad, probabilidad, alcance y duración del efecto que tenga sobre ellos la medida que está en juego en cada caso” (p. 77) respecto a las apreciaciones empíricas relativas.

Las limitaciones dentro de la racionalidad que debe guiar la labor del juez administrativista deben tener en cuenta la perspectiva de Bernal (2006), quien destaca que “la importancia de los principios está condicionada por la eficiencia, velocidad, probabilidad, alcance y duración del efecto que tenga sobre ellos la medida en juego en cada caso con respecto a las apreciaciones empíricas relativas” (p. 67).

Esta teoría implica que el juez administrativista debe realizar una evaluación detallada de las circunstancias específicas de cada caso, considerando factores como la eficiencia de la medida en cuestión, la velocidad con la que puede surtir efecto, la probabilidad de que los principios se vean afectados, el alcance de dicha afectación y la duración de sus efectos. Estas

consideraciones empíricas relativas son fundamentales para determinar la relevancia y peso de los principios en conflicto.

Así pues, en el curso de las asociaciones público-privadas (APP) y la aplicación del principio de equilibrio económico, estas apreciaciones empíricas podrían implicar evaluar la eficiencia de las decisiones judiciales en la ponencia de disputas relacionadas con las APP, la rapidez con que se implementan las medidas correctivas, la probabilidad de que los usuarios se vean beneficiados o perjudicados, el alcance de la afectación en términos de actores involucrados y la duración de los impactos económicos, teniéndose en cuenta sopesar el interés privado genuino lucrativo paralelo al interés general representado por el Estado.

Del corolario, las apreciaciones empíricas relativas radican su importancia en la consideración de aspectos prácticos y empíricos al evaluar la relevancia de los principios en conflicto. En el caso de las APP, esto implica una evaluación detallada de cómo las decisiones judiciales impactarán la eficiencia, velocidad, probabilidad, alcance y duración de los efectos sobre el equilibrio económico, contribuyendo así a una ponderación informada y equitativa por parte del operador judicial.

Casos concretos en la aplicación del test de proporcionalidad.

La fórmula del peso en la tarea del operador jurídico, se concreta en el contraste axial entre el principio de seguridad jurídica frente al principio de justicia, que se traduce en la aplicación ya sea del principio de equilibrio económico y la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida. Se tiene entonces, la aplicación de la fórmula inicial de ponderación, a saber:

$$G_{L,J} = \frac{I_E}{I_{Eos}} \cdot \frac{G_E}{G_{Eos}} \cdot \frac{S_E}{S_{Eos}}$$

Tabla 5.

Criterios del test de ponderación.

| | Peso Concreto (I) | Peso abstracto (G) | Peso empírico (S) |
|--|--------------------------|---------------------------|--------------------------|
| Seguridad jurídica: Principio del equilibrio del equilibrio económico del contrato (E) | De uno (1) a cuatro | De uno (1) a cuatro | De uno (1) a cuatro |
| Principio de justicia: Excesiva onerosidad sobrevenida (Eos) | De uno (1) a cuatro | De uno (1) a cuatro | De uno (1) a cuatro |

Se tiene entonces que el peso concreto (*I*) es el grado de afectación tanto del principio de seguridad jurídica y justicia, el cual tiene un valor máximo e igual de cuatro (4). El raciocinio presentado resulta del análisis filosófico del derecho que presenta una de las teorías más preponderantes del momento que es sustentada por Robert Alexy, ante el gran debate entre Hart y Dworkin quienes presentan como tema de discusión el uso de los principios y sus contradicciones. La seguridad jurídica y la justicia se imponen como pilares fundamentales de la teoría ius-filosófica, tanto así que ha precedido la teoría de la doble naturaleza del derecho que ya ha sido presentada en acápites anteriores. Por tanto, los dos principios en contraposición no solo han generado debates de varias décadas en la ciencia del derecho, sino que también se manifiesta en la dicotomía de los principios de equilibrio económico y la excesiva onerosidad sobrevenida, convirtiéndola en tema de gran complejidad por incluir los dos pilares fundamentales del derecho: justicia y seguridad jurídica.

En cuanto al peso abstracto (*G*), se predica la importancia del principio con base en las normas, ya que la manifestación tanto de la seguridad jurídica y la justicia comprende la generalidad del discurso jurídico en el tema aquí desarrollado. Por una parte, se tiene la aplicación del principio de equilibrio económico del contrato como garantía usada en el marco de la contratación estatal para resguardar los intereses de las partes, y por otra parte, la excesiva onerosidad sobrevenida, que tiene su origen en el derecho privado como figura jurídica que busca la resolución del contrato o el reacomodo de las prestaciones contractuales. La importancia en los dos escenarios y su relación con la normatividad asignan el máximo e igual valor a cuatro (4).

El problema conviene dentro del peso empírico (*S*) dada la afectación futura que puede tener los efectos a las partes por determinado clausulado en el marco de las APP, ya que la dicotomía presentada en la línea jurisprudencial estudiada genera una inseguridad jurídica que viene a ser determinada por el operador jurídico, lo que en principio afecta directamente al principio de seguridad jurídica contenido en la fórmula del peso. En este sentido la afectación futura del principio de seguridad jurídica frente al principio de justicia debe ser resuelto frente a cada caso que sea puesto en conocimiento del juez. De ahí que, el principio de justicia viene a ser determinado en la limitación de la discrecionalidad del operador jurídico frente a la decisión de que principio aplicar (equilibrio económico del contrato o excesiva onerosidad sobrevenida) entendiendo los rasgos prácticos en la contratación en las asociaciones público – privadas, con el fin de preestablecer la corrección del derecho necesaria.

Con el fin de brindar mayor claridad sobre el tópico tratado, se realiza la aplicación del test de ponderación en un caso práctico, en aras de brindar un panorama frente al choque presentado en el peso empírico (*S*), véase.

Se tiene que X demanda contra Y en el marco de una APP, buscando que se declarara el incumplimiento de Y en la ejecución del contrato, así como el desequilibrio económico sufrido por X en la ejecución del mismo. Además, solicitó que se le adeudara al demandante las sumas detalladas en un estudio adjunto como soporte de la valoración económica del desequilibrio, se liquidara judicialmente el contrato, se condenara a Y al reconocimiento y pago de una indemnización integral por los mayores costos, daños y perjuicios ocasionados, y se liquiden los intereses correspondientes. Y contesta la demanda, oponiéndose a las pretensiones y alegando incumplimientos por parte del contratista X que afectaron el cronograma de obra. La Sentencia de primera instancia, declaró la caducidad de la pretensión de declarar el incumplimiento de Y y negó las demás pretensiones, argumentando falta de cumplimiento del requisito de oportunidad en las pretensiones relativas al desequilibrio económico del contrato. X presentó un recurso de apelación, argumentando que se acreditó la mora en la entrega de diseños y otros factores que ocasionaron perjuicios, y que se habían manifestado los detonantes de una excesiva onerosidad sobrevenida.

Así las cosas, se tiene para el caso que la identificación de los principios en conflicto, conviene, en primer lugar, por la excesiva onerosidad sobrevenida, dado que el contratista argumenta que ciertos eventos imprevisibles, como la entrega tardía de diseños y otros factores, causaron un desequilibrio económico significativo. En segundo lugar el equilibrio económico del contrato, dado que el principio busca mantener un equilibrio financiero justo entre las partes, asegurando que ninguna resulte gravemente perjudicada económicamente.

En este sentido la idoneidad de los elementos tratados conviene para la excesiva onerosidad sobrevenida en que aborda la situación presentada, ya que se argumenta que eventos imprevistos y ajenos al contratista afectaron su capacidad para cumplir con el contrato. La

idoneidad del principio del equilibrio económico del contrato se da en que es esencial para garantizar relaciones contractuales justas y equitativas entre las partes.

La necesidad por su parte, predica en que la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida presenta que el contratista alega diversos eventos imprevisibles que afectaron significativamente su capacidad para cumplir con el contrato. Del mismo modo, resulta necesario aplicar el principio del equilibrio económico del contrato para asegurar que el contrato mantenga un equilibrio financiero justo y evitar perjuicios económicos injustos para cualquiera de las partes.

Frente a la aplicación del principio de la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida resulta proporcional dadas las circunstancias del caso, ya que se presentan evidencias de eventos imprevisibles que causaron un desequilibrio económico significativo para el contratista. Asimismo, la aplicación del principio del equilibrio económico del contrato es proporcional, ya que es esencial garantizar que el contrato mantenga un equilibrio financiero frente al cambio de decisión para la segunda instancia en la aplicación de qué figura usar.

Teniéndose entonces la fórmula del peso, debe señalarse que tanto el peso concreto y abstracto tendrán la mayor cantidad numérica (4) toda vez que son los principios pilares de la teoría del derecho. Sin embargo, esto no quiere decir que su valor numérico no cambie a medida de la interpretación del juez, al contrario, puede verse modificado por las razones del caso concreto, empero, para el caso observado se necesita decidir qué principio usar, por lo que el problema resulta en la apreciación empírica.

| | Peso Concreto (I) | Peso abstracto (G) | Peso empírico (S) |
|--|--------------------------|---------------------------|--------------------------|
| Seguridad jurídica: Principio del equilibrio del equilibrio económico del contrato (E) | 4 | 4 | Por definir |

| | | | |
|---|---|---|-------------|
| Principio de justicia: Excesiva onerosidad sobrevenida (<i>Eos</i>) | 4 | 4 | Por definir |
|---|---|---|-------------|

El peso empírico en el principio de seguridad jurídico que vendría a ser representado por el principio de equilibrio económico, el cual debe versar para el presente caso como un elemento propio de la APP. En este caso, cierto es que dentro del marco de una asociación público privada, el Estado al representar el interés general tiene una mayor preponderancia sobre el particular, para lo cual, el evento futuro del contrato pende del cumplimiento de los fines del Estado. Así las cosas, no se acredita por parte del Estado, en el caso bajo estudio, que no se dio cumplimiento al objeto contractual, por lo que, más allá de las implicaciones económicas para la parte privada, se dio cumplimiento al interés general, situación que reduce los efectos futuros de la apreciación empírica. Teniéndose esto por cierto la afectación al principio de seguridad jurídica respecto de la aplicación del principio de equilibrio económico del contrato es bajo, teniéndose por asignación numérica el grado de uno (1).

Contrario sensu, la asignación numérica otorgada al principio de justicia, encuentra su sustento en la afectación futura para el inversor privado en diversos efectos negativos de llegarse a aplicar el principio de equilibrio económico del contrato, reconociendo de forma exacerbada la posición dominante del Estado. En este sentido, el resultado lesivo de aplicar el principio de equilibrio económico del contrato, no estaría reconociendo que el objeto contractual fue resuelto, y que, por ende, debe sopesarse los efectos económicos a favor de una de las partes. Para el caso, la aplicación de la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida. Así las cosas, reconocer solo el principio de equilibrio en la APP desarrollada excluiría la afectación del inversor privado sin un fundamento cierto, teniéndose un capricho en la decisión judicial, por lo que de no llegar a

aplicarse la figura jurídico privada de la excesiva onerosidad sobrevinida la afectación sería máxima, teniéndose un número de cuatro (4) en la escala. Véase la aplicación:

$$\text{Seguridad jurídica. Equilibrio económico del contrato } G_{E,Eos} = \frac{4}{4} \cdot \frac{4}{4} \cdot \frac{1}{4} = \frac{16}{32} = 0.5$$

$$\text{Principio de justicia. Excesiva onerosidad sobreviniente } G_{E,Eos} = \frac{4}{4} \cdot \frac{4}{4} \cdot \frac{4}{1} = \frac{32}{16} = 2$$

En este sentido, el principio de justicia se vería lesionado, por lo que debe preservarse y con todo, aplicarse la figura de la excesiva onerosidad sobreviniente con el ánimo de proteger al inversor privado, manteniendo incólume los intereses del Estado y su finalidad de protección del interés general. Así las cosas, el operador jurídico, deberá detallar para los casos, los supuestos fácticos más relevantes, manteniendo el equilibrio entre las dos partes, puesto que se está hablando en el marco contractual estatal, siendo necesario preservar los intereses económicos de las partes. En este sentido, no se conmina al operador jurídico a desconocer la predominancia del Estado como parte contractual, sino que se decida dentro del escenario de la proporcionalidad las afectaciones que la dicotomía jurisprudencial ha enmarcado, con el fin de proteger a las parte y a la esencia contractual.

Conclusiones

En efecto, ante la pregunta problema planteada en el inicio del presente trabajo, esto es, ¿En los contratos regidos por el derecho público – privado específicamente las APP son aplicables las previsiones del principio de equilibrio económico del contrato y la onerosidad sobreviniente? Debe señalarse en principio que, la función administrativa del Estado colombiano, enmarcada en la Constitución, implica la satisfacción de las necesidades generales de los ciudadanos a través de diversas actividades. Su ejecución, en concreto en el ámbito de la contratación pública, es determinante para el desarrollo económico, político y social del país como se observó en el primer capítulo.

La contratación pública representa una parte significativa del Producto Interno Bruto (PIB), y su adecuada ejecución requiere un esfuerzo económico considerable por parte del Estado. En este sentido, las asociaciones público-privadas (APP) han surgido como una alternativa para obtener financiamiento privado y ejecutar proyectos que pueden resultar en una desventaja al ser onerosos para el erario público. En el Reino Unido las APP tuvieron su origen en la necesidad de atraer capital privado a la contratación pública, por lo que a lo largo de los años estas asociaciones han experimentado un aumento significativo, lo que ha generado debates sobre los impactos en los servicios públicos y la rendición de cuentas democrática.

Así las cosas, en Colombia las APP se han convertido en una tradición en la contratación pública, ocupando un lugar destacado a nivel latinoamericano y mundial. La legislación colombiana, aunque más reciente que la del Reino Unido, ha establecido un marco normativo para regular estas asociaciones y su aplicación en la provisión de bienes públicos y servicios

relacionados. Del resultado anterior, fue necesario revisar la negociación en las APP, hecho que implica una conciliación entre el derecho público y privado. A diferencia de la contratación pública tradicional, las APP permiten una mayor flexibilidad en la negociación de términos y condiciones, buscando satisfacer tanto el interés general como los objetivos lucrativos de la parte privada.

El principio del equilibrio económico del contrato es esencial para mantener la equivalencia entre obligaciones y derechos de las partes durante la ejecución del contrato. Por esta razón Colombia prevé mecanismos de ajuste y revisión de precios para restaurar el equilibrio en caso de eventos imprevisibles o causas imputables a las entidades públicas. De ahí que, las asociaciones público-privadas en Colombia representan una herramienta importante para la ejecución de proyectos de infraestructura y servicios públicos y su regulación y aplicación deben velar por el equilibrio entre las partes, lo que debe garantizar la eficiencia en la contratación estatal y la consecución de los fines y objetivos del Estado colombiano.

En este contexto, del análisis hermenéutico de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el equilibrio económico en contratos de APP's se reveló una evolución significativa en la interpretación de este principio fundamental. La metodología aplicada se basó en la revisión de diversas sentencias que se han convertido en precedentes en la vía contenciosa administrativa. La línea jurisprudencial reveló puntos de acuerdo y desacuerdo, así como la regla jurídica que mediante dos polos (negativo y positivo) se tuvo como resultado una posición intermedia. Esto sugiere una diversidad de enfoques en la interpretación del principio de equilibrio económico en contratos de APP.

La evolución jurisprudencial permitió entrever la importancia de regular eventos que alteran las condiciones pactadas inicialmente, y se resaltó la aplicación del principio de equilibrio económico en contratos estatales regidos por el derecho público-privado. La jurisprudencia reconoció además que, aunque estos contratos se rijan por normas de derecho privado, deben cumplir con los principios de contratación estatal, especialmente el equilibrio económico, vinculado al interés general. Así las cosas, la aplicación de medidas correctivas guiadas por el principio de equidad y la necesidad de restablecer el equilibrio económico entre las partes se considera determinante en tanto los principios de buena fe y equidad se consolidan como pilares fundamentales en la contratación estatal, incluso en el contexto de las APP.

Aunado a lo anterior, se debate la aplicación del artículo 868 del Código de Comercio, a los contratos estatales, ya que algunas corrientes consideran que las diferencias entre el régimen de contratación estatal y el derecho privado impiden su aplicación directa. El análisis jurisprudencial arrojó la importancia de los principios de buena fe y equidad para preservar el equilibrio financiero en los contratos, pero a su vez generó un dilema sobre si la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida debería preferirse en lugar del principio de equilibrio económico en ciertos casos.

En general, la falta de consenso y uniformidad en la interpretación y aplicación del equilibrio económico en los contratos estatales, especialmente en el contexto de las APP, crea un vacío jurídico que afecta la seguridad jurídica y la coherencia normativa en la contratación estatal. Por lo anterior, resultó necesario ofrecer una solución al problema identificado en la aplicación del principio de equilibrio económico en el contexto de las APP, para conciliar esa discrepancia y falta de uniformidad en la jurisprudencia y doctrina ante el vacío jurídico-práctico planteado.

Con todo, se sugiere el uso del principio de ponderación, basado en la teoría de la doble naturaleza del derecho de Robert Alexy. Esta teoría que *distingue entre la naturaleza fáctica (coerción) y la naturaleza ideal o crítica (corrección)*, ofrece un marco conceptual para abordar la dicotomía entre seguridad jurídica y justicia en el contexto de las APP. Precisamente, esa doble naturaleza del derecho contiene la existencia de una pretensión de corrección que busca resolver problemas jurídicos. Para el caso que ocupa la presente investigación, la pretensión se dirige a corregir la dinámica jurisprudencial y la dualidad de posturas en torno al equilibrio económico en el escenario de las APP. La necesidad de corrección se manifiesta en la existencia de un nivel discrecional en la aplicación del principio, lo que requiere criterios más flexibles para garantizar una toma de decisiones judicial objetiva.

Así mismo, la teoría del discurso de Alexy complementa este enfoque al establecer la importancia del procedimiento argumentativo que siga reglas de argumentación práctica racional, garantizando los principios de libertad e igualdad en el discurso. Sin embargo, se reconoce la tensión entre la aplicación del principio de equilibrio económico y estos principios, evidenciando desafíos en la búsqueda de coherencia y universalidad en la interpretación y aplicación del principio en el contexto de las APP. A pesar de la ambigüedad y la interpretación dinámica en la jurisprudencia, el sector privado no se ve desalentado por la inseguridad jurídica generada por la ambivalencia en la jurisprudencia, lo que sugiere una dinámica positiva en el desarrollo de las APP a pesar de los desafíos jurídicos. En última instancia, el presente trabajo logra plantear una solución que armonice la seguridad jurídica y la justicia en el contexto de las APP, promoviendo la coherencia y uniformidad en la interpretación y aplicación del principio de equilibrio económico.

En conclusión, la aplicación de las APP en la contratación estatal colombiana presenta ventajas teóricas, pero enfrenta desafíos significativos en la práctica. La ambivalencia presente en la línea jurisprudencial, donde *el operador jurídico tiene una significativa discrecionalidad para elegir entre aplicar el principio de equilibrio económico o recurrir a figuras jurídicas de derecho privado*, genera una amplia inseguridad jurídica. Ante este panorama, surge la necesidad de corrección del discurso jurídico, expresada mediante la intención de corrección del derecho, que busca armonizar la aplicación de estos principios aparentemente contradictorios.

En este contexto, la ponderación propuesta por Alexy en su teoría de la doble naturaleza del derecho se presenta como un camino para resolver el choque de principios. La ponderación implica considerar criterios prácticos específicos de las APP para determinar la decisión judicial más acertada. Este proceso debe tener en cuenta no solo la aplicación del principio de equilibrio económico o de figuras de derecho privado, sino también la configuración de la decisión judicial de manera que proteja los intereses del Estado bajo la égida del interés general y, al mismo tiempo, resguarde los intereses del sector privado.

En resumen, la solución a este choque de principios debe basarse en una cuidadosa ponderación que considere las circunstancias específicas de las APP en Colombia. La toma de decisiones judiciales debe buscar no solo la aplicación de principios legales, sino también la configuración de un marco que promueva la protección de los intereses estatales y privados de manera equitativa, contribuyendo así a la consolidación de un sistema de contratación pública más eficiente y justa en el ámbito de las APP.

Referencias

- Alborta, G., Stevenson, C. & Triana, S. (2011). Banco Interamericano de Desarrollo.
Asociaciones público – privadas para la prestación de servicios, una visión hacia el futuro.
<https://webimages.iadb.org/publications/spanish/document/Asociacionesp%C3%BAblico-privadas-para-la-prestaci%C3%B3n-de-servicios-Unavisi%C3%B3n-hacia-el-futuro.pdf>
- Alexy, R. (2000). La institucionalización de la razón. *Persona y derecho*, 217-249.
<https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/download/32120/27098>
- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Traducción y estudio introductorio: Carlos Bernal Pulido.
- Alexy, R. (2012) *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2016). *La doble naturaleza del derecho*. Trotta.
- Asociación Colombiana de Ciudades Capitales [Asocapitales]. (2021) Capacitación Asociaciones Público-Privadas.
https://www.youtube.com/watch?v=0DmpEmxgqh8&ab_channel=Asocapitales
- Banco Mundial. (2014). *Registro Único de Asociaciones Público-Privadas (RUAPP)*. Asociaciones Público-Privadas- Guía de referencia.
- Benavides, J. (2004) *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*. Universidad Externado.
<https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/e1c7b42d-bff8-469e-8821-d1c33fda48b0/content>

- Bernal, C. (2006). La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4052/19.pdf>
- Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral de 24 de noviembre de 2000. *Consortio Miel c. Fiduanglo*.
- Código de Comercio [Cód. Com.]. (1971). (Colombia). Obtenido el 22 de enero de 2024. <https://www.camarabaq.org.co/wp-content/uploads/2021/03/CodigodeComercio-2.pdf>
- Colombia Compra Eficiente. (2022). Sistema Electrónico para la Contratación Pública. <https://www.colombiacompra.gov.co/circulares>
- Consejo de Estado [CE], Sala de Consulta y Servicio Civil, 11 de marzo, 1972, Concepto 561, [Col.]. <https://vlex.com.co/vid/643433517>
- Consejo de Estado [CE], Sala de Consulta y Servicio Civil, 12 de diciembre, 2006, CP: L. F. Álvarez, Sentencia 1792. https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_9686e930a455a0c8e0430a010151a0c8
- Consejo de Estado [CE], Sección Primera, 29 de abril, 2010, CP: R. O. De Lafont, Sentencia 00375-01. <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/3425931/142843358/004-2010-00375.pdf>
- Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 12 de marzo, 2014, CP: M. F. Gómez, Sentencia 32796. https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_f8a9c5d0f8800184e0430a0101510184
- Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 18 de septiembre, 2003, CP: R. S. Becerra, Sentencia 15119.

https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado_seccion_tercera_e_no_1511_9_de_2003.aspx#/

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 20 de septiembre, 1979, Sentencia 2742.

https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado_seccion_tercera_e_no_2742_de_1979.aspx#/

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 22 de noviembre, 2021, CP: J. E. Rodríguez,

Sentencia 52430. [https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/25000-23-36-000-2012-00724-01\(52430\)_20211122.htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/25000-23-36-000-2012-00724-01(52430)_20211122.htm)

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 26 de febrero, 2004, CP: G. R. Villamizar, Sentencia 14043.

https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado_seccion_tercera_e_no_14043_de_2004.aspx#/

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 26 de julio, 2012, CP: Danilo Rojas, Sentencia 22756.

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=50022&dt=S>

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 27 de noviembre, 2013, CP: M. F. Gómez, Sentencia 31431.

https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado_seccion_tercera_e_no_31431_de_2013.aspx#/

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 28 de agosto, 2001, MP: R. E. Escobar, Sentencia

892. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=9571>

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 28 de septiembre, 2011, CP: R. E. Correa, Sentencia 15476.

https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado_seccion_tercera_e_no_15476_de_2011.aspx#/

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 30 de noviembre, 2023, CP: F. I. Martínez, Sentencia

68656. https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/272/11001-03-28-000-2023-00013-00_20230914.pdf

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 8 de septiembre, 2021, CP: A. M. Plata, Sentencia

58235. <https://vlex.com.co/vid/sentencia-n-25000-23-896184952>

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 9 de mayo, 1996, CP: D. S. Hernández, Sentencia

10151. <https://vlex.com.co/vid/355913066>

Constitución política de Colombia [Const.]. (1991). Colombia. Obtenido el 22 de enero de 2024.

<https://bit.ly/3iAt4eg>

Código de Comercio. Decreto 410/71, 1971. Ministerio de Justicia. (Colombia). Obtenido el 21 de enero de 2024.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41102>

Frigerio, G., & Gómez, K. (2018). Asociaciones público-privadas en el sector de agua y

saneamiento en América Latina. <https://publications.iadb.org/es/asociaciones-publico-privadas-en-el-sector-de-agua-y-saneamiento-en-america-latina>

Hall, D. (2015). ¿Por qué las asociaciones público-privadas (APPs) no funcionan? Las numerosas ventajas de la alternativa pública.

http://www.worldpsi.org/sites/default/files/documents/research/rapport_sp_56pages_a4_1_r.pdf

Infraescopio (2019) Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe. Ed. The economist. Comisionado por el Banco Interamericano de Desarrollo. https://infrascopio.eiu.com/wp-content/uploads/2019/04/EIU_2019-IDB-Infrascopio-Report_FINAL_ESP.pdf

Joel B. & Tim J. (2017) La catástrofe de las asociaciones público-privadas (APPs) británicas. Lecciones de finanzas privadas para el resto del mundo. Jubilee Debt Campaign. https://jubileedebt.org.uk/wp-content/uploads/2017/02/The-UKs-PPPs-disaster_Final-version_Spanish_02.17.pdf

Ley 1150, 2007. Diario Oficial. [D.O.]: 46.691. (Colombia). Obtenido el 22 de enero de 2024. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

Ley 1508/12, enero 10, 2012. Diario Oficial. [D.O.]: 48308. (Colombia). Obtenido el 22 de enero de 2024. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=45329>

Ley 489/98, diciembre 29, 1998. Diario Oficial. [D.O.]: 43.464. (Colombia). Obtenido el 22 de enero de 2024. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=186>

Ley 80/93, octubre 28, 1993. Diario Oficial. [D.O.]: 41.094. (Colombia). Obtenido el 22 de enero de 2024. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Ley 84/89, diciembre 27, 1993. Diario Oficial. [D.O.]: 39120. (Colombia). Obtenido el 22 de enero de 2024.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=8242>

Ley 1437/11, enero 18, 2011. Diario Oficial. [D.O.]: 47956. (Colombia). Obtenido el 21 de julio de 2024. <https://bit.ly/31FBCJU>

López, D. (2009). *¿Por qué hablar de una teoría Impura del derecho para América Latina? Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Uniandes-Siglo del Hombre-Universidad Javeriana.

Monsalve Caballero, V. (2008). La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción. *Revista de derecho*, (30), 30-74.

http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-86972008000200003&script=sci_arttext

National Audit Office. (2002). Managing the relationship to secure a successful partnership in PFI projects, Informe del Comptroller and Auditor General, HC 375.

http://www.nao.org.uk/publications/nao_reports/01-02/0102375.pdf

Nieto, E. (2004). La financiación Privada de obras y Servicios Públicos en el Reino Unido. *Revista de Administración Pública*, (164), 389-406.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=975394>

Organización Mundial del Comercio (OMS). (2024) La OMC y la contratación pública. En línea:

https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm

Paton, A. (2006). Plundering the Public Sector: How New Labour are Letting Consultants Run Off with £ 70 billion of our Money. *BMJ*, 333(7561).

<https://www.bmj.com/content/333/7561/266.1.short>

Real Academia Española. (2023) Diccionario de la lengua española. <https://dle.rae.es/>

Rezzoagli, B. A. (2016). Contratación pública para objetivos y resultados: aproximación y discusión teórica. *Revista Derecho Público*, (37), 1.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6331302>

Robalino, J. (2010) Los asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica. *FORO. Revista de Derecho*, 13,

<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2895/1/07-Robalino.pdf>

Rojas-Poveda, D. (2022). Las reclamaciones por desequilibrio económico en el contrato estatal:

la buena fe y los actos propios en la jurisprudencia del Consejo de Estado. *Revista de Derecho Privado*, (42), 111-144. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0123-](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0123-43662022000100111&script=sci_arttext)

[43662022000100111&script=sci_arttext](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0123-43662022000100111&script=sci_arttext)

Santos (2013). Equilibrio económico del contrato estatal. Fundamento. Teoría de la imprevisión.

Metodología del restablecimiento. En Ospina et al., *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*. Universidad Externado de Colombia.

Serpa, L. (2023) *El equilibrio económico del contrato y el principio de planeación en*

contratación estatal: una relación inescindible y necesaria. Universidad Católica En

línea. [https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/9b5300a8-7f84-4641-](https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/9b5300a8-7f84-4641-ba37-d76f2f7f4e6d/content)

[ba37-d76f2f7f4e6d/content](https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/9b5300a8-7f84-4641-ba37-d76f2f7f4e6d/content)

Silva, F. (2007) Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral. *Revista Mercatoria*.

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/revemerc6&div=15&id=&page=>

Vásconez, J. (2018) Política neoliberal en América Latina e inversión en asociaciones público-privadas para infraestructura. *Revista del Centro Andino De Estudios Internacionales*

<https://doi.org/10.32719/26312549.2018.18.5>

Zapata, P., & Nisimblat, M. (1997). Integración de las normas comerciales y civiles en materia de obligaciones y contratos: interpretación del artículo 822 del Código de Comercio.

[Tesis de grado, Universidad de los Andes]. Repositorio institucional

<https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/47317/Integraci%C3%B3n-de-las-normas-comerciales.pdf?sequence=1>

Zhou, L., & Lowe, D. J. (2003). Risk and Reward of the Private Finance Initiative in the UK. In Second International Conference on Construction in the 21st Century: Sustainability and Innovation in the Management and Technology, Hong Kong Polytechnic University and Florida International University, Hong Kong.

https://pure.manchester.ac.uk/ws/portalfiles/portal/32551646/FULL_TEXT.PDF