
El ingreso esperado y el desequilibrio económico del contrato

Tribunal de arbitramento analizó las circunstancias que afectaron la ecuación económica del Contrato de Concesión No. 008 de 2007 del Proyecto Ruta Caribe.

Bogotá - Legal flash

25 de noviembre de 2024



Aspectos clave

- > La obtención nominal de ingresos no es una medida válida para desestimar afectaciones al **equilibrio económico** de un **contrato de concesión**, ya que no contempla los desplazamientos de las inversiones, las exigencias de flujo de caja y las inversiones adicionales que pueden ser necesarias para mantener la estabilidad económica del proyecto.
- > En un negocio financiero como el de los **contratos de concesión** el precio remunera las obligaciones pactadas, así como los riesgos previsibles asumidos por el concesionario.
- > Los **riesgos imprevisibles** no están cubiertos por el precio, por lo cual, al cambiar el **mapa de riesgos** previstos por la entidad contratante y adoptado por el concesionario para la modelación financiera y la configuración de su oferta, se activa un escenario susceptible de generar pérdidas que deben ser restablecidas.

La obtención del ingreso esperado no debe impedir el restablecimiento del equilibrio económico

A finales del mes de septiembre se emitió el laudo arbitral que resolvió las controversias entre Autopistas del Sol S.A.S. (“ASOL” o el “Concesionario”) y la Agencia Nacional de Infraestructura (“ANI”) en relación con el Contrato de Concesión No. 008 de 2007 (“**Contrato**”) del Proyecto “Ruta Caribe” (“Proyecto”). El panel arbitral analizó las pretensiones de ASOL respecto a varios incumplimientos atribuibles a la ANI, así como ciertas circunstancias que habrían afectado la ecuación económica del **Contrato**.

El laudo hace referencia, entre otros asuntos, a los efectos de la imposición de tarifas especiales en dos de los peajes del Proyecto y la legalidad de ciertas retenciones efectuadas por la ANI sobre pagos a favor de ASOL. También se analizaron los efectos derivados de la eliminación del beneficio tributario por inversión en activos fijos reales productivos (AFRP) y por las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional frente al COVID-19.

Respecto a los dos primeros temas, el tribunal determinó que la imposición de tarifas especiales en los peajes de Sabanagrande y Pasacaballos constituyó la materialización de un riesgo asignado a la ANI, por lo cual, esta entidad debe compensar al Concesionario. Asimismo, se concluyó que algunas retenciones realizadas por la ANI durante la ejecución del Contrato no se ajustaron al procedimiento administrativo establecido en la Ley 1474 de 2011, por lo que ordenó su devolución a favor del Concesionario. Además, el tribunal concluyó que la eliminación del beneficio tributario por inversión en AFRP configuró la activación de un riesgo a cargo de la ANI y, por consiguiente, ordenó compensar al Concesionario.

Sin embargo, pese a que el panel arbitral reconoció que la pandemia del COVID-19 y las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional (Decreto 417 de marzo de 2020) constituyeron circunstancias imprevistas, consideró que su impacto se limitó al desplazamiento en la fecha de obtención del **ingreso esperado** por parte del Concesionario. Siguiendo la interpretación del tribunal, el mecanismo contingente acordado por las partes para extender el plazo del Contrato mediante un otrosí permitió al Concesionario obtener el ingreso pactado, lo que implicaría la inexistencia de pérdidas que justificaran el restablecimiento del **equilibrio económico** pretendido por ASOL.

Para sustentar esta postura, el laudo arbitral reiteró la regla prevista en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993, según la cual, el restablecimiento del **equilibrio económico** procede como medida para llevar al contratista a un punto de no pérdida, sin garantizar utilidades. Según la interpretación del tribunal, contraria a la lógica financiera de los negocios de concesión y varios precedentes arbitrales, la obtención nominal de los ingresos esperados sería incompatible con la existencia de pérdidas susceptibles de **restablecimiento económico**.

Es importante recordar que en un negocio financiero como el de los contratos de concesión el precio remunera las obligaciones pactadas, así como los riesgos previsible asumidos por el concesionario. Por definición, los riesgos imprevisibles no están cubiertos por el precio - o en este caso, por el **ingreso esperado**-, por lo cual, al cambiar el **mapa de riesgos** previstos por la entidad contratante y adoptado por el concesionario para la modelación financiera y la configuración de su oferta, se activa un escenario susceptible de generar pérdidas, independientemente o no, de la percepción del ingreso previsto.

Desde un punto de vista financiero y según las tesis jurídicas aceptadas en precedentes similares, la obtención del **ingreso esperado**, ya sea mediante los esquemas de retribución del proyecto o a través de mecanismos de soporte o compensación de ingresos -incluyendo por ejemplo la extensión del plazo-, no es incompatible con la afectación de la ecuación económica del contrato.

Entre varios laudos arbitrales, el que resolvió las controversias entre la Concesionaria Santa Marta Paraguachón y el INVIAS en 2001, es uno bastante ilustrativo. En dicho fallo, el tribunal arbitral reconoció que los mecanismos de compensación del **contrato de concesión**, aunque aseguraban el ingreso garantizado del

concesionario, eran insuficientes para mantener la ecuación contractual frente a hechos imprevistos. Según la regla planteada en esta decisión, los modelos financieros de los concesionarios no se diseñan para obtener ingresos en los plazos o condiciones de los mecanismos de compensación de manera permanente.

Aunque dicho laudo trata un escenario permanente, la regla considera que la expectativa de retorno de la inversión está basada en las condiciones iniciales de contratación, como bien sería el tráfico y los ingresos previstos inicialmente y no en escenarios impactados por un evento imprevisible que perduran en el tiempo. De esta manera, no puede perderse de vista que los desfases o desplazamientos impactan el flujo de caja y generan una necesidad de mayor inversión para cubrir la ausencia de recursos derivados del ingreso proyectado, lo que puede perfectamente generar una pérdida susceptible de ser restablecida, aun cuando se obtenga el ingreso pactado.

Según lo anterior, la interpretación del panel arbitral en el caso de ASOL subestima la complejidad de los flujos financieros en contratos de concesión y no considera adecuadamente la necesidad de restablecer la ecuación económica en situaciones de desequilibrio provocadas por factores externos e imprevistos. La obtención nominal del ingreso pactado no es una medida válida para desestimar afectaciones al **equilibrio económico** de un **contrato de concesión**, ya que no contempla los desplazamientos de las inversiones, las exigencias de flujo de caja y las inversiones adicionales que pueden ser necesarias para mantener la estabilidad económica del proyecto.

Una postura de esta naturaleza ignora la distribución ab initio de los riesgos que justificó la cuantificación del ingreso y modelación financiera del proyecto, y desconoce abiertamente el derecho del concesionario a que el **equilibrio económico** sea restablecido por la administración cuando se han probado los requisitos para ello.

Es crucial que en el marco de la ejecución contractual y especialmente en escenarios de resolución de disputas se analicen correctamente las condiciones bajo las cuales el ingreso pactado es obtenido y las posibles afectaciones que se derivan de circunstancias no previstas. Solo así se podrá garantizar un **equilibrio económico** y acorde con la realidad financiera de los proyectos de concesión que proteja los intereses de las partes y asegure la sostenibilidad a largo plazo de estos acuerdos.

Para obtener información adicional sobre el contenido de este documento puede enviar un mensaje a nuestro equipo del [Área de Conocimiento e Innovación](#) o dirigirse a su contacto habitual en Cuatrecasas.



Andrés Martínez

T +57 (601) 7953030

andres.martinezvallejo@cuatrecasas.com

Para obtener información adicional sobre el contenido de este documento puede enviar un mensaje a nuestro equipo del [Área de Conocimiento e Innovación](#) o dirigirse a su contacto habitual en Cuatrecasas.



©2024 CUATRECASAS | Todos los derechos reservados.

Este documento es una recopilación de información jurídica elaborado por Cuatrecasas. La información o comentarios que se incluyen en el mismo no constituyen asesoramiento jurídico alguno.

Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de Cuatrecasas. Queda prohibida la reproducción en cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, ya sea en su totalidad, ya sea en forma extractada, sin la previa autorización de Cuatrecasas..