

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE AQUINO



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

MÓDULO

TRABAJO DE GRADO

**EL RIESGO PREVISIBLE EN EL MARCO DE LA CONTRATACION ESTATAL
COLOMBIANA**

PROFESOR

ANTONIO ALEJANDRO BARRETO MORENO

ESTUDIANTE

HENRY ALFONSO MORENO PAREJA

Septiembre 2020

INTRODUCCION

El presente trabajo es una investigación descriptiva, con enfoque cualitativo, de tipo documental, sobre la temática del riesgo previsible en el marco de la contratación estatal colombiana, desarrollada a través de cuatro (4) capítulos: en primer lugar una breve descripción del riesgo previsible en Colombia, en el cual se recogen conceptos de diferentes autores sobre el tema; el segundo acápite, está referido a la síntesis normativa en materia de riesgo previsible; el tercer capítulo profundiza sobre el Conpes 3714 de 2011; y el cuarto apartado ahonda en la planeación y el desarrollo jurisprudencial de la planeación bifronte; y finalmente se concluye con unas conclusiones generales.

La génesis del mismo, surge por la ausencia de escritos minuciosos relativos al riesgo previsible, la curiosidad y grado de asombro del tesista sobre el tema, en el marco de la contratación estatal colombiana, así como la necesidad de revisar, la importancia y permanente dinámica del concepto, dado por el legislador especialmente a partir de la Ley 1150 de 2007, y que incluso recientemente, se ha emitido un nuevo Conpes 4000, relativo a los lineamientos de política de riesgo contractual del Estado, para proyectos aeroportuarios con participación privada, lo que muestra una permanente y constante evolución en la aplicación del instrumento, en diversos escenarios de la contratación.

La necesidad de desarrollar este concepto, tiene por objeto conocer el riesgo previsible, como un instrumento en la búsqueda de satisfacer unos intereses del Estado; uno de ellos disminuir la litigiosidad, tema que no se puede validar en este trabajo, porque no hay los elementos cuantitativos para poder corroborar si ha disminuido o no, pero lo que si podemos afirmar es que, desde el punto de vista normativo, hay algunos elementos que muestran la importancia de la figura, como por ejemplo, mejor planeación, mejor coordinación, y también pueden observarse algunos otros aspectos de la figura, que se revisaran a lo largo de este trabajo.

Objetivo General: Establecer la importancia y evolución del concepto de riesgo previsible, en el marco de la contratación estatal colombiana, como aporte al escenario académico.

Objetivos Específicos

Realizar una breve descripción del riesgo previsible en Colombia, a partir de la definición del concepto por varios autores.

Efectuar una síntesis normativa, a partir de las diferentes reglamentaciones del concepto de riesgo previsible en nuestro país, identificando la evolución legislativa de la temática.

Analizar la importancia del riesgo previsible a través del Conpes 3714 de 2011.

Establecer la importancia de la planeación contractual, frente al riesgo previsible.

La estructura del trabajo es la siguiente:

1- Breve descripción del riesgo previsible en Colombia.

En este primer apartado se hace una breve descripción del riesgo previsible en Colombia, visto entre otros por algunos doctrinantes, y el desarrollo normativo que el concepto ha tenido, lo que ha llevado al fortaleciendo en los Procesos de Contratación Estatal y la mitigación de consecuencias negativas para las partes.

2- Síntesis normativa en materia de riesgo previsible.

Muestra la evolución del concepto riesgo previsible desde el decreto 150 de 1976, decreto 222 de 1983, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, hasta el Decreto 1082 de 2015.

En estas normas se destaca que a partir de la ley 1150 de 2007, se dieron importantes avances en la búsqueda por la buena marcha de los contratos, al plantear estructurar un verdadero plan de acción, antes de la ocurrencia de un riesgo precaviendo sus efectos y buscando su mitigación, frente a la aparición de riesgos propios del contrato.

3- Conpes 3714 de 2011.

En este capítulo se analiza el documento denominado “Del Riesgo Previsible en el Marco de la Política de Contratación Pública”, expedido por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), dicho documento fue estructurado con la finalidad de ofrecer los lineamientos primordiales para que en todos los contratos sometidos al Estatuto General de la Contratación Estatal tuvieran la claridad suficiente en relación con la forma de manejar los riesgos previsibles dentro del marco de la Ley 1150 de 2007 en su artículo 4.

Al analizar el documento Conpes 3714 de 2011, se ofrece una serie detallada de características para identificar los riesgos exógenos previsibles que se encuentran asociados al contrato estatal, como deben tipificarse, valorarse y distribuirse los riesgos exógenos previsibles, y todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales.

4- La planeación en el riesgo previsible

De otro lado, se aborda el principio de planeación, como un eslabón principal en el marco contractual, con el cual se logra determinar de forma clara y detallada; la tipificación, estimación y asignación de riesgos, de forma conjunta con el contratista, donde se contemplan, aquellos aspectos que pudieran afectar de forma significativa el equilibrio económico del contrato, o cualquier circunstancia, que afecte el adecuado desarrollo contractual, desde los aspectos técnico, financiero y jurídico reflejados en los estudios previos, que en ultimas terminan dando la aplicación al principio de economía en el contrato estatal.

Dentro de este capítulo, se destaca el concepto de “planeación bifronte” desarrollado por el Consejo de Estado en la sentencia No 59309 cuya consejera ponente fue la Doctora Marta Nubia Velásquez Rico del ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Este trabajo revisa el desarrollo jurisprudencial de este interesante concepto, que complementa la aplicación del principio de planeación de forma sistemática, en relación con la obligación, si se quiere de carácter complementario y armónico que deben tener las partes contractuales, desde la etapa de la planeación para el buen desarrollo del objeto contractual.

Por último, se presentan algunas conclusiones generales y las fuentes de consulta utilizadas para su elaboración.

Si bien, no se tienen elementos de juicio, para asegurar si el riesgo previsible permite una disminución en los litigios en contra del estado, si podemos afirmar con gran relevancia que, un adecuado diligenciamiento de los riesgos propios de cada contrato, mejoran el conocimiento de las responsabilidades y obligaciones contractuales de las partes, y reducen sustancialmente la incertidumbre de las partes, puesto que, en la audiencia de riesgos, quedan notificados los eventos, que se tendrán en cuenta, al momento de valorar aquellos efectos nocivos para las partes contractuales.

El riesgo previsible es un elemento fundamental, en la necesidad de contar con la mayor claridad para las partes, respecto de sus obligaciones y responsabilidades, desde la etapa precontractual y obviamente al ejecutar el contrato, pues con ello, cada extremo contractual conoce su alcance, en caso de presentarse cualquiera de los eventos que allí se precisan, de manera sistemática en la matriz de riesgos.

Este instrumento, entendido dentro del alcance y finalidad del postulado de la planeación, el cual aunque no cuenta con una norma expresa, si se encuentra inmerso dentro de los mencionados principios, especialmente dentro del principio de economía, consagrado en los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, así mismo con su relevancia a partir de la Ley 1150 de 2007 en su artículo 4; cuyo fundamento se ha desarrollado de manera especial por el Consejo de Estado a través de sus Secciones Tercera y Cuarta, y que tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; constituyéndose en el eslabón principal dentro de la contratación estatal, pues consiste en determinar de forma clara y detallada al punto de poder estructurar la tipificación, estimación y asignación de riesgos de forma conjunta entre la Entidad estatal y el contratista.

Esta construcción esta formulada a partir del diligenciamiento sistemático en la matriz de riesgos, clasificados en aquellos riesgos de carácter económico, socio político, operacionales, financieros, regulatorios, de la naturaleza, ambientales o tecnológicos, nos permite contemplar conjuntamente -estado y contratista-, aquellas contingencias

externas identificables, y que tienen el carácter de ser controladas o atenuables, para el buen desarrollo del objeto contractual.

Agradecimientos

A David, Jony y la Negri, quienes han sido siempre mi orgullo, mi estandarte y que me entregan cada día su confianza, apoyo y compañía en este viaje temporal en que cada minuto es una vivencia y un recuerdo más.

A aquellos maestros que apoyaron esta búsqueda desde sus inicios hasta este momento en que las ideas toman forma y se hacen realidades.

A mi director, el profesor Alejandro Barreto Moreno, que acompañó éste caminar, desde su conocimiento, orientación y acertada dirección académica y humana para el logro de esta investigación.

A mis jurados, doctor Edgar Andrés Quiroga Natale y doctora Corina Duque, quienes asertivamente me sugirieron un redireccionamiento en cuanto a los temas, para estructurar adecuada e integralmente este trabajo de grado.

A la vida ...

Contenido

1. DESCRIPCION DEL RIESGO PREVISIBLE EN COLOMBIA.....	7
2. BREVE SINTESIS NORMATIVA EN MATERIA DEL RIESGO PREVISIBLE.....	22
2.1 DECRETO 150 DE 1976.....	23
2.2 DECRETO LEY 222 DE 1983	26
2.3 LEY 80 DE 1993.....	28
2.4 LEY 1150 DE 2007.....	35
2.5 DECRETO 1082 DE 2015.....	40
3. CONPES 3714 de 2011.....	56
3.1 RIESGOS CONTRACTUALES	62
3.2 CLASES DE RIESGOS PREVISIBLES.....	63
3.3 ESTIMACION DE LOS RIESGOS.....	65

3.4 PROBABILIDAD DEL RIESGO	66
3.5 ESTIMACION CUANTITATIVA	67
3.6 AUDIENCIA DE RIESGOS	74
4. LA PLANEACION Y EL RIESGO PREVISIBLE	76
4.1 LA PLANEACION BIFRONTE.....	85
5. CONCLUSIONES	92
BIBLIOGRAFÍA.....	99

1. DESCRIPCION DEL RIESGO PREVISIBLE EN COLOMBIA

Definimos el riesgo previsible como el que puede ocurrir dadas las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se ejecutara el contrato (BECERRA, 2008).

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, nos trae dos acepciones:

“1. m. Contingencia o proximidad de un daño.

2. m. Cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro”¹.

El concepto resulta siempre asociado a situaciones que, son en primer lugar exposiciones a situaciones de peligro, en donde hay la posibilidad o no, de sufrir un daño ante una amenaza o en un entorno de vulnerabilidad.

El riesgo dentro de la contratación pública presenta una relevancia significativa, dadas las posibles consecuencias que, a lo largo del proceso contractual, puede generar secuelas con afectaciones tanto para una, o para las dos partes de la ecuación

¹ <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=WT8tAMl>. Consultada 18/11/2019

contractual, siendo en la mayoría de los casos afectaciones de carácter financiero y económico para alguna de las partes.

Los riesgos pueden afectar varios elementos del proceso contractual, de un lado y visto desde un punto de vista finalista, incide de forma directa en el éxito o fracaso del contrato, afecta la ecuación económica, y está directamente relacionada con el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo.

Lo anterior termina siendo una razón categórica para que incluso, desde la fase precontractual, el área correspondiente identifique eventuales situaciones que puedan surgir y afectar el proceso contractual en su desarrollo normal.

Conocer estas potenciales situaciones, identificar a quien le corresponde asumirlas, prever el tratamiento y las medidas de prevención para evitarlo, aseguran una mayor probabilidad de éxito tanto para la entidad como para los contratistas en los diversos procesos contractuales.

El riesgo previsible, está directamente relacionado con el hecho de que ciertos patrones de comportamiento se puedan establecer, para concretar la toma de decisiones razonables y exitosas de manera previa a su ocurrencia, dirigidas en la dirección de evitar que se produzcan daños o afectaciones en un proceso, actividad o proyecto, una suerte de investigación previa para la toma de decisiones exitosas, en los casos en que se llegare a presentar eventos futuros inconvenientes (ELLSBERG, 2001).

En Colombia el riesgo previsible visto desde los doctrinantes, ha tenido un desarrollo normativo que claramente busca el fortalecimiento de los Procesos de Contratación Estatal y la mitigación de consecuencias negativas para las partes. “Así el espíritu de la ley 1150 de 2007 fue el de fortalecer los procesos de contratación y propender por la buena marcha de los contratos, plantear estructurar un plan de acción ante el acaecimiento de un riesgo previsible, que busque su mitigación, ya que frente a la aparición de riesgos propios del contrato, vienen las consecuencias negativas para ambas partes contratantes, que si no son administradas desde el principio del proceso de contratación, promueven el uso de prerrogativas exorbitantes por parte de la entidad

estatal, reconocimiento del rompimiento del equilibrio económico del contrato y parálisis del cumplimiento de la necesidad evidenciada por dicha Entidad Estatal.” (SUAREZ, 2014)

Respecto de la naturaleza de la ecuación contractual por su complejidad dogmática poli dimensional propiamente dicha, (QUIROGA NATALE, 2020), consagra por lo menos cuatro dimensiones:

1. Como un derecho que tiene cada parte de la relación contractual.
2. Como un principio del contrato, y a su vez deber conjunto que tiene las partes del contrato.
3. Como una regla de interpretación de las normas que regulan los contratos estatales.
4. Como un criterio de dosimetría para establecer la indemnización, producto del comportamiento antijuridico de las entidades estatales que conlleve a la configuración de su responsabilidad.

En nuestro país, las normas sobre el riesgo en los Contratos Estatales principalmente a partir de 2011, se han ajustado y dinamizado, en razón a las complejidades que suelen presentarse en los contratos; así como por la necesidad de cerrar las brechas minimizando los riesgos, al tipificar, estimar y asignar los riesgos previsibles para todos los contratos estatales, confeccionando la implementación de una actuación sistemática y una estrategia que permite blindar jurídicamente la administración de demandas futuras.

La aparición del concepto del riesgo previsible, nace de la necesidad de encontrar un fundamento legal autónomo de gran entidad, que se convierta en una herramienta estatal innovadora, para solucionar los graves problemas que venía enfrentando la administración frente a:

- i) los sobrecostos.
- ii) la mala calidad en las obras –Principalmente civiles- iii) entregas fuera de tiempo de las mismas;

Todo lo anterior, casi siempre justificado por los contratistas, en un daño antijurídico sufrido por parte de Estado, y preceptuado en el Artículo 90 de la Constitución, con el consecuente desequilibrio económico, producto del surgimiento de situaciones no previstas durante el desarrollo y la ejecución del contrato.

El propósito es encontrar y establecer reglas claras, tanto para la administración como para los contratistas, en la búsqueda de una verdadera colaboración armónica entre los particulares y el estado para cumplir con el fin común, que es la satisfacción del interés general de parte del estado y para los contratistas el beneficio económico, aunado lo anterior al cumplimiento del contrato en los términos establecidos.

En este escenario, se aprovecha la coyuntura de la promulgación del denominado Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80, 1993), esta ley para su momento histórico, representó un verdadero avance, ya que por primera vez en la historia legislativa del país, a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, se les daba un fundamento de raigambre constitucional, contemplado en el artículo 209 de nuestra constitución política, e imprimiéndole a los principios de la contratación estatal, un rango si se quiere de origen superior.

Dispone además que la contratación es “La efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines” (Ley 80, 1993, pág. Artículo 3)

Se reconoce de esa forma, que los particulares colaboran armónicamente con la administración, garantizando además la efectividad de sus derechos e intereses en la relación contractual que, aunque la administración cuenta con cláusulas exorbitantes y excepcionales que los deja en inferioridad de condiciones, a su vez les garantizan sus derechos.

Establece a su vez los parámetros y las condiciones que, deben gobernar el ejercicio de las funciones del estado en la ecuación contractual, indicando que ni la entidad ni el contratista, pueden hacer más onerosa la ejecución del contrato.

Llama la atención dentro de los derechos y deberes de los contratistas, la Ley 80 de 1993 en su artículo 5 numeral 4, pues la descripción de la norma busca blindar al estado de posibles incumplimientos de los contratistas, entregándoles la responsabilidad por la ejecución del contrato, y yendo mucho más allá, haciéndolos responsables de cualquier eventualidad, sucedida por causa de la inadecuada calidad de los bienes o servicios.

“(….)Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello”.

Se establece además la obligación de contar con las garantías en pólizas de seguros en la cual se cubran varias eventualidades, ello en el marco del artículo 25 principio de economía numeral 19.

“(…) 19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos. Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias. La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros. Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada”².

Este requisito comporta la necesidad de la administración, de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contrato, no solo durante la vigencia del tiempo del

² Ley 80 de 1993 Artículo 25.

contrato, sino ajustando los límites más allá en el tiempo, cubriendo el riesgo amparado, e igualmente exigiendo a los proponentes, garantías de seriedad de la oferta.

En su artículo 32 numeral 4, en referencia directa a los contratos de concesión, las obras serán por cuenta y riesgo del concesionario.

“(...) 4o. Contrato de concesión Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única

o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”

Este concepto está conectado necesariamente con esa posibilidad de prever su ocurrencia, de presentir y pronosticar lo que se pueda presentar en un escenario futuro, siendo la previsibilidad un adjetivo inherente al hecho indicador que algo puede ser previsto y que debemos indicar que la proximidad del daño puede haber podido imaginarse mucho antes de su ocurrencia (GOMEZ LEE & VELANDIA CASTRO)

Como quiera que el riesgo es un evento, del cual se pueden desprender hechos que afecten, de forma negativa el buen desarrollo del contrato y sus objetivos, se pueden presentar acontecimientos adversos, los cuales pueden tener una serie de características e implicaciones, que para cada caso difieren de magnitud, probabilidad de ocurrencia, efectos e impacto.

Para (BENAVIDES & SANTOFIMIO) es un error incluir el análisis de riesgos contractuales, al cumplimiento de las obligaciones del contrato estatal, por cuanto estas pertenecen a instituciones jurídicas diferentes. El incumplimiento no solo puede estar asociado al hecho que éste se presente o no, sino además a la calidad del cumplimiento; en la medida que puede ser defectuoso, de mala calidad, inoportuno, inadecuado, intempestivo, extemporáneo o parcial; y las consecuencias que se ocasionan son radicalmente diferentes e inciertas.

SANTOFIMIO considera que jurídicamente, dentro de la institución de las obligaciones, se encuentran los incumplimientos regidos por principios y reglas que son específicas, las cuales se enmarcan dentro de la Teoría General del Contrato, así como en la limitada autonomía privada; en consecuencia: *“el incumplimiento de las obligaciones no materializa el riesgo, sino que produce la obligación de reparar los daños y perjuicios causados según las reglas del Código Civil”*, y además considera que se produce confusión en cuanto a la caracterización que se da a los eventos y sus consecuencias.

Deja claro además, que el riesgo contractual no está relacionado con ese riesgo que se ampara, en las pólizas de cumplimiento y calidad que se exigen a los contratistas, en virtud de las normas contractuales, más bien considera que, pueden estar más cercanos con la teoría de la imprevisión, aclarando que su objetivo difiere, por cuanto pretende reducirla a su mínima expresión; por cuanto con la gestión de los riesgos contractuales, las partes tienen como finalidad identificar todas y cada una de las posibles situaciones imaginables en el futuro que puedan afectar la ejecución del contrato o generar dificultades y sobre costos en las prestaciones iniciales, determinando cuál de las partes debe soportarla.

Siendo el contrato un acuerdo de voluntades regulador de relaciones jurídicas patrimoniales, teniendo como finalidad la satisfacción de intereses particulares y en el caso de la contratación estatal, para cumplir con los fines esenciales del Estado; cada parte espera de la otra la diligencia, esmero y conocimiento en procura de superar cualquier escollo que se presente, pretendiendo siempre la satisfacción del otro, es por ello que el éxito o fracaso del contrato, dependen en gran medida de la estructura y los

análisis correctos, ya que la esencia misma y su finalidad es el éxito y alcanzar los objetivos de las partes:

“(...) En verdad, todos los términos del contrato tratan con el riesgo. Los contratos se realizan para alcanzar los objetivos comerciales y del proyecto, y el éxito en alcanzar estos objetivos depende de cuestiones como el precio, el alcance, los compromisos de desempeño, los criterios de aceptación y la gestión del cambio. Por el lado de la venta, la rentabilidad futura depende de estos problemas. El riesgo de no recibir el pago en su totalidad o a tiempo, el riesgo de flujo de efectivo y el riesgo de disminución del margen dependen de los contratos. Por el lado de la compra, los contratos son la base para lograr los beneficios esperados. La estructura y los términos correctos del contrato pueden marcar la diferencia entre el éxito y el fracaso, las pérdidas y ganancias, la mejora de los márgenes y la erosión de los márgenes, incluso la satisfacción y la decepción del cliente / proveedor, lo que posiblemente lleve a reclamos y disputas.” (Siedel, 2013, pág. 80).

Surge la pregunta de lo que es previsible y lo que no, asimismo que tan adelante en el tiempo deben proveerse las contingencias posibles. Todo indica que se deben visualizar todas las contingencias posibles, de tal manera que se deje al azar únicamente aquello que sea no solo exiguuo, sino inexistente, teniendo como resultado de estas previsiones la aparición de INCOTERMS,³ con los que se sabe de forma clara y desde un principio, los posibles riesgos, garantías y a cargo de quien están claramente determinadas las obligaciones, cuando se presentan esos riesgos.

Así es como el contrato “Genera obligaciones entre las partes, y en tal sentido cada uno de los contratantes es a su vez deudor y acreedor del otro” (Hinestrosa, 2002, pág. 545). la no satisfacción de las obligaciones en los términos estipulados es inherente a los contratos, teniendo consecuencias para el responsable e infractor, así mismo entendiendo que acorde y proporcionalmente a los incumplimientos, se deben generar

³ BECERRA SALAZAR, Álvaro Darío. Estatal. Editorial Leyer. Pág. 85. La CCI destaca que se ocupan de la relación entre compradores y vendedores en un contrato de compra venta, versan sobre un numero de obligaciones bien identificadas impuestas a las partes y sobre la distribución del riesgo entre las partes en cada uno de los casos.

las consecuencias, tal como lo señalo la Corte Suprema de Justicia⁴ según la cual no basta con probar el caso fortuito, sino que además se debe demostrar, que se obró con la debida diligencia o cuidado debido, para hacer posible la ejecución de su obligación.

A manera de ejemplo, los contratos de tracto sucesivo tienen una gran probabilidad de variaciones, obedeciendo a situaciones repentinas en el tiempo, que pueden ocasionar afectaciones en los valores presupuestados al inicio del contrato.

Una de las fórmulas para conjurar esta situación es, contar dentro del mismo clausulado, con una disposición en la que se pueda hacer un ajuste de precios unitarios. en caso de una ocurrencia como la planteada. Así lo señala el Consejo de Estado Sección Tercera.

Toda vez que se trata de una situación previsible para las partes, se ha considerado necesario que éstas incluyan en el contrato fórmulas, que pueden ser matemáticas, mediante las cuales puedan reajustarse periódicamente esos precios unitarios obedeciendo a las variaciones de sus componentes en el mercado, de tal manera que correspondan a la realidad de los costos en el momento de ejecución de las prestaciones a cargo del contratista. (...) la figura del reajuste de precios es una medida preventiva frente a una situación previsible, que puede afectar el resultado económico final del contrato en contra de cualquiera de las partes, y que se soluciona mediante la inclusión en el mismo de la respectiva cláusula de reajuste, normalmente mediante una fórmula matemática. (...) No obstante, puede suceder que no se haya pactado una fórmula de reajuste de precios, o que la incluida en el contrato resulte insuficiente para absorber las variaciones que se hayan presentado en algunos de los elementos componentes de los precios unitarios, de tal manera

⁴ “Hay una presunción de culpa en quien no las satisface en el modo y tiempo debidos, porque el incumplimiento es un hecho o una omisión que afecta el derecho ajeno. El deudor puede destruir esa presunción probando que su incumplimiento obedeció a fuerza mayor o caso fortuito que sobrevino sin culpa y antes de estar constituido en mora (C.C. Art 1604) Pero como la culpa proviene de no obrar con la diligencia y cuidado que la ley gradúa según la naturaleza del contrato (Art 63 y 1604) resulta que al deudor para exonerarse de responsabilidad, no le basta probar el caso fortuito, sino también que empleo la diligencia o cuidado debido para hacer posible la ejecución de su obligación.

que al aplicarla realmente no se produzca la actualización de los mismos; en tales condiciones, la parte afectada tendrá derecho a pedir la revisión del contrato, es decir, que se analicen los términos en que aparecen pactadas las prestaciones a cargo de los contratantes y más específicamente, la composición de los precios unitarios que se hubieren acordado, para determinar en esta forma si efectivamente obedecen a la realidad de las variaciones que se hubieren podido presentar en los mismos entre la fecha de presentación de la oferta o de celebración del contrato y la fecha de ejecución y pago de las prestaciones o si, en efecto, la fórmula de reajuste acordada, si fuere el caso, resultó insuficiente, para obtener por este medio el reajuste de los precios y en consecuencia, el restablecimiento de la ecuación contractual inicialmente pactada.” (CONSORCIO FRANCISCO EDGAR LIZCANO PAEZ Vs IDRD)

Además de lo señalado por el Consejo de Estado, varios doctrinantes como lo hace Meléndez, señalan la necesidad de tener en cuenta cuatro aspectos fundamentales para valorar la probabilidad de ocurrencia de eventos que afecten el buen desarrollo del contrato estatal: “i) Reconocer que los riesgos siempre han existido existen y existirán ii) Los riesgos no se pueden prever con total certidumbre, pero se pueden mitigar. iii) Manejar el riesgo es un negocio; esto quiere decir, requiere negociación, acuerdo entre las partes y previsión iv) La ocurrencia de cualquier riesgo afecta a las partes” (MELENDEZ J. I., 2009).

En la misma dirección de evitar la ocurrencia de situaciones que afecten los recursos del Estado, se expide la ley 1474 *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”* buscando establecer mecanismos, para prevenir los actos de corrupción en todos los niveles de la administración, lo cual también incluye, tanto a los funcionarios como a contratistas y personal que cumpla con funciones administrativas.

Tal como lo define en la doctrina (BELTRAN GARCIA, 2015):

“Es un riesgo previsible el que los precios de un contrato se afecten por circunstancias económicas posteriores a su celebración, tales como la inflación interna, la devaluación de nuestra moneda con respecto a monedas fuertes o la alteración del precio de algún insumo importante para la ejecución del contrato”

En nuestro país, éste elemento reviste gran importancia en el contexto de los contratos con el estado, para identificar como se definen los riesgos entre las partes, dada la trilogía de regímenes contractuales a tener en cuenta, regímenes de carácter privado, público o mixto “contratación estatal en sentido amplio y el régimen de las organizaciones privadas, que no son administración pública, sino particulares que contratan con recursos públicos que administran o se manejan en ocasiones como contratantes” (GÓMEZ, 2012, págs. 3-4)

En todo caso y con independencia del tipo de régimen contractual, existen disposiciones normativas que regulan y condicionan la relación contractual, quedando atadas las partes a las disposiciones mismas del contrato estatal *“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”*⁵.

Esta caracterización propia de los contratos estatales, les imprime unas características propias que debemos destacar al hablar de los riesgos y son las siguientes: i) que tienen un régimen propio. ii) cuentan con instituciones cuya reglamentación es exclusiva de estos contratos; como el proceso licitatorio público que es diferente del privado. iii) las cláusulas exorbitantes. iv) la liquidación del contrato. v) y en general, la posibilidad que tiene la administración de pronunciarse a través de actos administrativos que gozan de la presunción de legalidad. vi) los posibles conflictos que surjan de esta especie de contratos deben ser fallados por la jurisdicción contenciosa administrativa, no sólo por el aspecto orgánico sino por el sustancial (Sala de Consulta y Servicio Civil, 2008)

⁵ Ley 80 de 1993. Artículo 32

Otro de los elementos fundamentales, es que son inalterables los términos contractuales por una sola de las partes; “aunque excepcionalmente lo pueden ser; por disposición de la ley, por disposición expresa en el mismo contrato o en caso de riesgo imprevisible.” (GÓMEZ, 2012)

A pesar de ser un elemento propio e inherente en las relaciones contractuales, no existe una definición normativa que sea concluyente y que permita determinar cuáles son sus elementos (BARROS, 2010) no obstante, un riesgo se compone de tres elementos: el escenario; su probabilidad de ocurrencia; y el tamaño de su impacto si ocurriera.

Estos elementos, permiten prever situaciones futuras, minimizando su impacto en caso de que se presente y además tener en cuenta una planeación que se ajuste a la realidad y que subsuma las obligaciones de las partes en caso de la ocurrencia.

Cuando se tienen en cuenta estas condiciones, al momento de la celebración del Contrato Estatal, todas y cada una de las posibles consecuencias negativas para las partes se reducen; con lo cual el escenario ideal, que es el logro de los fines tanto del Estado (bien común)⁶ como del contratista (beneficio económico), se pueden alcanzar

mancomunadamente, gracias a una estimación y asignación tan ajustada a la realidad; que realmente logre minimizar esos hechos inciertos, en tanto no se pueden prever todos los eventos futuros.

Para tener éxito en la realización adecuada de los contratos, ambas partes deben ser conscientes, de la existencia de ciertos mecanismos para que puedan tomar mejores decisiones relacionadas con los riesgos, y compartir y gestionar los riesgos en conjunto (GEORGE, 2013)

Queda pues la reflexión, en el sentido de contar con los valiosos aportes de las diferentes disciplinas, esa visión holística de la que habla ROESER & HILLERBRAND,

⁶ Sentencia C - 713 de 2009. M.P.Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA “El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir

para la consolidación y estructuración de las tablas en las cuales se sistematicen los riesgos, con lo cual nos estaríamos moviendo en la dirección correcta de minimizar el riesgo a sus justas proporciones.

Los riesgos tienen varios puntos de vista, desde los cuales la doctrina los ha contemplado con argumentaciones y enfoques bien disimiles; lo anterior ha permitido enriquecer el debate y considerar las diversas posturas que se reflejan a su vez en el desarrollo normativo del riesgo previsible. “El problema de los riesgos ha sido analizado por el enfoque tradicional del Análisis Económico del Derecho AED, desde las perspectivas del derecho de contratos, y del derecho de la responsabilidad extracontractual. Mientras respecto de la primera, se considera que los contratos funcionan como un mecanismo para el traslado de riesgos, en la segunda se establece que la regulación funciona como un mecanismo para que los individuos internalicen los costos asociados a los daños que se encuentran por fuera de los acuerdos contractuales, de manera que, donde finaliza la función de los contratos en materia de riesgos, inicia la función de la regulación en materia extracontractual”. (MONROY CELI, 2018 Pág 1-3)

sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado”.

Lo anterior demuestra que, el estado colombiano ha venido teniendo en el radar de sus finanzas, la implementación y el fortalecimiento de las capacidades de análisis de riesgos en los contratos estatales, estrategias de planeación, manejo de contingencias, una entidad que se encargue de la defensa estatal, y la creación de un fondo que cubra estas eventualidades.

El riesgo visto desde un punto de vista netamente económico, nos muestra una interpretación que supone que, cuando durante el desarrollo del contrato se presentan eventos de carácter aleatorio, los cuales generan una *“variación sobre el resultado*

esperado, tanto en relación con los costos, como con los ingresos, estos eventos afectan la economía del contrato” (ARAUJO OÑATE, 2011. Pág 161)

De otro lado, VEGA PINZÓN llega a la conclusión que, hay una relación entre el riesgo y el costo total del proyecto, que deriva en unos principios en materia de riesgos que se pueden sintetizar en que:

1. Cuanto menor sea el riesgo, menor será el costo, y cuanto mayor sea el riesgo, mayor será en costo.
2. En cuanto a la asignación de riesgos, estos se deben asignar a la parte que tenga mayor capacidad para manejarlo.

La consecuencia directa, derivada de la correcta o incorrecta tipificación, estimación y asignación de riesgos en el contrato estatal es la alteración de las cargas y los beneficios económicos que espera cada una de las partes, y que en esencia termina siendo una de las razones principales, en los fallos de las sentencias a favor o en contra del Estado, el cual, en repetidas ocasiones está en relación directa, con la afectación del equilibrio económico del contrato estatal.

Al respecto (RODRIGUEZ, 2017) se refiere de forma muy clara proponiendo catorce reglas que se deben tener en cuenta, cuando por el incumplimiento de las obligaciones se cause desequilibrio económico.

“(…)1. Los contratos administrativos producen por regla general, los mismos efectos que los contratos del derecho privado, entre los cuales se destaca su fuerza obligatoria que se traduce en el imperativo de que las partes den cumplimiento, de buena fe, a las obligaciones surgidas del contrato, así como a aquellas que emanan de la naturaleza de las obligaciones pactadas o que por ley pertenecen a ellas.

2. A pesar de que sobre el punto no existe acuerdo en la doctrina, a nuestro juicio el incumplimiento de las obligaciones contractuales constituye un factor de ruptura del equilibrio económico del contrato administrativo, en la medida en que el acreedor insatisfecho tiene el derecho al restablecimiento de la equivalencia de las prestaciones pactadas, mediante el pago de los perjuicios sufridos, siempre que se configuren los requisitos especiales de la responsabilidad contractual, a pesar de que estos +últimos sean distintos de los requisitos para aplicar los demás eventos de ruptura de equilibrio económico del contrato.

3. *El incumplimiento de las obligaciones consiste en que la prestación efectivamente recibida por el acreedor no corresponde exactamente a al que se deriva de la obligación contraída, lo cual implica una insatisfacción del acreedor en su interés, independientemente de la causa por la cual no se alcanza esa finalidad.*
4. *Las modalidades del incumplimiento son, de una parte, la omisión de la prestación, que implica inejecución absoluta de la obligación; de otra, La prestación defectuosa o cumplimiento imperfecto, que se refiere al caso en que la prestación no coincide exactamente con la obligación contraída por el deudor y el retardo en el cumplimiento, el cual se aplica cuando la prestación debida no fue ejecutada en el momento pactado.*
5. *Para la configuración de la responsabilidad contractual se requiere la presencia de los siguientes elementos: a) la existencia de un contrato; b) la existencia de un daño sufrido por una de las partes del contrato, c) el incumplimiento de una obligación derivada del contrato d) la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.*
6. *Para que el incumplimiento de las obligaciones contractuales emanadas de un contrato administrativo configure un elemento de responsabilidad contractual se requiere, además de la omisión de la prestación defectuosa o del retardo en el cumplimiento, que el deudor haya incurrido en culpa, siempre que se trate de obligaciones de medio y que el mismo se encuentre en mora, la cual como regla general no requerirá de interpelación judicial o de otra clase, por ser el contrato administrativo un negocio jurídico pactado a un plazo fijo para su ejecución.*
7. *Los efectos del incumplimiento de la obligación contractual, son la ejecución forzada, la resolución del contrato y la indemnización de perjuicios, los cuales son aplicables tanto a los contratos privados como a los administrativos.*
8. *La ejecución forzada consiste en el surgimiento para el acreedor contractual de la acción judicial pertinente que permita constreñir al deudor al cumplimiento de la obligación debida, en los estrictos términos que fue pactada.*
9. *En cuanto al cumplimiento de la administración, la ejecución forzada, es siempre aplicable cuando se trata de una obligación pecuniaria. Sin embargo, si se trata de una obligación de hacer o de dar no pecuniaria, será necesario que el ordenamiento jurídico autorice al juez administrativo para dar órdenes de ejecución de esta clase de obligaciones a la administración. Si el ordenamiento jurídico no autoriza esta posibilidad, el cocontratante de la administración podrá demandar la responsabilidad contractual para obtener la indemnización de perjuicios correspondiente.*
10. *Por su parte, en relación con el incumplimiento del cocontratante de la administración, la ejecución forzada siempre será posible, pero no será necesario acudir al juez cuando el*

ordenamiento jurídico autorice a la administración para, en virtud de la auto tutela ejecutiva, obligar de oficio, a su cocontratante al cumplimiento de las obligaciones contractuales.

11. *La resolución por incumplimiento es también aplicable a los contratos administrativos, aunque con algunas excepciones al régimen general de derecho privado, derivadas del régimen al cual se encuentran sometidos estos contratos.*

12. *Ante el incumplimiento de la administración, la resolución por incumplimiento se aplica con las mismas reglas que el derecho privado. Respecto del incumplimiento del cocontratante de la administración, la aplicación de la figura de la resolución procede con las reglas del derecho privado, siempre que no se configuren los elementos para dar lugar a la rescisión unilateral del contrato o que en el respectivo contrato no se encuentre autorizada la utilización de dicha prerrogativa.*

13. *Cuando se produce una responsabilidad contractual, sea en relación con un contrato de derecho privado o con un contrato administrativo, a fin de lograr el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, la reparación debe ser integral en el sentido de que cubra todo el daño sufrido por el acreedor de la obligación incumplida, que comprende los perjuicios materiales e inmateriales, salvo en el evento de que el acreedor perjudicado sea una persona jurídica, caso en el cual solo procede la indemnización por perjuicios materiales.*

14. *La indemnización de perjuicios procede tanto en los casos en que se ejecuta por el equivalente pecuniario de la obligación contractual, como en los de ejecución forzada de la obligación principal, por los perjuicios derivados del retardo o del cumplimiento imperfecto, y de la resolución del contrato, respecto de los daños derivados del incumplimiento que genera su terminación. (RODRIGUEZ, 2017)”*

2. BREVE SINTESIS NORMATIVA EN MATERIA DEL RIESGO PREVISIBLE

Podemos decir que el riesgo previsible tiene una aplicación diferenciada a partir de la ley 80 de 1993, sin embargo es necesario escudriñar los antecedentes que podemos observar a partir del década de los setenta y ochenta con los decretos 150 de 1976 y 222 de 1983 que representan cambios sustanciales en la concepción y la visión de la contratación pública, para ello haremos una breve descripción de los aspectos más fundamentales y sus aportes, cambios conceptuales o variaciones importantes para tener en cuenta así:

2.1 DECRETO 150 DE 1976

Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas.

En consideración de muchos especialistas, este decreto es el primer estatuto de contratación de la nación y de las entidades descentralizadas, siendo un acercamiento y un intento por compilar los principios, requisitos y formalidades de la contratación con el Estado, así como las particularidades del contrato estatal tal como lo establecía:

“En desarrollo de la autonomía de los departamentos y municipios sus normas fiscales podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio, pero las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación estarán reservadas a la ley, así como las inhabilidades e incompatibilidades⁷.”

El artículo primero de la ley 150 de 1976, regula los contratos que celebra la nación, entendiéndose allí ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, con los requisitos y excesivas instancias de control y revisión de las licitaciones públicas, licitaciones privadas y la contratación directa, las exigencias son muy rigurosas requiriendo no solo la aprobación de garantías, y registro presupuestal, sino además del concepto del Consejo de Ministros, la firma del Presidente de la República, y por último la revisión del Consejo de Estado.

ARTICULO 17. REQUISITOS. De los requisitos Salvo disposición legal en contrario, la celebración de contratos escritos por parte de la nación se someterá a los siguientes requisitos: a) Licitación privada. b) Aprobación y registro presupuestales. c) Constitución y aprobación de garantías. d) Concepto del Consejo

⁷ 7 Ley 150 de 1976. Artículo 5.

de Ministros y firma del presidente de la República y revisión del Consejo de Estado.
e) Publicación en el Diario Oficial.

Así mismo, se considera que este Decreto es la génesis del contrato de concesión en el país, considerado desde dos perspectivas: una como contrato independiente y otra como sistema de pago de obras públicas.

La ley contempla, que los contratos a precio global, a precios unitarios y de administración delegada; se realizan en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiriera responsabilidad alguna por dichos actos.

Por su parte, el artículo 78 *<Derogado por el Decreto 301 del Decreto 222 de 1983>* define lo que es el contrato a precios unitarios, dejando en claro que el contratista es el único responsable no solo de la vinculación de personal, sino además de la adquisición de materiales y enfatiza además que todo lo realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo:

“ARTICULO 78. En estos contratos se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije. El contratista es el único responsable por la vinculación de personal, la celebración de subcontratos y la adquisición de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiriera responsabilidad alguna por dichos actos”.

Contempla también en el artículo 79, la definición de o que es un contrato de la administración, reiterando la obligatoriedad del contratista de asumirla ejecución del objeto del contrato por su cuenta y riesgo, buscando con ello liberar a a administración de responsabilidades en desarrollo del mismo.

ARTICULO 79. DE LA DEFINICION DEL CONTRATO DE ADMINISTRACION. Son aquellos en que el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio. El contratista es el único responsable de los subcontratos que celebre.

Determina también el contrato de concesión, dejando claro que es quien se obliga por su cuenta y riesgo, a construir, montar instalar, mejorar, adicionar, conservar o restaurar una obra a cambio de una remuneración.

ARTICULO 92. DE LA DEFINICION DEL CONTRATO DE CONCESION. Mediante el contrato de concesión, una persona llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar o restaurar una obra, bajo el control de la entidad concedente, con o sin ocupación de bienes públicos, a cambio de una remuneración consistente en derechos que el primero cobra a los usuarios de la obra.

Para las contrataciones entre entidades públicas, contempla libertades como la de no exigir formalidades o requisitos diferentes de los que se exijan entre los particulares:

“VIII. CONTRATOS ENTRE ENTIDADES PUBLICAS ARTICULO 178. DE LOS REQUISITOS PARA SU CELEBRACION. Los contratos, distintos de los de empréstito, que celebren entre sí las entidades públicas, cuando para ello estuvieren debidamente autorizados, no estarán sujetos a formalidades o requisitos distintos de los que la ley exige para la contratación entre particulares. En consecuencia, están exentos de las normas sobre licitación, garantías, cláusulas especiales y demás previstas en este decreto. Siempre debe ordenarse su publicación en el Diario Oficial”.

Y para no dejar lugar a dudas, determina claramente quienes son las denominadas entidades públicas.

“ARTICULO 179. DE LAS ENTIDADES PUBLICAS. Para los efectos del artículo anterior, y del presente decreto, son entidades públicas, la Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías, los municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social”.

Finalmente exige que, para poder iniciar la ejecución del contrato, es necesario que se encuentre debidamente perfeccionado.

“ARTICULO 202. DE LA PROHIBICION DE EJECUTAR CONTRATOS NO PERFECCIONADOS. <Derogado por el Decreto 301 del Decreto 222 de 1983> Sólo podrá iniciarse la ejecución de los contratos que estuvieren debidamente perfeccionados. En consecuencia, con cargo a los convenios a que se refiere el presente decreto no podrá pagarse suma alguna de dinero ni el contratista iniciar

labores, mientras no se haya dado cumplimiento a los requisitos y formalidades que en este estatuto se establecen.”

2.2 DECRETO LEY 222 DE 1983

Expedido durante el gobierno del ex presidente Belisario Betancur, por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones, las cuales se refieran a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación entre otros.

El artículo 12 por su parte trae la definición de empleado oficial; según el cual, para los efectos de este estatuto, la expresión empleado oficial cobija a los empleados públicos, trabajadores oficiales y los trabajadores de la seguridad social.

Contiene además la clasificación y naturaleza de los contratos en 10 apartados así: artículo 16 de la clasificación y de la naturaleza de los contratos. Son contratos administrativos:

1. Los de concesión de servicios públicos.
2. Los de obras públicas.
3. Los de prestación de servicios.
4. Los de suministros.
5. Los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos.
6. Los de explotación de bienes del Estado.
7. Los de empréstito.
8. Los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE.
9. Los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo; y

10. Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas.

Enfatiza además en la frontera de la jurisdicción contencioso administrativa, resaltando la diferencia entre los contratos del derecho privado, los cuales deberán ser de conocimiento de la justicia ordinaria, los que aunque siendo del derecho privado contemplaran la cláusula de caducidad, serían de conocimiento del contencioso, así como aquellos que, en su formación o adjudicación tuvieran actos administrativos, clasificando los contratos como los privados de la administración y los contratos administrativos, los cuales contaban con tres elementos diferenciadores con una relevancia significativa: la modificación unilateral, la interpretación unilateral y terminación unilateral⁸.

Dentro de los requisitos para la celebración de los contratos administrativos, se requería la firma del presidente de la República, el Concepto del Consejo de Ministros y la revisión del Consejo de Estado.

Este decreto también dentro de la contratación pública, diferenciaba los contratos públicos de los privados, situación que generaba mucha confusión tanto en la jurisdicción aplicable, como en la interpretación.

Se contempla la obligación, de constituir garantías para la estabilidad de la obra, calidad del bien, pago de salarios y prestaciones sociales, manejo, buena inversión del anticipo y el correcto funcionamiento de los equipos que deba suministrar o instalar.

Acerca de los daños a terceros, que se causen por parte del contratista en desarrollo del contrato, serán de cuenta del administrador delegado y si el contratista se negare a responder por su valor, serán reparados por la entidad contratante, pero aquél deberá reintegrar a ésta, el valor de los perjuicios causados.

⁸ MUTIS VANEGAS, Andrés. La Contratación Estatal análisis y perspectivas. Universidad Javeriana año 2000. Pag 28.

Este decreto, si bien es cierto que fue un gran logro, en su búsqueda por sistematizar las normas del contrato estatal, contaba con demasiados formalismos, lo que convirtió la contratación con el estado, en un proceso paquidérmico y demasiado lento, a la vez que su origen no era para nada consensual, más bien demasiado riguroso y muy desigual.

Lo más destacado de este Decreto, es la regulación que se hace de la concesión de los peajes, contemplados en los artículos 105 y ss con las siguientes reglas:

1. El recaudo del peaje tiene una destinación específica a: Gastos del contrato, administración y utilidad del concesionario.
2. Es competencia de la entidad contratante determinar el monto de los derechos o tarifas que se cobren en el peaje.
3. Se podrán combinar, para efectos del contrato de concesión de obra pública, las formas de pago previstas en el artículo 82, es decir que el contrato de concesión, puede establecerse por precio global, precios unitarios, administración delegada, reembolso de gastos y pago de honorarios, sin embargo, estas formas de pago, deben interpretarse respecto de la modalidad contractual.

No obstante, lo anterior, debe tenerse en cuenta la limitación que establece el artículo 102, al restringir las fuentes de pago del contrato de concesión, al recaudo de derechos de uso. Es decir, conforme a esa limitación, no podría pensarse como posteriormente se hizo en la Ley 80, y la Ley 105 de 1993, que la concesión tuviera fuentes de pago diferentes a los recursos que produjera la misma obra.

2.3 LEY 80 DE 1993

Emitida el 28 de octubre de 1993 y por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en Colombia.

Al referirse a las inhabilidades e incompatibilidades, en su artículo 8 contempla como un riesgo para el cumplimiento del contrato estatal, el incumplimiento por parte del

interventor, del deber legal de informar todos los hechos o circunstancias relacionados con actos de corrupción:

k) <sic> <Literal CONDICIONALMENTE exequible. Literal adicionado por el párrafo 2o. del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Acerca de los deberes y derechos de los contratistas, la ley es muy clara en su artículo 5, en el que determina el derecho que les asiste de recibir oportunamente su remuneración y a su vez la obligatoriedad de actuar en colaboración armónica con la entidad contratante en lo que sea necesario, para que el objeto del contrato se cumpla:

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

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

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

2o. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse.

3o. Podrán acudir a las autoridades con el fin de obtener la protección de los derechos derivados del contrato y la sanción para quienes los desconozcan o vulneren.

<Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Las autoridades no podrán condicionar la participación en licitaciones o concursos ni la adjudicación, adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste.

4o. Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello.

5o. No accederán a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho.

Cuando se presenten tales peticiones o amenazas, los contratistas deberán informar inmediatamente de su ocurrencia a la entidad contratante y a las demás autoridades competentes para que ellas adopten las medidas y correctivos que fueren necesarios. El incumplimiento de esta obligación y la celebración de los pactos o acuerdos prohibidos, dará lugar a la declaratoria de caducidad del contrato.

Respecto del numeral 1 del anterior artículo, la Corte Constitucional en sentencia se pronunció mediante Sentencia C-965-03 de 21 de octubre de 2003, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. en la cual se declaró INHIBIDA de fallar sobre el aparte subrayado en relación con el desequilibrio económico pues a su juicio:

*Aunque el actor la norma citada considera que se vulneran los artículos 1o., 13, 34, 58, 88, 102, 209 y 355 de la Constitución, por cuanto confunden el punto de no pérdida del contratista particular con el pago del lucro cesante, permitiendo entonces que a favor del aquél se reconozca una indemnización integral cuando la ruptura del equilibrio financiero del contrato no le sea imputable; generándose así una compensación económica sin justa causa; Conforme a su tenor literal, es válido reconocer que las normas regulan, en un sentido general, aspectos relacionados con el principio de la equivalencia económica de los contratos y los derechos que su rompimiento generan a favor del contratista. Sin embargo, también es claro que en ninguno de sus apartes se refieren expresamente al tipo de indemnización que debe reconocerse, o concretamente, a la posibilidad de que el contratista obtenga el pago del *lucrum cessans*. Así, mal puede atribuirse a dichos preceptos una presunta confusión en el tratamiento dado a dos institutos jurídicos - el principio de equivalencia económica y la indemnización o reparación del contratista -, cuando en ellos no se precisa la forma como debe llevarse a cabo la reparación del daño y la manera como debe calcularse el monto del mismo, y cuando tampoco precisa el actor dentro de que contexto las normas incurren en la referida confusión.*

En este sentido, el alcance de la preceptivas impugnadas, en lo relativo a la forma como debe aplicarse el citado principio de la equivalencia económica de los contratos para efectos de la reparación, descarta la posible confusión literal que les atribuye el actor y centra la discusión en el plano de la interpretación normativa; aspecto éste que no es el objeto de la demanda y que solo es posible ventilar por vía de la acción pública de inconstitucionalidad, con carácter excepcional, cuando

*se plantea un verdadero problema de interpretación constitucional y se cumplen ciertas condiciones de procedibilidad*⁹.

En cuanto a los procedimientos de selección objetiva, dentro del universo de los proponentes, el artículo 30 precisa los requisitos, para la audiencia de asignación de riesgos:

4o. <Numeral modificado por el artículo 220 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas interesadas en el proceso se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. En la misma audiencia se revisará la asignación de riesgos que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva.

Esta Ley, se refirió a los “riesgos contractuales” imponiendo una prohibición y buscando trasladarle al contratista estatal, aquellos riesgos en los que los efectos fueren incalculables o incuantificables.

Las contingencias inciertas, por expreso mandato legal en los contratos estatales no pueden existir, así que deben estar bien determinadas, para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes y los derechos derivados en la celebración del contrato.

El cumplimiento de un contrato estatal, está determinado de un lado, por las calidades, la pericia y la voluntad del contratista y de otro, por factores externos que pueden alterar su cumplimiento; la ley 1150 de 2003 en su artículo 4 establece que, en todo contrato estatal, se deberá contemplar la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles.

El artículo 24 por su parte, asigna el establecimiento y determinación exacta del objeto de las prestaciones contractuales; prohibiendo incluir condiciones y exigencias de

⁹ Sentencia C-965-03 de 21 de octubre de 2003, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

imposible cumplimiento, o el pacto de exenciones de la responsabilidad, derivada de la información que suministre la entidad contratante; también se prohíben las reglas oscuras, ambiguas o poco claras que induzcan a error, o que determinen ofrecimientos ilimitados, o aquellos en los que para su realización, se dependa exclusivamente de la voluntad de la entidad contratante.

El propósito es encontrar y establecer reglas claras, tanto para la administración como para los contratistas, en la búsqueda de una verdadera colaboración armónica entre los particulares y el Estado, para cumplir con el fin común, que es la satisfacción del interés general de parte del Estado y para los contratistas el beneficio económico, aunado lo anterior al cumplimiento del contrato en los términos establecidos.

En este escenario, se aprovecha la coyuntura de la ley 80 que, para su momento histórico representó un avance significativo, pues por primera vez en la historia legislativa del país, los principios de transparencia, economía y responsabilidad, se elevan con un fundamento de raigambre constitucional, contemplado en el artículo 209 de nuestra constitución política e imprimiéndole a los principios de la contratación estatal, un rango si se quiere de origen superior según el cual:

“(...) La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

Dispone también, que la contratación es “La efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines” (Ley 80, 1993, pág. Artículo 3)

Se reconoce de esa forma, que los particulares colaboran armónicamente con la administración, garantizando además la efectividad de sus derechos e intereses en la relación contractual que, aunque la administración cuenta con cláusulas exorbitantes y

excepcionales, por lo cual los deja en inferioridad de condiciones, a su vez se les garantizan sus derechos.

Establece a su vez, los parámetros y las condiciones que deben gobernar el ejercicio de las funciones del Estado, en la ecuación contractual, indicando que ni la entidad ni el contratista, pueden hacer más onerosa la ejecución del contrato.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 5 numeral 4, busca blindar al Estado de posibles incumplimientos de los contratistas, entregándole la responsabilidad por la ejecución del contrato y yendo mucho más allá, haciéndolos responsables de cualquier eventualidad sucedida por causa de la inadecuada calidad de los bienes o servicios.

“(….)Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello”.

Este requisito muestra, la necesidad de la administración de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contrato, no solo durante la vigencia del tiempo del contrato, sino ajustando los límites más allá en el tiempo, cubriendo el riesgo amparado, e igualmente exigiendo a los proponentes, garantías de seriedad de la oferta y calidad del servicio.

En su artículo 32 numeral 4, en referencia directa a los contratos de concesión, las obras serán por cuenta y riesgo del concesionario.

“(…) 4o. Contrato de concesión Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad

concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”

Posteriormente, en el año 2006 se decreta el CONPES 3413 como marco normativo, dentro del programa para el desarrollo de las concesiones de Autopistas 2006 – 2014.

Este documento, establecía los lineamientos de la política pública, en relación con la estructuración de proyectos bajo el esquema de concesión, para promover la competitividad y el mejoramiento de la infraestructura física del transporte, potenciando los acuerdos comerciales suscritos por el gobierno de Colombia.

Aunque este Conpes, está diseñado para proyectos de concesión para obra e infraestructura, nos permite ver los avances en relación con los riesgos, dentro de la gama de contratos estatales.

“Asignación de riesgos en proyectos de participación privada La Ley 448 de 1998 y su Decreto reglamentario 423 de 2001 establecieron medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y encargaron al Conpes definir los lineamientos de política de manejo de riesgo contractual del Estado en procesos de participación privada en infraestructura. La política definida por el Conpes se fundamentó en los siguientes principios: i) contar con información confiable para reducir la percepción de los riesgos; ii) identificar y asignar de forma clara los riesgos a las partes en los contratos; iii) asignar los riesgos de manera que se minimice el costo de su mitigación; y iv) asignar cada riesgo a la parte que mejor lo pueda controlar”¹⁰.

Llama la atención que, no solo se busca minimizar el costo de su mitigación, sino además que se busca que el riesgo esté en manos de quien mejor lo pueda controlar.

¹⁰ <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3413.pdf> Pág. 7.

Además, es muy significativo que se contemple en este Conpes, la necesidad de identificar y asignar de forma clara los riesgos, estableciendo cuál de las partes los asumen, y en un momento histórico que contemplaba toda una innovación y modernización de la infraestructura vial en el país, y que por ello a lo largo y ancho del país, se iniciaban múltiples obras viales, que enfrentaban la posibilidad de terminar muchos de estos contratos en controversias contractuales futuras, fueron las denominadas 1G, 2G y 3G.

2.4 LEY 1150 DE 2007

La aplicación de las relaciones contractuales en la administración pública, no es en ocasiones de fácil construcción, toda vez que la abstracción jurídica de la responsabilidad, en ocasiones no es sencillo determinarla en el contrato; por lo que resultó necesario el avance legislativo, en la caracterización del riesgo, y asignación de responsabilidad por el daño, cuyo resultado se viene dando desde la Ley 1150 de 2007.

Aparece entonces la ley 1150, *“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”*, que les da una relevancia y un enorme peso específico a las medidas para la eficiencia y la transparencia de la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación pública.

Esta ley que vino a reformar la Ley 80 de 1993, en esencia busca la reducción de costos del proceso contractual y del procedimiento de selección de los oferentes, basado en los principios de transparencia y publicidad que rigen la contratación pública, se desarrolla el Sistema Electrónico para la Contratación Pública- SECOP, para unificar la información contractual, e integrar toda la contratación pública de manera electrónica en el mediano plazo.

Es a través de la Ley 1150 de 2007 que, se establece un punto de partida para aterrizar lo previamente dimensionado sobre el riesgo, a título de lo que se denomina riesgo previsible particularmente, se resalta el artículo 4 el cual se señala que, el Estado, en la firma de relaciones contractuales, debe a través de sus entidades: “incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”.

“ARTÍCULO 4o. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”.

La aparición del concepto del riesgo previsible, nace de la necesidad de encontrar un fundamento legal autónomo de gran entidad, que se convierta en una herramienta estatal innovadora, para solucionar los graves problemas que venía enfrentando la administración frente a:

- i) los sobre costos, ii) la mala calidad en las obras – Principalmente civiles- iii) entregas fuera de tiempo de las mismas;

Lo anterior, casi siempre justificado por los contratistas, en un daño antijurídico sufrido por parte de Estado, preceptuado en el Artículo 90 de la Constitución, con el consecuente agravante de invocar un desequilibrio económico, producto del surgimiento de situaciones no previstas, durante el desarrollo y la ejecución del contrato.

A su vez el artículo 7 se refiere a las garantías de los contratos, exigiendo que las pólizas sean expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas y que en las condiciones generales se deberá contar con pólizas de cumplimiento del contrato, en los siguientes términos.

“(…) Artículo 7°. De las garantías en la contratación. Reglamentado por el Decreto Nacional 4828 de 2008, Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1430 de 2010.

Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que, por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

Parágrafo Transitorio. Durante el período que transcurra entre la entrada en vigencia de la reforma contenida en la presente ley y la expedición del decreto reglamentario a que se refiere este artículo, las entidades estatales continuarán aplicando las normas legales y reglamentarias vigentes (LEY 1150, 2007)”.

Estos dos artículos condensan la búsqueda y el espíritu de la norma, que se dirige de forma directa a establecer blindajes para la administración, relativos al cumplimiento de las obligaciones por parte de los contratistas en el contrato estatal, para ello se impuso la obligatoriedad de las garantías, como otro mecanismo de prevención de daños financieros para el Estado.

Esta ley, contempla también varios elementos que, dentro del esquema de selección de las ofertas, son de gran importancia; evitando caer en ofertas que no cumplan con las condiciones iniciales, o que terminan siendo gravosas económicamente para el Estado.

“(…) ARTÍCULO 88. Factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición de los bienes y servicios a contratar. Modifíquese el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido:

2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

PARÁGRAFO. Adiciónese un párrafo 6 en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 del siguiente tenor: "El Gobierno Nacional podrá establecer procedimientos diferentes al interior de las diversas causales de selección abreviada, de manera que los mismos se acomoden a las particularidades de los objetos a contratar, sin perjuicio de la posibilidad de establecer procedimientos comunes. Lo propio podrá hacer en relación con el concurso de méritos".

Surge la pregunta de lo que es previsible y lo que no, asimismo que tan adelante en el tiempo deben preverse las contingencias posibles; todo indica que se deben visualizar

todas las contingencias posibles, de tal manera que se deje al azar únicamente aquello que sea no solo exiguo, sino inexistente, tal como se clarifica en los contratos de compraventa internacionales –CCI- que se ocupan de la relación entre compradores y vendedores en los cuales se destaca la determinación de un numero de obligaciones bien identificadas, impuestas a las partes y sobre la distribución del riesgo entre ellas, con los que se sabe de forma clara y desde un principio los posibles riesgos, garantías y a cargo de quien están claramente determinadas las obligaciones cuando se presenten esos riesgos para cada uno de los casos. (BECERRA SALAZAR A. , 2008)

En todo contrato existe una presunción de culpa en quien no satisface en el modo y tiempo debidos sus obligaciones, porque el incumplimiento es un hecho o una omisión que afecta el derecho ajeno, aunque el deudor puede destruir esa presunción, probando que su incumplimiento obedeció a fuerza mayor o caso fortuito, que sobrevino sin culpa y antes de estar constituido en mora¹¹.

En un contrato se generan obligaciones entre las partes, y en tal sentido cada uno de los contratantes es a su vez deudor y acreedor del otro; por lo tanto la no satisfacción de las obligaciones en los términos estipulados, tiene consecuencias para el responsable e infractor según la cual, no basta con probar el caso fortuito, sino que además se debe demostrar que se obró con la debida diligencia o cuidado debido, para hacer posible la ejecución de la obligación propia (HINESTROSA, 2002)

A manera de ejemplo, los contratos de tracto sucesivo tienen una gran probabilidad de variaciones, obedeciendo a situaciones repentinas en el tiempo, que pueden ocasionar afectaciones en los valores presupuestados al inicio del contrato.

Una de las fórmulas para solucionar esta situación es, contar dentro del mismo clausulado, con una disposición en la que se pueda hacer un ajuste de precios unitarios en caso de una ocurrencia como la planteada. Así lo señala el Consejo de Estado Sección Tercera.

¹¹ CODIGO DE COMERCIO, Artículo 1604

“Toda vez que se trata de una situación previsible para las partes, se ha considerado necesario que éstas incluyan en el contrato fórmulas, que pueden ser matemáticas, mediante las cuales puedan reajustarse periódicamente esos precios unitarios obedeciendo a las variaciones de sus componentes en el mercado, de tal manera que correspondan a la realidad de los costos en el momento de ejecución de las prestaciones a cargo del contratista. (...) la figura del reajuste de precios es una medida preventiva frente a una situación previsible, que puede afectar el resultado económico final del contrato en contra de cualquiera de las partes, y que se soluciona mediante la inclusión en el mismo de la respectiva cláusula de reajuste, normalmente mediante una fórmula matemática. (...) No obstante, puede suceder que no se haya pactado una fórmula de reajuste de precios, o que la incluida en el contrato resulte insuficiente para absorber las variaciones que se hayan presentado en algunos de los elementos componentes de los precios unitarios, de tal manera que al aplicarla realmente no se produzca la actualización de los mismos; en tales condiciones, la parte afectada tendrá derecho a pedir la revisión del contrato, es decir, que se analicen los términos en que aparecen pactadas las prestaciones a cargo de los contratantes y más específicamente, la composición de los precios unitarios que se hubieren acordado, para determinar en esta forma si efectivamente obedecen a la realidad de las variaciones que se hubieren podido presentar en los mismos entre la fecha de presentación de la oferta o de celebración del contrato y la fecha de ejecución y pago de las prestaciones o si, en efecto, la fórmula de reajuste acordada, si fuere el caso, resultó insuficiente, para obtener por este medio el reajuste de los precios y en consecuencia, el restablecimiento de la ecuación contractual inicialmente pactada.” (CONSORCIO FRANCISCO EDGAR LIZCANO PAEZ Vs IDRD, 2014)

2.5 DECRETO 1082 DE 2015

De otro lado, y dentro de la misma estrategia jurídica gubernamental, el gobierno expide el decreto 1082 de 2015; por medio del cual se expide el decreto único reglamentario, del sector administrativo de Planeación Nacional y que entre otras, establece lo siguiente en relación con los riesgos: - Acápites de Definiciones: Riesgo:

“Evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato” (DECRETO 1082, 2015).

El Decreto 1082 de 2015 define Riesgo como un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un contrato. También, el Decreto 1082 establece que la Entidad Estatal debe evaluar el riesgo, que el proceso de contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente.

El Decreto 1082 de 2015, se refiere al Riesgo previsible como un concepto que se deriva de las normas ya citadas, contenidas en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 4170 de 2011, para tal efecto, Colombia Compra Eficiente elabora el Manual de Administración de Riesgos para el Proceso de Contratación dirigido a los Partícipes del Sistema de Compra Pública, buscando ofrecer lineamientos y principios metodológicos de manejo, y de gestión de Riesgos en el Proceso de Contratación, el cual tiene en cuenta el Documento Conpes 3714 de 2011.

Igualmente retoma la importancia de la etapa de planeación en los procesos de contratación y la necesidad que las entidades realicen el respectivo análisis legal, comercial, financiero, organizacional, técnico y del análisis del riesgo.

Artículo 2.2.1.1.1.6.1. Deber de análisis de las Entidades Estatales. *La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso.*

Artículo 2.2.1.1.1.6.2. Determinación de los Requisitos Habilitantes. *La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva*

comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes.

Artículo 2.2.1.1.1.6.3. Evaluación del Riesgo. La Entidad Estatal debe evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente.

Artículo 2.2.1.1.2.1.1. “Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección (DECRETO 1082, 2015)”

Uno de los principales logros, que con posterioridad a la ley 1150 de 2007 se dieron con relación a los riesgos previsibles, es la aclaración hecha con el artículo 2.2.1.1.1.6.3, ya que la ley mencionaba en el Art 4 el deber de prever, estimar asignar y publicar los riesgos previsibles del contrato, sin señalar que tipo de riesgos se debían tener en cuenta y que a en este caso, se logra establecer que su adecuación debe estar en concordancia con el cumplimiento de sus metas y objetivos (SARMIENTO, 2016).

Artículo 2.2.1.1.1.6.3. “Evaluación del Riesgo. La Entidad Estatal debe evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente” (DECRETO 1082, 2015).

En los pliegos de condiciones numeral 8.

Artículo 2.2.1.1.2.1.3. Pliegos de condiciones. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes (DECRETO 1082, 2015).

Al respecto, el Estado ha implementado diversos mecanismos de regulación económica con el objetivo final de regular de forma directa el mercado de la compra pública y en este esfuerzo, ha definido una variedad de normativas, leyes, reglamentos y criterios regulatorios obligando a todas las entidades públicas sometidas al régimen general de contratación pública a la utilización de los pliegos tipo (BARRETO, 2019).

La implementación de este mecanismo en la contratación estatal, ha tenido una dinámica que, si bien es cierto que no es la panacea, en cuanto a que con ello se erradique definitivamente la corrupción -que es uno de sus principales males-, por lo menos se consuma, el principio de publicidad y transparencia a nivel territorial y nacional.

Contempla además, en relación con el ofrecimiento más favorable numeral 3.

Artículo 2.2.1.1.2.2.2. Ofrecimiento más favorable. *La Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista.*

En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio. Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones:

3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.

Artículo 2.2.1.1.2.2.4. Oferta con valor artificialmente bajo. *Si de acuerdo con la información obtenida por la Entidad Estatal en su deber de análisis de qué trata el artículo*

2.2.1.1.1.6.1 del presente decreto, el valor de una oferta parece artificialmente bajo, la Entidad Estatal debe requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido. Analizadas las explicaciones, el comité evaluador de que trata el artículo anterior, o quien haga la evaluación de las ofertas, debe recomendar rechazar la oferta o continuar con el análisis de la misma en la evaluación de las ofertas.

Cuando el valor de la oferta sobre la cual la Entidad Estatal tuvo dudas sobre su valor, responde a circunstancias objetivas del oferente y de su oferta que no ponen en riesgo el cumplimiento del contrato si este es adjudicado a tal oferta, la Entidad Estatal debe continuar con su análisis en el proceso de evaluación de ofertas.

En la subasta inversa esta disposición es aplicable sobre el precio obtenido al final de la misma.

En cuanto a la asignación y adjudicación de los riesgos en las licitaciones públicas, se dan dentro de las audiencias, formalismo que le da la efectividad del conocimiento de las mismas por las partes contractuales, quedando plenamente comunicadas.

Artículo 2.2.1.2.1.1.2. Audiencias en la licitación. *En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de Riesgos, y b) adjudicación. Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de Riesgos.*

En la audiencia de asignación de Riesgos, la Entidad Estatal debe presentar el análisis de Riesgos efectuado y hacer la asignación de Riesgos definitiva.

Artículo 2.2.1.2.2.4.4. Enajenación de otros bienes. *Para enajenar otro tipo de bienes como cartera, cuentas por cobrar, fideicomisos de cartera, las Entidades Estatales no obligadas a aplicar las normas mencionadas en el artículo 2.2.1.2.2.1.3 el presente decreto, deben determinar el precio mínimo de venta tomando en consideración, entre otros, los siguientes parámetros:*

1. *La construcción del flujo de pagos de cada obligación, según las condiciones actuales del crédito y/o cuentas por cobrar.*
2. *La estimación de la tasa de descuento del flujo en función de la DTF, tomando en consideración los factores de riesgo inherentes al deudor y a la operación, que puedan afectar el pago normal de la obligación.*
3. *El cálculo del valor presente neto del flujo, adicionando a la tasa de descuento la prima de riesgo calculada. (DECRETO 1082, 2015)*

En lo relativo a las garantías, las cuales son otra de las formas de establecer la cobertura de los riesgos, en la sección 3 subsección 1 se tiene.

Artículo 2.2.1.2.3.1.1. Riesgos que deben cubrir las garantías en la contratación. *El cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las Entidades Estatales con ocasión de: (i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, deben estar garantizadas en los términos de la ley y del presente título.*

Artículo 2.2.1.2.3.1.3. Indivisibilidad de la garantía. *La garantía de cobertura del Riesgo es indivisible. Sin embargo, en los contratos con un plazo mayor a cinco (5) años las garantías pueden cubrir los Riesgos de la Etapa del Contrato o del Periodo Contractual, de acuerdo con lo previsto en el contrato.*

Artículo 2.2.1.2.3.1.5. Cobertura del Riesgo de responsabilidad civil extracontractual. *La responsabilidad extracontractual de la administración derivada de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas solamente puede ser amparada con un contrato de seguro.*

Artículo 2.2.1.2.3.1.6. Garantía de los Riesgos derivados del incumplimiento de la oferta. La garantía de seriedad de la oferta debe cubrir la sanción derivada del incumplimiento de la oferta.

Artículo 2.2.1.2.3.1.8. Cubrimiento de la responsabilidad civil extracontractual. La Entidad Estatal debe exigir en los contratos de obra, y en aquellos en que por su objeto o naturaleza lo considere necesario con ocasión de los Riesgos del contrato, el otorgamiento de una póliza de responsabilidad civil extracontractual que la proteja de eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que surja de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista (DECRETO 1082, 2015).

Acerca de los amparos en el contrato de seguros, en la subsección 2 también se establecen las siguientes protecciones.

Artículo 2.2.1.2.3.2.1. Amparos. El objeto de cada uno de los amparos debe corresponder al definido en los artículos 2.2.1.2.3.1.6, 2.2.1.2.3.1.7 y 2.2.1.2.3.1.8 del presente decreto.

Los amparos deben ser independientes unos de otros respecto de sus Riesgos y de sus valores asegurados. La Entidad Estatal solamente puede reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor del amparo cubierto. Los amparos son excluyentes y no se pueden acumular.

Artículo 2.2.1.2.3.2.11. Protección de los bienes. La Entidad Estatal debe exigir a su contratista un contrato de seguro que ampare la responsabilidad cuando con ocasión de la ejecución del contrato existe Riesgo de daño de los bienes de la Entidad Estatal. La Entidad Estatal debe definir el valor asegurado en los pliegos de condiciones. (DECRETO 1082, 2015)

Para los contratos de tecnología satelital en la subsección 5.

Artículo 2.2.1.2.3.5.1. Garantías para cubrir los Riesgos derivados de los procesos de contratación de tecnología satelital. En los Procesos de Contratación para el diseño,

fabricación, construcción, lanzamiento, puesta en órbita, operación, uso o explotación de sistemas satelitales, equipos y componentes espaciales, la Entidad Estatal exigirá las garantías generalmente utilizadas y aceptadas en la industria, para cubrir los Riesgos asegurable identificados en los estudios y documentos previos. (DECRETO 1082, 2015)

Se le asignan funciones de implementación y diseño de instrumentos estandarizados y especializados a Colombia Compra Eficiente determinados en la sección 5.

Artículo 2.2.1.2.5.2. Estándares y documentos tipo. *Sin perjuicio de la función permanente que el Decreto-Ley 4170 de 2011 le asigna, Colombia Compra Eficiente debe diseñar e implementar los siguientes instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar, así como cualquier otro manual o guía que se estime necesario o sea solicitado por los partícipes de la contratación pública:*

1. Manuales para el uso de los Acuerdos Marco de Precios.

2. Manuales y guías para: (a) la identificación y cobertura del Riesgo: (b) la determinación de la Capacidad Residual para los contratos de obra pública dependiendo del valor de los mismos; (c) la elaboración y actualización del Plan Anual de Adquisiciones; y (d) el uso del Clasificador de Bienes y Servicios.

3. Pliegos de condiciones tipo para la contratación.

4. Minutas tipo de contratos. (DECRETO 1082, 2015)

De otro lado, también se le asigna la necesidad de adoptar documentos tipo relativos a matrices de riesgos en la Sección 6 subsección 1 inciso D.

D. MATRICES

1. Matriz 1 - Experiencia

2. Matriz 2 - Indicadores financieros y organizacionales

3. Matriz 3 - Riesgos

En cuanto a los sistemas de precalificación para los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública.

Artículo 2.2.2.1.4.5. Sistemas de precalificación. *Para aquellos proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública cuyo costo estimado sea superior a setenta mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (70.000 SMMLV), la entidad estatal competente podrá utilizar, previo a la apertura del proceso de selección, sistemas de precalificación. La entidad estatal podrá contratar con los integrantes de la lista de precalificados los estudios adicionales o complementarios que requiera el proyecto, a costo y riesgo de los precalificados.*

A su vez, en la etapa de factibilidad, están determinados también los riesgos, los cuales deben ser valorados conforme al numeral 3.

Artículo 2.2.2.1.5.5. Etapa de Factibilidad. *En caso que, una iniciativa privada sea declarada de interés público, el originador de la propuesta deberá entregar el proyecto en etapa de factibilidad dentro del plazo establecido en la comunicación que así lo indicó.*

En la etapa de factibilidad se profundizan los análisis y la información básica con la que se contaba en etapa de pre factibilidad, mediante investigaciones de campo y levantamiento de información primaria, buscando reducir la incertidumbre asociada al proyecto, mejorando y profundizando en los estudios y ampliando la información de los aspectos técnicos, financieros, económicos, ambientales y legales del proyecto.

3. Riesgos del proyecto

3.1. Tipificación, estimación y asignación definitiva de los riesgos del proyecto de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 80 de 1993, la Ley 448 de 1998, la Ley 1150 de 2007, los documentos CONPES y las normas que regulen la materia.

3.2. Análisis de amenazas y vulnerabilidad para identificar condiciones de riesgo de desastre, de acuerdo con la naturaleza del proyecto, en los términos del presente decreto. (DECRETO 1082, 2015)

Un aspecto importantísimo está contemplado en el numeral 2.2.2.1.5.5. al final del párrafo 2, donde se establece que, una vez adjudicado el contrato, no pueden presentarse nuevos riesgos ni responsabilidades adicionales para el Estado.

“Posterior a la adjudicación del contrato, no podrán presentarse nuevas asunciones de riesgo, ni podrán solicitarse responsabilidades adicionales en cabeza del Estado”.

La sección siete, está reservada para determinar los riesgos en proyectos de Asociación Público Privada.

SECCIÓN 7 DE LOS RIESGOS EN LOS PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA

Artículo 2.2.2.1.7.1. Tipificación, estimación y asignación de riesgos. *La entidad estatal competente es la responsable de la tipificación, estimación y asignación de los riesgos que se puedan generar en los proyectos de Asociación Público Privada. En el proceso de tipificación, estimación y asignación de los riesgos, las entidades deben realizar el análisis de acuerdo con los criterios establecidos en la ley y demás normas que regulen la materia.*

Artículo 2.2.2.1.7.4. Análisis de amenazas y vulnerabilidad. *La entidad estatal competente deberá contar con los documentos que soporten el diligenciamiento de la información de análisis de riesgos de amenazas y vulnerabilidad, de acuerdo con la metodología de evaluación de proyectos establecida por el Departamento Nacional de Planeación. (DECRETO 1082, 2015)*

En lo relativo a los recursos del Sistema General de Regalías -SGR- se contemplan también mecanismos de prevención y control de riesgos.

SECCIÓN 5. DISPOSICIONES COMUNES AL FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL

Artículo 2.2.4.2.5.1. Instrumentos de apoyo a la gestión. *En desarrollo del artículo 104 de la Ley 1530 de 2012, el Departamento Nacional de Planeación (DNP) promoverá la implementación de instrumentos de gestión para la obtención de resultados, el control de riesgos y el uso eficaz y eficiente de los recursos del Sistema General de Regalías (SGR);*

prestará asistencia técnica en áreas relacionadas con la formulación y gestión de proyectos de inversión, capacitación en las herramientas dispuestas para garantizar la administración, gestión y monitoreo de estos recursos; rendición pública de cuentas; y control social, en armonía con la normatividad vigente (DECRETO 1082, 2015).

Adicionalmente, dentro de las funciones de Colombia Compra, se expide el Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación (CCE).Eficiente, contenidas en el artículo 3º del Decreto-Ley 4170 de 2011, advirtiendo que se debe implementar, desarrollar y difundir planes, programas y normas en materia de compras y contratación pública, así como la creación de manuales y guías para la adecuada comprensión y utilización de los criterios y requisitos en materia de contratación estatal contemplados en el decreto 1510 de 2013 pero específicamente en lo relativo a la identificación y cobertura del riesgo.

En él se establece, que las Entidades Estatales para reducir la exposición del Proceso de Contratación frente a los diferentes riesgos que se pueden presentar, se debe estructurar un sistema de administración de Riesgos, teniendo en cuenta entre otros, los siguientes aspectos:

- i) los eventos que impidan la adjudicación y firma del contrato como resultado del Proceso de Contratación; ii) los eventos que alteren la ejecución del contrato iii) el equilibrio económico del contrato iv) la eficacia del Proceso de Contratación, es decir, que la Entidad Estatal pueda satisfacer la necesidad que motivó el Proceso de Contratación
- v) la reputación y legitimidad de la Entidad Estatal encargada de prestar el bien o servicio”.

“ (...) El artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 establece que la Entidad Estatal debe “incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación” en los pliegos de condiciones o su equivalente. El Decreto Ley 4170 de 2011 establece dentro del objetivo de Colombia Compra Eficiente optimizar los recursos públicos en el sistema de compras y contratación pública para lo cual es indispensable el manejo

del riesgo en el sistema y no solamente el riesgo del equilibrio económico del contrato. Así lo entendió el Gobierno Nacional al asignar en las funciones de la Subdirección de Negocios de Colombia Compra Eficiente la de “diseñar y proponer políticas y herramientas para la adecuada identificación de riesgos de la contratación pública y su cobertura, sin limitar esta función al riesgo derivado del equilibrio económico de los contratos, riesgo que se limita a la ejecución del mismo.

En la literatura internacional sobre el tema el riesgo en las adquisiciones se define como los eventos que pueden afectar la realización de la ejecución contractual y cuya ocurrencia no puede ser predicha de manera exacta por las partes involucradas en el Proceso de Contratación.

De esta manera, uno de los objetivos del sistema de compras y contratación pública es el manejo del riesgo del Proceso de Contratación. En consecuencia, la administración o el manejo del riesgo debe cubrir desde la planeación hasta la terminación del plazo, la liquidación del contrato, el vencimiento de las garantías de calidad o la disposición final del bien; y no solamente la tipificación, estimación y asignación del riesgo que pueda alterar el equilibrio económico del contrato”¹².

Es importante resaltar la creación del Colombia Compra eficiente mediante el Decreto Ley 4170 de 2011, compilado en el decreto 1082 de 2015) se crea la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente, buscando una asociación de las entidades estatales, con el claro objetivo de juntar toda la contratación de bienes, obras y servicios; el fortalecimiento de la planeación, con la regulación del plan anual de adquisiciones, la reglamentación de los acuerdo marco de precios y asuntos internacionales y en general, la optimización de la contratación y las compras públicas, en términos de eficiencia y eficacia económica, implementando procesos transparentes que ofrezcan mayores prerrogativas para el Estado como el mayor comprador de bienes y servicios en el territorio.

Es decir que, con la aparición de Colombia Compra Eficiente CCE se suministra un elemento determinante en la contratación pública, al otorgar la facultad de regulación del sector, estructurando un sistema integrado organizado y coherente, que privilegia los

¹² https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf

principios de transparencia, en un contexto de sana libre competencia, en donde se privilegian las condiciones de ventajas económicas para el Estado (BARRETO, 2019)

Igualmente se expide el Conpes 3714, siendo uno de los más representativos en lo relativo al desarrollo y aportes al riesgo previsible en nuestro ordenamiento jurídico, pues

allí, se establecen y definen los criterios y valoraciones, de los riesgos que deben quedar plasmados en la matriz de riesgos.

Siendo el CONPES un organismo asesor del gobierno en temas de políticas económicas y Sociales, creado por la ley 19 de 1958, se encarga de estudiar y aprobar documentos que buscan satisfacer ese tipo de necesidades." (CEPAL, 2018). "Desde allí se radica en cabeza del Consejo de Política Económica y Social –CONPES- la emisión de la política de riesgo contractual del Estado. Inicialmente el CONPES se encargaba de recomendar las directrices para las Entidades Estatales al estructurar los proyectos con participación de capital privado en infraestructura, y de manera específica en lo concerniente a los riesgos que pueden asumir contractualmente como obligaciones contingentes"¹³.

Este Conpes tiene como propósito principal, brindar los lineamientos básicos para el manejo del riesgo previsible, en los contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración, así como la exigencia para su tipificación, estimación y asignación en el marco de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007" (DNP, 2011).

La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, nace como una entidad descentralizada, de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería

¹³ Guía Contratación Segura en la Gestión de Riesgo para Gobernaciones y Alcaldías. Gómez Lee Iván Darío página 40.

jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación.

Así mismo, se determinan sus objetivos y estructura como ente rector de la contratación pública, para desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a asegurar que el sistema de compras y contratación pública, obtenga resultados óptimos, en términos de la valoración del dinero público a través de un proceso transparente.

Art. 12, Núm. 9. En el que están contempladas políticas y herramientas para la adecuada identificación de los riesgos en la contratación se encuentra en cabeza de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente (LEY 1150, 2007).

Se observa además, la necesidad de contar con una institución rectora en relación con la gestión contractual pública, que se encargue y promueva las buenas prácticas y ofrezca instrumentos, que permitan la mitigación del riesgo de corrupción, en los recursos públicos.

“(…)Que conscientes de esa necesidad en las Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010- 2014, “Prosperidad para Todos”, se reconoció la necesidad de tener una institucionalidad rectora en gestión contractual pública que promueva, articule, implemente, haga el seguimiento necesario a las políticas que orienten la actividad estatal, proporcione instrumentos gerenciales en dicha actividad y por esa vía colabore activamente en la mitigación de riesgo de corrupción en la inversión de los recursos públicos.¹⁴”

“(…) Artículo 12. Subdirección de negocios. Funciones: numeral 9. Diseñar y proponer políticas y herramientas para la adecuada identificación de riesgos de la contratación pública y su cobertura¹⁵”.

¹⁴ Decreto 4170 de 2011 Considerandos.

¹⁵ Ibídem. Artículo 12.

Por otra parte, con el Decreto 1510 de 2013 se reglamenta el sistema de compras y la contratación pública dando lugar a:

- i) la creación de un único sistema de compras y contratación pública.
- ii) la materialización de las políticas públicas.
- iii) el diseño y celebración de acuerdos marco de precios.
- iv) contar con políticas y herramientas para la adecuada identificación de riesgos en la contratación pública.
- v) incorporación de mejores prácticas den la contratación; dentro de las principales consideraciones en este propósito se encuentran:

“(…) Que el Gobierno Nacional por medio del Decreto-ley número 4170 de 2011 creó la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, como ente rector

de la contratación pública para desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas orientadas a asegurar que el sistema de compras y contratación pública obtenga resultados óptimos en términos de la valoración del dinero público a través de un proceso transparente. Que en desarrollo del Decreto-ley número 4170 de 2011 la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– definió los lineamientos técnicos, conceptuales y metodológicos para la consolidación de un sistema de compras y contratación pública.

Que el sistema de compras y contratación pública es esencial para la aplicación de los principios del Buen Gobierno y el cumplimiento de los fines del Estado.

Que el sistema de compras y contratación pública tiene una función estratégica pues permite materializar las políticas públicas y representa un porcentaje considerable del gasto público.

Que es necesario desarrollar la Ley 1150 de 2007 y el Decreto-ley número 4170 de 2011 para que la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– pueda diseñar, organizar y celebrar acuerdos marco de precios, así como diseñar y proponer políticas y herramientas para la adecuada identificación de riesgos de la contratación pública y su cobertura.

Que las Entidades Estatales y los servidores públicos a través de la contratación pública deben procurar obtener los objetivos y metas de la Entidad Estatal y del Plan Nacional de Desarrollo o los planes de desarrollo territorial, según sea el caso.

Que es necesario incorporar a la reglamentación las mejores prácticas internacionales en la planeación de la contratación y la compra pública, hacer ajustes en el Registro Único de Proponentes, en la capacidad residual, la subasta inversa, el concurso de méritos, la aplicación de acuerdos comerciales y el régimen de garantías, entre otros.

Que es necesario ajustar la reglamentación del sistema de compras y contratación pública a la institucionalidad creada con la expedición del Decreto-ley número 4170 de 2011 y sus funciones.

Que es conveniente mantener en un solo instrumento la reglamentación aplicable al sistema de compra y contratación pública”. (DECRETO 1510, 2013)

Este decreto realiza la compilación de la contratación estatal y sistema de compras públicas, de más de veintiún decretos y cerca de diez mil normas de forma sistemática, con lo cual se logra un verdadero progreso para la jurisdicción contencioso administrativa.

3. CONPES 3714 de 2011

Este documento ofrece una serie detallada de características para identificar los riesgos exógenos previsibles que se encuentran asociados al contrato estatal, tal como lo contempla (QUIROGA NATALE, 2020) en los siguientes términos:

“(…) Con el fin de brindar orientaciones respecto de la forma como deben tipificarse, valorarse y distribuirse los riesgos “exógenos previsibles”, el Conpes expidió el Documento 3714 de 2011 estableciendo unas líneas base de política contractual sobre la materia, definiendo los riesgos previsibles como “todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales”.

Las políticas base en mención, fueron a su vez complementadas con la publicación del “Manual para la identificación y cobertura del riesgo en los procesos de contratación” por parte de la Agencia Colombia Compra Eficiente, fijando una estructura general sobre la “administración de los riesgos” entendida como un conjunto de procesos dirigidos a proteger a la entidad estatal de dichos eventos en el proceso de contratación, reduciendo así la probabilidad de ocurrencia del evento y su impacto en la operación contractual”

Igualmente se complementó el marco normativo, dando paso con ello a la aprobación del documento Conpes 3714 de 2011 en el que se da claridad al fenómeno del riesgo previsible.

“De esta manera, uno de los objetivos del sistema de compras y contratación pública es el manejo del riesgo del Proceso de Contratación. En consecuencia, la administración o el manejo del riesgo debe cubrir desde la planeación hasta la terminación del plazo, la liquidación del contrato, el vencimiento de las garantías de calidad o la disposición final del

bien; y no solamente la tipificación, estimación y asignación del riesgo que pueda alterar el equilibrio económico del contrato¹⁶.

Este documento denominado “Del Riesgo Previsible en el Marco de la Política de Contratación Pública”, expedido por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), fue estructurado con la finalidad de ofrecer los lineamientos primordiales para que en todos los contratos sometidos al Estatuto General de la Contratación Estatal tuvieran la claridad suficiente en relación con la forma de manejar los riesgos previsibles dentro del marco de la Ley 1150 de 2007 artículo 4.

Este ejercicio a su vez, permite identificar mediante los elementos conceptuales, aquellos hechos que, aunque se puedan confundir por tener alguna similitud con aquellos regulados dentro de los denominados riesgos contractuales definitivamente no son riesgos previsibles y que pasamos a ilustrar.

- *El incumplimiento total o parcial del contrato, ya que compromete la responsabilidad contractual de quien incumpla, y su consecuencia es la exigibilidad de la garantía de cumplimiento y la eventual indemnización según el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007.*
- *Los hechos surgidos de la responsabilidad extracontractual y cubiertos por garantías especiales como la póliza de responsabilidad extracontractual.*
- *Los que atañen a la teoría de la imprevisión y que escapan de la definición de riesgo previsible, siendo aquellas circunstancias que no pueden ser identificables o cuantificables.*
- *Las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes de alguno de los contratistas, miembros de un consorcio o unión temporal incurso en algunas de*

¹⁶ Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación. Colombia Compra Eficiente.

las causales previstas en la Constitución o la Ley para las inhabilidades e incompatibilidades con posterioridad a la adjudicación del contrato.

La Ley 1150 busca dar la suficiente claridad al artículo 4, elevando los riesgos previsibles dentro del contrato estatal e integrándolos al mismo, para que estos formen parte de las condiciones previamente establecidas y que, con ello en caso de alegarse desequilibrio económico en el contrato, se tengan unas reglas claras en esos eventos para que estando previamente tipificados, estimados y asignados y que por haberse consignado previamente hacen parte integral del contrato, con lo cual y en caso de sucederse en la ejecución, no afectarían el equilibrio económico y por ello no procede su restablecimiento.

Lo anterior es en últimas, una forma de establecer condiciones claras desde el mismo momento de la planeación del objeto contractual, y en donde las partes se consideran como una unidad para el buen logro del objetivo común, aportando cada uno desde su respectivo rol, los conocimientos en pro del buen desempeño final, que importa desde luego a las partes.

Siendo los “riesgos previsibles” todas esas circunstancias, que, de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales es necesario analizarlas a la luz de la normativa determinada.

Así las cosas, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, reconoce expresamente que el equilibrio financiero es la igualdad o equivalencia entre los derechos y las obligaciones de las partes, derivados de la contratación y la forma de proceder ante su alteración.

Existen además los riesgos cubiertos bajo el Régimen de Garantías y que están contenidos en el Decreto 4828 de 2008, relacionados de forma directa con la seriedad de la oferta, el cumplimiento de las obligaciones contractuales, la responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones y en general, los demás riesgos que de alguna forma expongan a la Administración dependiendo del tipo de contrato y conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007.

Ahora bien, en relación con los “riesgos imprevisibles” los cuales son la piedra angular en la teoría de la imprevisión¹⁷, El Consejo de Estado ha sostenido que se pueden presentar al ejecutar un contrato, cuando la ejecución de un contrato conmutativo se torna excesivamente onerosa para una de las partes, en razón a hechos sobrevinientes,

extraordinarios e imprevisibles a su celebración, de forma que se autoriza su revisión por parte del juez, con el objeto de reajustar el contrato. Según la doctrina y la jurisprudencia, los elementos que estructuran esta teoría son: a) Que el contrato sea bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva, periódica o diferida y, por ende, excluye los contratos de ejecución instantánea; b) Que se presenten circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles posteriores a la celebración del contrato en el caso concreto; c) Que esas circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles alteren o agraven la prestación a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa; y d) Que el acontecimiento resulte ser ajeno a las partes.

Este desarrollo teórico en nuestra legislación, se puede observar que tiene profundas raíces anglo francesas, tal como lo relata Ruiz Morato:

“(…) Complementando los desarrollos teóricos y de evolución de la figura de la teoría de la imprevisión, cabe destacar como antecedentes jurídicos los casos inglés y francés. En el derecho inglés se conoce como la doctrina de la frustración, que acoge la revisión de los contratos porque habían sido desprovistos de causa. En el derecho francés se adoptó la teoría de la imprevisión solo en el derecho administrativo, en la decisión del Consejo de Estado en el caso de la Compañía de Burdeos y la municipalidad de Burdeos en el que el Consejo de Estado afirmó que un contrato de cumplimiento continuado se veía afectado por circunstancias imprevisibles, que de ninguna manera pudieron ser tomadas en consideración por

¹⁷ La teoría de la imprevisión, o lesión sobreviniente o excesiva onerosidad, tiene su origen en el derecho romano, en el Corpus Iuris de Justiniano y en el Digesto, en la cláusula *rebus sic stantibus* (las cosas seguirán siendo lo que eran al contratar), que era implícita en la exigencia del mantenimiento del contrato en las condiciones que se pactaron. La teoría de la imprevisión y su desarrollo internacional. Derecho y Realidad. Núm. 7 I semestre de 2006. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC ISSN: 1692-3936

las partes al momento de celebrarlo, y como consecuencia de ello la prestación a cargo de una de las partes se tornaba excesivamente onerosa, la justicia podía revisar el contrato restableciendo el equilibrio” (MOISSET DE ESPANES, 1992: 34).

Por este precedente, se elaboró una ley que desarrolló la teoría de la imprevisión, que es la Ley Failliot, de carácter temporal por ser una medida de emergencia que permitía suspender o rescindir los contratos comerciales y mixtos.

No obstante, el principal desarrollo de la teoría de la imprevisión se da en el siglo XX con las alteraciones económicas que surgieron de las guerras mundiales, específicamente el fenómeno inflacionario, que impulsó elaboraciones jurídicas para buscar el equilibrio de las relaciones contractuales afectadas. Ello condujo a que se lograra una aplicación jurídica aceptada de la imprevisión a nivel de codificación. Sin embargo, la inflación, que a comienzos del siglo XX fue un hecho por antonomasia imprevisible y de extrema onerosidad, al ser normativizada dejó de serlo” (RUIZ MORATO, 2006).

A su vez, resulta relevante la descripción hecha por el Consejo de Estado, al dilucidar las situaciones en las cuales aplica la teoría de la imprevisión: cuando un evento se produce después de celebrado el contrato, cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo; una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible, aclarando eso sí, que se revisa cada caso de forma particular.

El contexto, está marcado inevitablemente por la necesidad de revisar el artículo 27 de la ley 80 de 1993 según la cual “en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento (...)”, independientemente de que se haya o no pactado en el contrato.

“(...) La verificación de dicho equilibrio impone la obligación de valorar la ecuación financiera en cada caso particular, analizando los valores acordados en el contrato, de manera tal que se pueda establecer si el mismo ha permanecido inalterado. En caso contrario, es menester dilucidar a quién le es imputable el quiebre de dicha ecuación, con el objetivo de que la restablezca. El equilibrio económico se ve afectado por tres causas: 1) actos o hechos imputables a la administración contratante, referidos por ejemplo, al pago inoportuno de las cuentas de cobro presentadas por el contratista, o a la falta de oportunidad en la aprobación de la documentación necesaria para el desarrollo del contrato, tal como diseños o planos de las obras a realizar; 2) actos de la administración ya no como contratante sino como Estado, analizados a luz de la teoría del hecho del príncipe; y 3) actos o hechos ajenos a las partes del contrato, o factores sobrevinientes, abordados generalmente desde la perspectiva de la teoría de la imprevisión. (ARBOLEDA PERDOMO, Enrique., 2011)”

Los actos de la administración, se refieren esencialmente al denominado hecho del príncipe, siendo esta quien cuenta con la potestad normativa, constitucional y legal, que se traduce en la expedición de leyes o actos administrativos de carácter general, y que pueden provenir de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado.

Las obligaciones contingentes están reguladas en el Decreto 423 de 2001 y son aquellas obligaciones, en virtud de las cuales una entidad, contempla estipulaciones a favor de su contratista como el pago de una suma de dinero, a partir de situaciones claramente identificadas, por la ocurrencia de un evento futuro e incierto y tienen un procedimiento especial, desde la identificación y valoración, hasta la mitigación y el seguimiento.

Los riesgos generados por malas prácticas, son los que pueden ocasionarse por acciones negativas en la contratación o por riesgos operacionales que se manifiestan durante el proceso precontractual y que afectan la ejecución del contrato.

Es claro que dentro de la autonomía de la voluntad, las partes pueden incluir cláusulas de responsabilidad en las que determinen los alcances de las mismas y la forma de

cumplirlas, pero en todo caso tiene una fuerza vinculante la audiencia pública en la cual se discuten de forma obligatoria los riesgos previsibles y estos deben ser tipificados, estimados y distribuidos en las partes contractuales definiendo para cada proceso hasta dónde llega la responsabilidad de las partes, enfatizando que siempre será posible recibir las observaciones que los interesados realicen, lo anterior en razón a su experticia e importancia dentro del desarrollo del objeto contractual.

El Conpes 3714, en relación con la tipificación estimación y asignación de los riesgos, es muy claro al indicar como, es necesario articular la normativa vigente contenida en “ (...) el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, con lo dispuesto en los artículos 14 y 27 de la Ley 80 de 1993, los decretos reglamentarios y su aplicación en los procesos contractuales sometidos al Estatuto General de la Contratación y, teniendo en cuenta que la normativa vigente contiene obligaciones para el manejo de riesgos previsibles a cargo de los diferentes actores del proceso contractual, se hace necesario el establecimiento de lineamientos de política pública sobre riesgos previsibles y un conjunto de bases para la definición del alcance del ejercicio de tipificación, estimación y asignación de los riesgos en la contratación, para apoyar a las entidades a lograr una adecuada comprensión de las implicaciones que tiene la realización del ejercicio mencionado. (PLANEACION, 2011)”

3.1 RIESGOS CONTRACTUALES

Traza además los lineamientos para el manejo del riesgo previsible en la contratación estatal de forma sistemática, enmarcándolos dentro del contexto de los riesgos que atañen de forma directa al contrato; así que considera el riesgo contractual, como todos los sucesos que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales para lo cual ha tenido una regulación desde cinco ópticas, asociadas con el proceso de gestión que se requiere en cada caso las cuales son:.

Riesgos previsibles
Riesgos imprevisibles
Riesgos cubiertos por el régimen de garantías
Obligaciones contingentes
Riesgos por malas practicas

Agrupar los diferentes riesgos, dentro de las diferentes clases que cuenten con características similares, ello con el ánimo de sistematizar la tipificación y facilitar sus particularidades en su reconocimiento y clasificación, identificando eso sí, que los riesgos previsibles pueden ocurrir durante la ejecución del contrato.

3.2 CLASES DE RIESGOS PREVISIBLES

Con lo anterior se presentan, además, las principales clases de riesgos que pueden ocurrir y afectar el buen perfeccionamiento del objeto contractual, y por las cuales se pueden ver avocadas las partes en el desarrollo del contrato contemplando en ejercicio del artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, para la tipificación de los riesgos previsibles de forma relevante los siguientes:

Riesgos Económicos: Son aquellos que se derivan del comportamiento del mercado, y que se responden y se comportan de acuerdo con las teorías económicas, sus hipótesis o modelos que intentan explicar aspectos de la realidad financiera tales como la fluctuación de los precios de los insumos, entre otros.

Riesgos Sociales o Políticos: son aquellos que provienen por cambios de las políticas gubernamentales que sean probables y previsibles como cambios en la situación política, en el sistema de gobierno y cambio en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato, así mismo los paros, huelgas, actos terroristas, etc.

Riesgos Operacionales: Son los riesgos coligados a la operatividad del contrato entre los cuales encontramos: la contingencia que la inversión no sea la adecuada para cumplir

el objeto del contrato, la extensión de plazo inicialmente propuesto por circunstancias no imputables a las partes, inoportunos procesos y procedimientos, sistemas de información y tecnológicos, equipos humanos o técnicos que no sean imputables a las partes.

Riesgos Financieros: El cual tiene dos componentes: el riesgo de consecución de financiación o riesgo de liquidez, y el riesgo de las condiciones financieras. El primero se es la dificultad de conseguir los recursos financieros, para lograr el objetivo del contrato; mientras que el segundo hace referencia a los términos financieros de dichos recursos, los plazos, tasas, garantías, contragarantías, refinanciaciones etc.

Riesgos Regulatorios: Son los posibles cambios regulatorios o reglamentarios que, siendo previsibles, pueden afectar el equilibrio contractual, como cambios en las tarifas, de los mercados regulados, en los regímenes especiales, zonas francas, planes de ordenamiento territorial, expedición de normas de carácter técnico o de calidad, etc.

Riesgos de la Naturaleza: Son todos esos eventos causados por la naturaleza sin la intervención o voluntad del hombre, que aunque pueden ser previsibles por su frecuencia o diagnóstico están fuera del control de las partes, se refieren a los hechos de la naturaleza que puedan tener un impacto sobre la ejecución del contrato, por ejemplo los temblores, inundaciones, lluvias, sequías, entre otros, siempre y cuando los mismos puedan preverse, un claro ejemplo de ello es en la ciudad de Barranquilla la aparición de arroyos en algunos sectores de la ciudad cuando se acentúa la temporada invernal.

Riesgos Ambientales: Son las obligaciones que provienen de las licencias ambientales, de los planes de manejo ambiental, de las condiciones ambientales o ecológicas exigidas.

Riesgos Tecnológicos: Los eventuales fallos en las telecomunicaciones, suspensión de servicios públicos, llegada de nuevos desarrollos tecnológicos o estándares que

deben ser tenidos en cuenta para la ejecución del contrato, igualmente se debe tener en cuenta la obsolescencia tecnológica¹⁸.

3.3 ESTIMACION DE LOS RIESGOS

Los criterios para la estimación de los riesgos previsibles tienen en cuenta la probabilidad de ocurrencia de los mismos y su impacto con un ejercicio de cuantificación en virtud de lo dispuesto en el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008 entre los criterios alto medio y bajo, la afectación que pueda tener en la ecuación financiera del contrato dando una aproximación de la magnitud del riesgo previsible de acuerdo con su

probabilidad e impacto, mediante un trabajo interdisciplinario que reúna a las personas a cargo de los aspectos jurídicos, técnicos y financieros del contrato.

La probabilidad de ocurrencia del riesgo es alta, cuando en la mayoría de los contratos que se ejecutaron con objetos similares, el riesgo se presenta.

La probabilidad de ocurrencia del riesgo es media alta, cuando la ocurrencia del riesgo en la ejecución de contratos similares se puede prever que ocurrirá.

La probabilidad de ocurrencia del riesgo es media baja, si la ocurrencia del riesgo comúnmente no se presenta, o cuando de la naturaleza del riesgo se pueda prever que su ocurrencia es inusual.

La probabilidad de ocurrencia del riesgo es baja, cuando en casi ningún contrato similar, el riesgo se presenta o se pueda prever que ocurrirá, pero remotamente

En relación con el impacto, es la medida de la magnitud de las consecuencias económicas de un evento generador de riesgo sobre el objeto del contrato. Por ejemplo, un acontecimiento, una disposición de la autoridad o una información pueden generar serias consecuencias monetarias que afectan el equilibrio económico y precisan la adopción de los respectivos ajustes.

¹⁸ Documento Conpes 3714 de 2011. Páginas 19-23.

3.4 PROBABILIDAD DEL RIESGO

ALTA	MEDIA ALTA	MEDIA BAJA	BAJA
La probabilidad de ocurrencia del riesgo es alta, cuando en la generalidad de los contratos que se ejecutaron con objetos similares, el resultado es la ocurrencia del riesgo; o, cuando	La probabilidad de ocurrencia del riesgo es media alta, si es típica la ocurrencia del riesgo en la ejecución de contratos similares; o, cuando de la naturaleza del riesgo se pueda	La probabilidad de ocurrencia del riesgo es media baja, si es atípica la ocurrencia del riesgo; o cuando de la naturaleza del riesgo se pueda prever que su ocurrencia es inusual.	La probabilidad de ocurrencia del riesgo es baja, cuando en pocos contratos con objetos similares, el resultado es la ocurrencia del riesgo o cuando de la naturaleza del riesgo se pueda
de la naturaleza del riesgo se pueda prever su inminencia.	prever que ocurrirá usualmente.		prever que ocurrirá remotamente.

Fuente: Documento CONPES 3714¹⁹

IMPACTO

Para el cálculo del impacto por los diversos riesgos, también se cuantifica con los criterios alto (más del 30%), medio (entre el 15% y el 30%), y bajo (entre el 5% y el 15%), e igualmente se puede tomar una muestra de contratos similares y calcular cuál fue el porcentaje del sobrecosto sobre el valor total del contrato.

ALTO	MEDIO ALTO	MEDIO BAJO	BAJO
-------------	-------------------	-------------------	-------------

¹⁹ <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>

Perturba la ejecución del contrato de manera grave, generando un impacto sobre el valor del contrato en más de treinta por ciento (30%), imposibilitando la consecución del objeto contractual	Obstruye la ejecución del contrato sustancialmente, pero aun así, permite la consecución del objeto contractual, con un incremento del valor del contrato entre el quince (15%) y el treinta por ciento (30%).	Afecta la ejecución del contrato de manera moderada, pero sin afectar considerablemente el equilibrio económico. Generando un impacto sobre el valor del contrato entre el cinco (5%) y el quince por ciento (15%).	Dificulta la ejecución del contrato de manera leve, de forma que aplicando medidas mínimas se pueden lograr el objeto contractual. Los sobre costos no representan más del cinco por ciento (5%) del valor del contrato
--	--	---	---

Fuente: Documento CONPES 3714²⁰

3.5 ESTIMACION CUANTITATIVA

Después de la calificación cualitativa, se debe realizar la valoración cuantitativa, reuniendo los criterios valorados en la etapa cualitativa y realizando una aproximación numérica de los diversos elementos que se tuvieron en cuenta para ponderar numéricamente su posible aparición y afectación.

Las fuentes de información que se pueden utilizar son absolutamente todas las relacionadas de forma estadística con los posibles eventos de ocurrencia y se puede acudir entre otras a:

- Series históricas.
- Análisis teórico.

²⁰ <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>

- Experiencia relevante.
- Prácticas y experiencia de la industria o del sector.
- Publicaciones o noticias relevantes.
- Opiniones y juicios de especialistas y expertos.
- Estudios técnicos.
- Informes emitidos por las entidades competentes

Finalmente, la Entidad Estatal conforme lo dispuesto en la normativa vigente, propondrá las asignaciones indicando cuál de los sujetos contractuales para el contrato específico asumirá y tendrá que soportar que riesgos y en qué proporción en caso de presentarse, lo anterior será notificado en la audiencia de riesgos; en etapa contractual los proponentes manifiesten sus opiniones y observaciones y a partir de allí hasta la publicación de los pliegos definitivos, permitiendo que los riesgos previsibles se tengan en cuenta para evitar alteraciones económicas dentro de la ecuación del contrato.

Es en ultimas en este momento, que las partes conocen definitivamente sus obligaciones contractuales y que el proceso en sí mismo, cuenta con las respectivas evidencias acerca de las eventualidades que de forma expresa están contempladas para ser tenidas en cuenta, los valores, porcentajes y en cabeza de quien se encuentran dichos compromisos, los cuales quedan incorporados a la propuesta desde la planeación inicial del objeto contractual, y con lo cual no se pueden invocar otros riesgos, ni valores diferentes en una posible demanda por desequilibrio económico contra el Estado, pues para ello se contó con la etapa previa, para realizar las respectivas observaciones al proceso, y que actualmente quedan registrados en tiempo real en la plataforma transaccional SECOP II.

Adicionalmente el documento CONPES 3714 recomienda tener en cuenta lo establecido en el Decreto 423 de 2001 en los siguientes aspectos:

1. *El tipo y modalidad de contrato son relevantes para la determinación del nivel de transferencia de responsabilidad al Contratista (por ejemplo, en un contrato*

de obra común, existirán mayores limitaciones para la transferencia efectiva del riesgo que en el contrato llave en mano²¹ que, por la naturaleza de las prestaciones, admite un mayor grado de riesgo para el contratista)²².

2. La transferencia de los riesgos debe ser proporcional a la cantidad de información con la que se cuente para su mitigación.

3. Se sugiere la realización del ejercicio de asignación de los riesgos previsibles atendiendo a las capacidades de los contratistas para su administración y a la existencia en el mercado de garantías que constituyan soporte o respaldo financiero o asegurador del proyecto.

4. El traslado del riesgo no tiene connotaciones infinitas por lo que se recomienda no incluir en los pliegos de condiciones y en las matrices de riesgos traslados de

riesgo o de responsabilidad en abstracto sin tipificación y estimación o cuantificación.

5. Se recomienda no establecer cláusulas en la minuta o reglas en los pliegos de condiciones que contengan provisiones que afecten, restrinjan o eludan el derecho al restablecimiento del equilibrio del contratista de manera abstracta, como por ejemplo “en todo caso el contratista no podrá reclamar el desequilibrio económico del contrato por ningún motivo”. Este tipo de cláusulas, en virtud de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, se consideran

²¹ “La doctrina oficial señala que el „Contrato Llave en Mano” es aquel por medio del cual una persona se compromete a construir o fabricar y entregar en perfecto funcionamiento, un bien mueble o inmueble de conformidad con las características indicadas por el contratante, a cambio de un precio dentro del cual se encuentran incorporados los costos y gastos necesarios más la utilidad perseguida por el contratista. Se caracteriza, entre otras cosas, porque dentro del valor del contrato se incorporan todos los costos y gastos en que se incurre para el cumplimiento del mismo tales como estudios de prefactibilidad, diseño de planos, construcción o fabricación del bien hasta entregar el bien en funcionamiento”. Ver: Concepto 083098 (100208221-00634). Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

²² Para los contratos de obra se recomienda utilizar como regla general la estructuración de los contratos bajo el esquema de precio global fijo, con el fin de evitar la volatilidad presupuestal de la entidad contratante. Sin embargo, en el caso que exista una planeación o documentación suficiente para la determinación de los costos, se puede flexibilizar la estructura a precios unitarios, lo anterior, a discreción de la entidad estructuradora.

ineficaces de pleno derecho. Adicionalmente se presentan las siguientes recomendaciones de asignación, de acuerdo a cada riesgo:

1. Riesgos Económicos: Se recomienda que por regla general y bajo la premisa de contar con información suficiente y con las condiciones necesarias para llevar a cabo el objeto contractual, el riesgo se traslade al contratista en atención a su experticia en el manejo y posibilidad de administración efectiva de los riesgos económicos. Desde luego, ello no podrá hacerse en relación con riesgos que el mismo no pueda controlar, como condiciones macroeconómicas no previsibles, las cuales por ser imprevisibles escaparían de la órbita de aplicación del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

2. Riesgos Sociales o Políticos: Se recomienda que por regla general el riesgo previsible de esta naturaleza lo asuma la entidad contratante que, en atención a su condición, se presume que cuenta con un manejo y posibilidad de administración efectiva del mismo. De manera excepcional se puede trasladar el riesgo cuando, por ejemplo, existan mecanismos de cobertura en el mercado.

3. Riesgo Operacional: Por regla general y bajo la premisa de contar con información suficiente, los riesgos operacionales se transfieren al contratista, en la medida en que cuenta con mayor experiencia y conocimiento de las variables que determinan el valor de la inversión y tendrá a su cargo las actividades propias del contrato. En aquellos contratos donde se presente un alto componente de complejidad técnica, las entidades estatales pueden considerar la posibilidad de utilizar como mecanismo de mitigación el otorgamiento de garantías parciales para cubrir eventuales sobrecostos asociados a la complejidad identificada.

4. Riesgos Financieros: Se recomienda que el riesgo se traslade al contratista por regla general y bajo la premisa de contar con información suficiente. En atención a su experticia en la consecución y estructuración de los recursos necesarios, se presume que cuenta con un manejo y posibilidad de administración efectiva de los riesgos financieros.

5. Riesgos Regulatorios: Se recomienda que, por regla general, el riesgo lo asuma la parte que cuenta con un manejo y posibilidad de administración efectiva

de los riesgos regulatorios por su naturaleza y en virtud de las normas propias de cada regulación.

6. Riesgos de la naturaleza: Siempre y cuando existan formas de mitigación al alcance del contratista, los riesgos de la naturaleza deben ser trasladados al mismo.

7. Riesgo Ambiental: La asignación del riesgo ambiental depende de la especificidad de cada proceso, por ejemplo:

Cuando se cuente con licencia ambiental debidamente ejecutoriada y/o plan de manejo ambiental, antes del cierre de la licitación, el contratista asumirá los costos implícitos en el cumplimiento de las obligaciones definidas en dicha licencia y/o plan de manejo ambiental.

Cuando se cuente con licencia ambiental debidamente ejecutoriada antes del cierre de la licitación y ésta sea modificada por solicitud del contratista, él asumirá los costos que implique esta modificación.

El riesgo de que, durante la ejecución, la operación y el mantenimiento de las obras, se configuren pasivos ambientales causados por el incumplimiento o la mala gestión de la licencia ambiental y/o el plan de manejo ambiental será asumido por el contratista.

Cuando no se cuente con licencia ambiental debidamente ejecutoriada y/o plan de manejo ambiental, antes del cierre de la licitación, los costos por obligaciones ambientales se deberán estimar y prever en los contratos acorde con la naturaleza y magnitud del objeto contractual. En estos casos la entidad estatal podrá asumir el riesgo de que los costos por obligaciones ambientales resulten superiores a lo estimado.

Cuando por la naturaleza del proyecto no se requiera licencia ambiental, los costos para realizar un adecuado manejo ambiental se deben estimar y prever en los contratos acorde con la naturaleza y magnitud del proyecto. En estos casos, la entidad estatal podrá asumir el riesgo por los costos de las obligaciones adicionales resultantes de la exigencia de un plan de manejo posterior al cierre de la licitación, sólo cuando la exigencia no surja del mal manejo ambiental del proyecto.

8. Riesgo Tecnológico: Se recomienda que por regla general y bajo la premisa de contar con información suficiente, el riesgo se traslade al contratista que, en atención a su experticia en el objeto contractual y los estándares tecnológicos, cuenta con un manejo y posibilidad de administración efectiva de los riesgos tecnológicos.

Las anteriores recomendaciones de asignación se presentan de manera enunciativa y no eximen a la Entidad Estatal del estudio que debe realizar para la estructuración de cada proceso contractual (CONPES 3714, 2011).

En esta fase y con el ánimo de reducir la probabilidad de ocurrencia del riesgo, se aclaran los diversos procesos que deben ser tenidos en cuenta, a partir de la probabilidad que se presenten los riesgos, asimismo de valorar el impacto que tendrían los mismos en el desarrollo del contrato si se presentaran; luego de ser categorizados y valorados, se establece un orden de prioridades en donde se busca la forma de evitar esos riesgos, transfiriendo las responsabilidades a través de las garantías, estableciendo de forma detallada quién es el responsable, para decidir la mejor medida a tomar acerca de aquellas situaciones que no queden determinadas con esas situaciones repentinas o impredecibles, las cuales deben quedar en la cláusula de solución de conflictos.

La entidad luego de un análisis profundo y detallado, así como de la relación costo beneficio, debe inclinarse por alguna de las siguientes acciones determinadas para el trámite del riesgo, las cuales son:

- Evitar el riesgo
- Transferir el riesgo
- Aceptar el riesgo
- Reducir la probabilidad de la ocurrencia del evento
- Reducir las consecuencias o el impacto del riesgo

El Monitoreo Control y seguimiento de los Riesgos en el contrato estatal y su articulación con la etapa de planeación es el seguimiento que se hace en términos

generales al desarrollo del contrato, teniendo en cuenta que existen ciertas diferencias entre la planeación y la puesta en marcha del contrato, las cuales es necesario identificar rápidamente, así como responder asertivamente cuando se presenten, pues como se sabe los riesgos no son estáticos.

“El monitoreo debe:

- Garantizar que los controles son eficaces y eficientes en el diseño y en la operación.
- Obtener información adicional para mejorar la valoración del Riesgo.
- Analizar y aprender lecciones a partir de los eventos, los cambios, las tendencias, los éxitos y los fracasos.
- Detectar cambios en el contexto externo e interno que puedan exigir revisión de los tratamientos del Riesgo y establecer un orden de prioridades de acciones para el tratamiento del Riesgo.
- Identificar nuevos Riesgos que pueden surgir”. (Colombia Compra)

Esta fase tiene en cuenta las herramientas necesarias para su realización, así como la asignación de responsables, cronogramas de actividades desde su inicio hasta la terminación, establecer el seguimiento como se va a realizar, se define además la periodicidad con la que se van a realizar las revisiones, y los documentos que servirán de soporte a los seguimientos y monitoreo que se realicen entendiendo que, en caso de materializarse un riesgo exógeno, este debe ser asumido por la parte que lo tiene asignado, sin que ello en sí mismo suponga la ruptura de la ecuación contractual para la parte que previamente lo tenía asignado:

“(…) En atención a las reglas de asignación y distribución del riesgo que se hayan adoptado ex ante en los instrumentos de planeación contractual o en acuerdos posteriores celebrados por las partes, el riesgo exógeno previsible será internalizado por quien lo tiene asignado y deberá asumir su gestión en caso de que se llegue a materializar su acaecimiento. Por lo tanto, la ocurrencia del riesgo exógeno previsible no supone per se la ruptura de la ecuación contractual cuando quien sufre e

desequilibrio, es la parte que tenía asignado el riesgo, salvo que dicho riesgo haya extralimitado los márgenes o efectos normales previstos anticipadamente por las partes” (QUIROGA NATALE, 2020).

3.6 AUDIENCIA DE RIESGOS

El artículo 5 de la Ley 80 de 1993 establece de forma clara y taxativa que los contratistas:

“colaboran con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto se cumpla y que éste sea de la mejor calidad”; así como que deberán obrar “con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales”

Lo anterior concreta la necesidad que, entre el Estado y los contratistas del mismo, mantengan una naturaleza participativa y colaboración armónica para la consecución de la finalidad para los dos extremos contractuales.

De un lado el Estado busca el cumplimiento la satisfacción de los bienes colectivos y el interés general, y del lado del contratista su satisfacción económica.

“(…)La celebración de contratos administrativos, en concordancia con los mandatos constitucionales, tiene como principal causa la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general, conllevando a afirmar que el objeto de su celebración sea el cumplimiento mismo de los fines estatales, la prestación de servicios garantía y materialización de los derechos constitucionales de los particulares, siendo por tanto un medio para el cumplimiento de un fin de interés general, susceptible de ser realizado mediante la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal y demás normas concordantes.

Están supeditados en la práctica a restricciones y limitaciones, tal como los procesos de selección, cuya finalidad es limitar la indebida utilización de los recursos públicos en beneficio de los particulares, así como disminuir los índices de corrupción y la percepción de la misma al interior de la opinión pública” (BAHAMON JARA, 2018).

4. LA PLANEACION Y EL RIESGO PREVISIBLE

Podemos decir que la planeación está presente en casi todas las actividades de la vida, su acepción está relacionada con el hecho de planificar, organizar o tener en cuenta todas las actividades necesarias para que la realización de un proyecto futuro que se piensa realizar, se cumpla sin contratiempos; esto permite considerar ciertos aspectos que permiten anticiparse a esos aspectos que pueden alterar el resultado final.

A través de la planeación, se elabora un plan de trabajo mediante el cual se determina cuál es la situación inicial, elementos con los que se cuenta, posibles alteraciones que puedan surgir en el periodo de ejecución, soluciones y cuál es la eta que se quiere alcanzar.

Contempla una serie de estrategias, en procura de lograr los objetivos dentro de las condiciones más ventajosas, con lo que se convierte en una función administrativa para suministrar los medios necesarios dirigidos en lograr el fin propuesto.

Para (GIDO, 1999) La planeación es una parte esencial de la administración de proyectos y es necesario contar con un plan efectivo, la posibilidad de fracaso aumenta mucho para cualquier proyecto cuando no se tiene uno; en esencia, el plan es un mapa que muestra cómo ir desde donde uno se encuentra en la actualidad, hasta donde se quiere estar, sin él, es probable que no se terminará donde se desea llegar.

Una parte de la previsión es la planeación tal como considera (HERNÁNDEZ, 2011) para quien la previsión es imaginar el futuro en un proyecto de acción de largo plazo, establecer objetivos y metas, tomar decisiones y fijar políticas de acción, en igual sentido Henry Fayol incluyó la planeación dentro de la previsión siendo necesaria la elaboración de un documento en el que se abarca la proyección de la acción en un periodo amplio denominado plan de acción, y que hoy es conocido como estrategia de acción, plan rector o plan de negocios.

Considerada como la proyección de la acción que define objetivos cuantitativos para periodos específicos y con base en metas cuantitativas, se pueden hacer cálculos económico-financieros, por tanto, es conveniente agregar al concepto anterior que la

planeación es la proyección impresa de la acción cuantitativa y cualitativa de la acción, estas teorías de Fayol complementan la técnica administrativa especializada llamada planeación estratégica (ibidem).

En el periodo del año 2012, en el Decreto Nacional 734 que posteriormente fue derogado por el art. 163, Decreto Nacional 1510 de 2013; debemos decir que allí se contempla la necesidad de contar con una planeación contractual²³

Siendo un principio ineludible dentro del esquema pre contractual expresado por la magistrada CORREA PALACIO (PLANEACIÓN CONTRACTUAL, 2012) de forma apropiada en los siguientes términos *“El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de pre factibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden”*.

El principio de planeación resulta ser el eslabón principal, pues consiste en determinar de forma clara y detallada al punto de poder estructurar la tipificación, estimación y asignación de riesgos de forma conjunta con el contratista, donde se contemplarán

²³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012) Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489)

aquellos que pudieran afectar de forma significativa el equilibrio económico del contrato o cualquier circunstancia que afecte el adecuado desarrollo contractual.

Adentrándonos desde la perspectiva de la planeación en la contratación estatal; la Ley 80 de 1993 introdujo grandes cambios que pusieron de relieve la importancia de los principios orientadores de la Contratación Pública, los cuales tienen un carácter fundamental en la sociedad ya que, dentro de la organización del Estado, para los servidores públicos representa una aplicación de carácter obligatorio, y sirven de garantía y de validez jurídica para la sociedad en general para la función administrativa.

Sobre el particular en Dr. SANTOFIMIO nos aclara cuales son los componentes y responsables de la misma en el contrato estatal así:

“(...) Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación deducimos que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas.” (SANTOFIMIO GAMBOA, 2009)

La Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado (MP CORREA PALACIO, 2007) considera que los principios por ser de carácter general son de textura abierta, con lo cual se someten de forma constante al desarrollo legal y jurisprudencial en el esfuerzo por determinar su alcance normativo y además pueden ser susceptibles de integración a través de preceptos constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal, que permitan concretarlos en forma clara e inequívoca.

De otro lado, el alcance y el contenido de los principios se definen como mandatos de optimización superiores y se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados, y porque la medida ordenada de su cumplimiento no depende únicamente de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas, entendiendo que se pueden cumplir en diferente grado, a pesar de las múltiples interpretaciones que pueden tener.

Así, los principios constitucionales como faros orientadores de la función administrativa, se consolidan con el carácter vinculante, constituyéndose en una aplicación de carácter obligatorio, al punto que su inobservancia llega a afectar la nulidad absoluta de los actos administrativos, al tratarse no simplemente de normas éticas, sino de verdaderos corolarios de los derechos fundamentales. (MATALLANA, 2015)

Partimos de hecho que la planeación se desarrolla en la etapa previa del contrato estatal (precontractual), buscando que se adelante un proceso de selección idóneo, que permita seleccionar el proponente más apto para ejecutar los bienes y servicios que se requieren para satisfacer el bienestar general, también permite prever situaciones fácticas futuras que puedan afectar de forma negativa la ejecución del contrato; siendo por ello vital en la etapa contractual y poscontractual.

Para (EXPOSITO VELEZ) la planeación es “La elección de gestiones, objetivos, estrategias, lineamientos, esquemas y procedimientos para lograr estos a partir de la adopción de un conjunto de medidas, así como la elección de un curso de acción entre varias alternativas”

Está claro, que esta actividad exige tener en cuenta los diversos aspectos que podrían incidir en el buen desarrollo del objeto contractual, estableciendo de forma coherente un plan determinado que debe contar con los tiempos establecidos, las metas por alcanzar y los logros que realizar, adicionalmente analizando y proyectando a futuro esos

intangibles que puedan afectar directa o indirectamente la adecuada ejecución del contrato²⁴.

Es importante resaltar que la planeación a la que nos referimos no está únicamente circunscrita a los estudios previos que se desarrollan en la etapa precontractual, sino que además, debe estar presente en las otras etapas del proceso -ejecución y desarrollo-en donde se requiere el cumplimiento de los fines estatales siendo el contrato una herramienta a su servicio.²⁵

Se puede decir que, el principal factor necesario que se debe tener en cuenta en todo proceso de contratación para una adecuada planeación es el conocimiento real y efectivo de la necesidad a satisfacer, en donde se le deban dar respuestas a interrogantes como ¿Qué es lo que se quiere contratar?, ¿Con que recursos se cuenta?, ¿Cuáles son los términos de la ejecución presupuestal y los requisitos que requiere la comunidad?, ¿Qué factores inciden de forma directa en la ejecución y el desarrollo de los procesos que se van a realizar?.

Igualmente es de una importancia ingente, definir, tipificar, estimar, asignar y distribuir los riesgos previsibles haciendo una evaluación histórica; ya que conociendo lo que ha sucedido en otras oportunidades con contratos similares, definiendo las causas y efectos, reconociendo fenómenos asociados al cumplimiento y ejecución dentro de un marco racional y con rigor de tipo metodológico, se pueden definir acciones y planes de acción cuando se puedan presentar situaciones que ameriten ajustes o intervenciones en el buen desarrollo contractual, requiriendo de una buena actividad administrativa desde la aparición de la necesidad, hasta cuando se cumplan los términos de las garantías.

²⁴ Concepto de planeación en materia administrativa, puede consultarse: (i) Reinaldo Oliveira da Silva, Teorías de la administración (Ciudad de México: International Thomson Editores, 2002

²⁵ <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3831/4024> Revista Digital de Derecho Administrativo N° 11, Primer semestre /2014, PP. 177-207.

En el marco de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011 y sus decretos reglamentarios; el decreto 1510 de 2013 en su artículo 37 contempla para los contratos de obra,, que una vez agotados los términos de las garantías, se realice a su vez el cierre del expediente del proceso de contratación, reafirmando que la planeación tiene un carácter dinámico, y que solo en el evento en que se tenga debidamente cumplido el objeto contractual, y solucionada la necesidad que dio inicio al proceso

administrativo de contratación, concluye tal etapa estando de conformidad con el fin propuesto.

No podemos ser ajenos al hecho, que uno de los mayores problemas en materia de contratación pública, es la que está relacionada con las demoras en la ejecución de las obras, los sobrecostos que ello acarrea y los fenómenos de corrupción, siendo la inadecuada planeación, uno de los factores determinantes para que el buen desarrollo del contrato y la entrega del producto final se dé con el beneplácito de las partes y no sea única y exclusivamente una planeación limitada a un plan para obtener el contrato y limitando además la atención a los términos negociales y los requisitos de ley, descuidando con ello otros aspectos importantísimos como el seguimiento técnico y la capacidad de actuar frente a situaciones y eventos inesperados frente a los cuales desde la etapa precontractual de planeación se debieron contemplar herramientas de solución, así como la distribución de los mismos entre las partes contractuales.

Sobre el particular, el Consejo de Estado²⁶, señala: “(...) una verdadera planeación debe involucrar el establecimiento de necesidades, objetivos y metas, la definición de estrategias y medios para lograrlos, la organización para poner en práctica las decisiones, seleccionando los diversos cursos de acción futuros, incluyendo una revisión al desempeño y retroalimentación, para hacer los ajustes necesarios en los futuros procesos que se lleguen a realizar (RAMIREZ PLAZAS, 2008)”

²⁶ Sentencia del Consejo de Estado Sección 3ª. Expediente 19730, 5 febrero de 2012.

En realidad, este principio busca de forma directa, la consecución de los fines del Estado, prevaleciendo con ello los intereses generales y colectivos frente a los individuales los cuales por supuesto, no desaparecen, pues también están y deben estar protegidos y garantizados. Por ello, además de ser el derecho del Estado democrático y social de derecho, el derecho administrativo es el regulador de las relaciones entre las personas estatales y los administrados, en los cuales debe prevalecer un equilibrio entre los intereses públicos, colectivos o generales que debe proteger y garantizar, y los

derechos e intereses individuales y privados que también debe garantizar.

(SANTOFIMIO GAMBOA, COMPENDIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 2017)

Para Ronald Dworkin los principios son como un “estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad” y la diferencia entre los principios y las normas jurídicas se centra en el hecho de que estas últimas “son aplicables a la manera de disyuntivas”, esto es, su observancia depende únicamente de si se ha presentado el estado de cosas señalado en la regla, de manera que “la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”; mientras que en el caso de los principios la cuestión es tal que “los funcionarios deben tenerlos en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido”.

El principio de planeación empieza a tener una valoración decisiva contemplando la necesidad de emitir de parte del legislativo nuevas normas que permitan un mayor control en este sentido, dentro de las reformas de mayor envergadura que se realizaron con este propósito está, el trámite en el congreso de una reforma al artículo 334 Constitucional mediante el cual, se buscaba que la sostenibilidad fiscal se convirtiera en un principio aplicado para todas las decisiones de la administración, generando un cambio

monumental en las decisiones posteriores de todo el aparato estatal y que mediante acto legislativo 03 de 2011 se integró al orden jurídico en los siguientes términos:

“El artículo 334 de la Constitución Política quedará así: La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso, el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales”.

A partir de ese momento, el cambio en el paradigma constitucional, derivó consecuentemente en que la sostenibilidad fiscal como mecanismo para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho, termina siendo un criterio orientador de todas las políticas públicas, impactando así el mundo jurídico y la necesidad de crear nuevas

entidades y normas con el claro objetivo de estructurar en esa dirección las políticas de estado.

Hay que destacar, la aparición de varias normas relativas al riesgo previsible en el año 2011. Aunque puede parecer una casualidad, no deja de tener un componente que permite pensar que en este año el gobierno contó con una estrategia claramente definida y dirigida a dejar sentadas las bases normativas, para zanjar definitivamente los vacíos que dejaban las normas hasta ese momento, estructurando así un marco normativa y un sustento jurídico, que le permitiera llevar a cabo un cambio a las decisiones del honorable Consejo de Estado; cuando en las controversias contractuales, se justificará por parte de los contratistas, el desequilibrio económico surgido como consecuencia de la aparición de riesgos en el desarrollo del contrato.

Como se puede ver, en nuestro país se ha evidenciado una evolución normativa buscando cerrar el paso a reclamaciones de los contratistas, que puedan afectar las prestaciones en los Contratos Estatales, así como también evitar la generación de sobre costos para la Administración, mediante la aplicación de normas en las que se debe contemplar el riesgo previsible desde su misma génesis, a partir de la elaboración de los estudios y documentos previos y a todo lo largo del desarrollo del contrato.

Termina siendo una herramienta importantísima, tanto para proponentes como para las entidades públicas, en la permanente dinámica de mejoramiento continuo, que evita interpretaciones erróneas y sienta además las bases para el fortalecimiento, la sistematización del proceso contractual, mitigando los riesgos y generando seguridad jurídica para los contratistas del estado.

Se advierte de parte del legislador un enorme peso jurídico el que se le da al principio de planeación al punto que, si en algún momento se advierte su inaplicación, ello conlleva consecuencias que derivan tanto para la Entidad como para el contratista

responsabilidades de índole penal: disciplinaria, fiscal, contractual en cabeza tanto de funcionarios y particulares que participan en el mencionado proceso contractual²⁷.

Así surge no solo la necesidad, sino la obligación de dar aplicación tanto de parte de las entidades estatales, como de los particulares, en función de esa colaboración armónica entra las partes contractuales en desarrollo del proceso contractual, que ambas de forma solidaria y con el objetivo común, realicen una planeación asertiva y pormenorizada con todas las especificidades que den lugar desde la etapa precontractual atendiendo de forma específica los posibles riesgos que se puedan presentar en la ejecución del contrato.

4.1 LA PLANEACION BIFRONTE²⁸

En primer lugar, la acepción de la palabra bifronte se refiere de forma específica como adjetivo a aquello que tiene dos frentes o dos caras; ejemplo "monstruo bifronte" y que para el caso que nos ocupa está relacionada de forma directa, con el hecho razón o circunstancia que el contrato estatal es necesario verlo, analizarlo y concebirlo como el resultado de una construcción en la cual las dos caras se refieren a el contratista y la Entidad estatal que va a contratar.

Y es que se hace necesario, visualizar todos los escenarios y en especial aquel que contempla la posibilidad si se quiere dramática, según la cual en el desarrollo contractual se sucedan situaciones que afecten de forma negativa el cumplimiento, tanto del objeto contractual, como de todas y cada una de las obligaciones que se contemplaron en el clausulado entre las partes.

La gran razón, es que ello tiene implicaciones dentro de responsabilidad patrimonial del Estado, institución prevista dentro de los valores que este representa en el actual

²⁷ 27 Ley 80 de 1993. Artículos 51-59.

²⁸ Capitulo producto de la sugerencia realizada por el jurado Dr. Quiroga Natale Edgar Andrés, para complementar robustecer y fortalecer la investigación.

modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, y de la esencia que persigue la sociedad moderna donde dicha herramienta no puede quedar reducida a su vocación económica, sino que debe adaptarse a realidades dinámicas y complejas.

En ese sentido, el tratamiento del primer e incuestionable elemento de la responsabilidad como es el daño; contempla retos cruciales al momento de su definición, delimitación y comprensión, puesto que la aplicación del principio de precaución íntimamente legado a la planeación que está sujeta a la construcción participativa de las partes y su influencia en la determinación de los eventos en los que se produce un daño en escenarios de incertidumbre, invita a considerar esas amenazas como un estadio que sin lugar a dudas, debe ser minuciosamente previsto dentro de los riesgos previsibles,

siendo ese estadio en el cual se tipifican, estiman y su distribución entre las partes, dejan un panorama perfectamente claro en caso de ser necesario acudir a instancias judiciales.

Sobre el particular, la sentencia del Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A; consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico del ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019) con radicación número: 25000-23-36-000-2013-02029-01(59309) nos ofrece la oportunidad de revisar el desarrollo jurisprudencial de este interesante concepto, que complementa la aplicación del principio de planeación de forma sistemática, en relación con la obligación si se quiere de carácter complementario y armónico que deben tener la partes contractuales, desde la etapa de la planeación para el buen desarrollo del objeto contractual.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa que, en materia contractual, las entidades públicas están en la obligación de cumplir estrictamente con el principio de planeación, en virtud del cual la elaboración de los estudios previos con rigurosidad y ajustados a la indispensable actualización de los datos contemplados en ellos, así como los estudios del sector suficientemente serios y completos enunciando entre otros los siguientes aspectos relevantes a tener en cuenta:

“(...) antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar (M.P FAJARDO GOMEZ, Mauricio., 2007)”

Tal como lo señala la jurisprudencia anterior, el Decreto Ley 222 de 1983 impuso a las entidades públicas el deber de acatar el principio de planeación en concreto para los contratos de obra pública:

“concretamente, en los contratos de obra pública, al ordenar la elaboración previa de los planos, proyectos, presupuestos y demás aspectos necesarios para la identificación del contrato a celebrar”

Mientras tanto la Ley 80 de 1993 en su artículo 25 numeral 14 dejó una posibilidad de realizar ajustes y revisión de los precios pactados que se originen como consecuencia de cambios en las condiciones inicialmente pactadas:

“14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ella celebrados”.

Con esta norma, el manejo presupuestal se flexibilizó, haciéndose también más exigente en cuanto al reconocimiento de posibles imprevistos o cambios en las condiciones del contrato.

La Ley 1150 de 2007 “Artículo 4o. acerca de la Distribución de Riesgos en los Contratos Estatales, hace referencia que los pliegos de condiciones o sus equivalentes, deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación, fortaleciendo una vez más la aplicación del principio de planeación en los contratos estatales adicionalmente derogando la expresión “además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado” del inciso segundo del artículo 3º, referido a los fines de la contratación estatal.

Tal como se señala en la sentencia Constitucional C-300 de 2012, en los contratos de concesión, considerados como relacionales por ser de largo plazo en los que hay una construcción de confianza mutua, así como la en la que se unen esfuerzos, que dan la certeza de lealtad de las partes, para el logro del cumplimiento de lo pactado y por lo tanto, se debe mantener una interacción continua, en donde las modificaciones deben

considerarse como la excepción y deben estar justificadas en razones debidamente probadas y fundamentadas, sin mutar en objetos nuevos, aprovechando que una relación contractual está vigente para comportarse de forma oportunista con el Estado alegar desequilibrio económico ya que la sala reitera que únicamente aplica cuando aparecen circunstancias no previsibles, extraordinarias y no imputables al contratista como lo exige el artículo 27 de la Ley 80 de 1993:

“(...) Además, debe tenerse en cuenta que los contratos de concesión tienen características de contratos relacionales. Estos contratos se caracterizan por ser a largo plazo y por ello la relación entre las partes se fundamenta en la confianza mutua que se desprende (i) de la interacción continuada entre ellas, y (ii) de que su interés por cumplir lo pactado no se fundamenta exclusivamente en la verificación de un tercero sino en el valor mismo de la relación. Esto hace que el gobierno de la transacción sea diferente, pues los procesos de ajuste a circunstancias imprevistas no se limitan a una simple renegociación de los términos contractuales, sino que comprenden una redefinición de las estructuras administrativas de gobernación dispuestas para evitar conflictos en la relación a largo plazo. Sin embargo, como se señaló en apartes previos y se deriva de la naturaleza vinculante del contrato y del principio de planeación, la modificación debe ser excepcional y debe (a) justificarse en razones autorizadas por la ley y debidamente probadas y fundamentadas, y (b) no corresponder a objetos nuevos; lo contrario crearía incentivos para que las partes se aprovechen de la alta especificidad de las inversiones que la infraestructura demanda y de que la relación contractual ya se encuentra formada, para comportarse de manera oportunista, es decir, mediante conductas dirigidas a ignorar los principios de la contratación estatal –como la libre competencia y la selección objetiva- y, por esta vía, de la función administrativa constitucionalmente consagrados. Por ejemplo, los contratistas, basados en la expectativa de futuras modificaciones dirigidas al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, pueden estructurar ofertas con precios artificialmente bajos solamente con el propósito de lograr la suscripción del acuerdo y una vez obtenida la posición de contraparte del Estado, presionar la renegociación del negocio para obtener nuevas

ventajas. En relación con la restauración del equilibrio económico del contrato, la Sala nuevamente resalta que la modificación debe obedecer solamente a circunstancias no previsibles, extraordinarias y no imputables al contratista. Así lo exige el artículo 27 de la ley 80, según el cual el restablecimiento del equilibrio solamente es posible cuando la ruptura proviene de causas no imputables a quien resulta afectado (SENTENCIA C-300, 2012).”

“(…) La sala luego de revisar el marco normativo llega a la conclusión que el ejercicio de planeación en la contratación estatal es bifronte dado que contiene elementos que necesariamente involucran dos partes y los aspectos que compete definir a cada una de las partes tanto al contratista como la entidad estatal:

Se puede afirmar que el principio de planeación en la contratación pública es bifronte, es decir, se traduce en una carga tanto para la entidad estatal como para el contratista, respecto de aquellos aspectos que compete definir a cada parte.

La exigencia de obrar de acuerdo con el principio de planeación se predica en la formación del contrato y, de la misma forma, en la negociación de sus modificaciones y adiciones.

Dentro del marco de la colaboración que compete al contratista²⁹, se encuentra igualmente sometido a respetar el principio de planeación, es decir, el contratista tiene la carga de analizar la suficiencia y consistencia de los estudios previos y de los precios presupuestados, en orden a definir su participación en la licitación y el contenido de su oferta; se entiende que es una carga, en el sentido de que el contratista no podrá desconocer los términos y condiciones que aceptó y mucho menos aquellos que negoció con la entidad pública³⁰.”

En aquellos casos excepcionales, considerados como la excepción y no la regla como señala la sentencia precedente, en los cuales el contratista propone adiciones y modificaciones del contrato, quien cuenta con la experticia y el conocimiento de la obra o el contrato en curso, el contratista a su vez tiene la obligación y la carga de planear adecuadamente teniendo en cuenta estas situaciones con antelación a la firma del contrato considerando además los plazos y valores a modificar previamente.

En ocasiones el producto de una inadecuada planeación, puede generar o no un incumplimiento, por ejemplo en relación con los recursos para atender los pagos de

²⁹ Artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

³⁰ El deber de colaboración por parte del contratista se profundiza en la ejecución del contrato, como lo ha observado esta Subsección, así:

“Es con fundamento en su calidad de experto en el desarrollo de la tarea que se le asigna, que es considerado un verdadero colaborador de la Administración en el cumplimiento de sus fines estatales y no un simple ejecutor material. Lo dicho se traduce en que, una vez celebrado el contrato, el contratista se convierte en una pieza clave y en un aliado fundamental de la entidad para llevar a buen término el proyecto y en razón de ello se espera del particular una actitud proactiva, diligente y eficiente que refleje las aptitudes y habilidades que lo llevaron a ocupar uno de los extremos del contrato. Bajo esa comprensión su labor no puede restringirse o limitarse a la ejecución de la obra de forma pasiva e inmutable, sin observar en medio de su desarrollo la experiencia y el conocimiento técnico que se le exigen. Menos aún, resulta admisible que se aparte de forma injustificada e irreflexiva de los lineamientos trazados en el pliego de condiciones de los cuales fue pleno conocedor en la etapa precontractual, al punto que le sirvieron de cimiento para estructurar la oferta por el presentada”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 8 de noviembre de 2016, radicación: 25000-23-26-000-2012-0063601(51192), actor: Prouurbanos Cima y Cía S En C, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano, referencia:

apelación sentencia - acción de controversias contractuales.

manera oportuna; por ello esta sala considera que las causas de que se presente un desequilibrio económico, no siempre obedecen a falta de planeación, puesto que puede que las partes estén cumpliendo con sus obligaciones; esto nos lleva a concluir que el desequilibrio económico, es considerado cuando existe una causa de hechos imprevistos o previsibles, pero que no se encontraban dentro de los planeados, y que son tan grandes que generan en alguna de las partes, la ruptura del equilibrio dentro de la ecuación económica en el momento en que se firmó el contrato (SENTENCIA, 2017).

Siendo el contrato un acuerdo de voluntades regulador de relaciones jurídicas patrimoniales, teniendo como finalidad la satisfacción de intereses particulares y en el caso de la contratación estatal para cumplir con los fines esenciales del Estado; cada parte espera de la otra la diligencia, esmero y conocimiento en procura de superar cualquier escollo que se presente, pretendiendo siempre la satisfacción del otro, es por ello que el éxito o fracaso del contrato, dependen en gran medida de la estructura y los

análisis correctos, ya que la esencia misma y su finalidad es el éxito y alcanzar los objetivos de las partes:

En verdad, todos los términos del contrato tratan con el riesgo. Los contratos se realizan para alcanzar los objetivos comerciales y del proyecto, y el éxito en alcanzar estos objetivos depende de cuestiones como el precio, el alcance, los compromisos de desempeño, los criterios de aceptación y la gestión del cambio. Por el lado de la venta, la rentabilidad futura depende de estos problemas. El riesgo de no recibir el pago en su totalidad o a tiempo, el riesgo de flujo de efectivo y el riesgo de disminución del margen dependen de los contratos. Por el lado de la compra, los contratos son la base para lograr los beneficios esperados. La estructura y los términos correctos del contrato pueden marcar la diferencia entre el éxito y el fracaso, las pérdidas y ganancias, la mejora de los márgenes y la erosión de los márgenes, incluso la satisfacción y la decepción del cliente / proveedor, lo que posiblemente lleve a reclamos y disputas.” (GEORGE, 2013)

Es claro para este tribunal, que al contratista se le impone la fuerza vinculante de sus negociaciones, especialmente las que quedan como evidencia de planeación de plazos y montos requeridos para la terminación de la obra, y por lo tanto no podrá alegar de manera posterior, el supuesto hecho imprevisto que debe contar con el ingrediente de no haberse tenido en cuenta, o si se contempló, que hubieran surgido unos factores que hicieran irresistible su manejo.

Además, la carga de la prueba en el desequilibrio económico, le corresponde a quien la alega, y se enfatiza que no basta demostrar el incremento o la sobre ejecución realizada, sino igualmente la cuantificación del impacto sobre la ecuación económica de quien invoca el desequilibrio.

5. CONCLUSIONES

El riesgo previsible en los contratos estatales, reviste una importancia significativa, puesto que es uno de los elementos de mayor análisis dentro de la teoría general del contrato estatal; en primer lugar por parte de los extremos contractuales, para conocer de forma clara las fronteras de sus obligaciones, cuando en el desarrollo del objeto

contractual, se presenten eventos que afecten de forma negativa su cumplimiento, de otro lado es una pieza fundamental de análisis por parte de los jueces para fallar, en caso que las diferencias de las partes, terminen en un litigio por diferencias, tanto en las responsabilidades de cada uno, como por la búsqueda de reparaciones económicas por la ruptura de la ecuación contractual.

La evolución del riesgo previsible, como institución fundamental de los contratos estatales, ha venido siendo dinamizada por la normativa, la doctrina y la jurisprudencia nacional, principalmente a partir del Estatuto de la Contratación Pública, con la clara exigencia de contar con la tipificación, estimación y distribución de los riesgos en el contrato estatal.

Esto significa, de un lado precisar todos y cada uno de los potenciales riesgos relativos a cada contrato de forma específica, identificando sus características sin lugar a equívocos o ambigüedades; apreciar valorar y evaluar, estimando sus posibles consecuencias, y finalmente puntualizando, la forma en que van a quedar distribuidos entre el contratista y el contratante estos efectos nocivos, determinando además, en cabeza de quien se subsume cada riesgo.

A su vez, la determinación de los riesgos preVISIBLES, que queda plasmada en la matriz de riesgos, tiene el propósito de contar con reglas claras para las partes, en busca de una colaboración armónica entre la administración y los contratistas, actuando como una junta para el cumplimiento de ese objetivo comunitario, ya que con este logro, se satisfacen como consecuencia directa de la adecuada ejecución del objeto contractual, el beneficio económico para el contratista y la satisfacción del bien común para la Administración.

Se tiene en consideración que, el contrato es un acuerdo de voluntades, que a su vez regula relaciones jurídicas patrimoniales, con lo cual cada parte espera conocimiento, esmero y diligencia de su contraparte en la búsqueda del objetivo final que es la adecuada realización del objeto del contrato.

Siendo la Contratación Estatal, una de las actividades de mayor envergadura económica y financiera en el país, desarrollada dentro de un mercado imperfecto, con

bastante desconocimiento de varios de sus operadores, la gran cantidad de demandas que se dan en este campo, por parte de los contratistas, orientadas al reconocimiento de mayores valores de los inicialmente pactados, argumentadas principalmente en un desequilibrio económico en sus finanzas, hizo necesaria una revisión en los albores del siglo 20 en nuestro país, primeramente de parte del legislativo a las normas que regulaban esta área del derecho de la contratación pública, y teniendo en cuenta las recomendaciones dadas por organismos que consideraban necesaria la que en su momento denominaron “Reforma Transversal a la Contratación Pública”, realizar una verdadera actualización normativa, referida principalmente a las diferentes modalidades de selección, la aplicación rigurosa de los principios de publicidad, sección objetiva, planeación y régimen de garantías entre otros.

Esta situación permitió que gracias a recomendaciones de organismos internacionales, la creación de normas, que tuvieran un verdadero impacto en la reducción de los pagos de parte del Estado, por sentencias en las cuales se le daba la razón a los demandantes, porque las herramientas con que se contaba en la jurisdicción contenciosa hasta antes de 2011 o eran demasiado generales, o no ofrecían las herramientas necesarias para fallar de otra manera y los jueces terminaban fallando a favor de los demandantes.

Este aspecto hizo necesario que las normas evolucionaran dando respuesta a estas nuevas dinámicas, con lo cual se expidieron normas como la Ley 1150 de 2007, el Conpes 3714, el Decreto 1082 de 2015 los cuales han sido fundamentales en la necesidad de contar desde la etapa de planeación, con los riesgos que se pueden prever para la ejecución de cada objeto contractual y la exigencia de estructurar de manera conjunta con la Entidad desde antes de iniciar el contrato y quedando la notificación en la audiencia de riesgos de cuáles serán los tenidos en cuenta en caso de que se presenten y demás requiriendo de motivaciones y argumentos mucho más sólidos de parte de los contratistas para obtener de parte de los jueces una decisión favorable.

Parte fundamental del éxito o fracaso de los contratos estatales es el principio de planeación, el cual permite que otros principios como los de transparencia, selección objetiva, economía, eficiencia, responsabilidad y función administrativa se cumplan,

permitiendo de esta forma orientar adecuadamente los procesos, no solo a la oferta más favorable, sino que además permite conocer de manera previa, posibles dificultades que se puedan presentar en el desarrollo contractual, lo anterior gracias a la tipificación distribución y asignación de los riesgos en el contrato.

Los riesgos toman fuerza a partir de la ley 80 de 1993 norma en la cual se hicieron unas exigencias que, aunque insuficientes, sirvieron de piedra angular para el futuro desarrollo de nuevos requerimientos en la normativa nacional, que se adaptara a las nuevas condiciones, y a los retos de modalidades contractuales novedosas. La evolución normativa continuo con la ley 1150 de 2007, luego con el CONPES 3714 en el año 2011 y a partir de allí, se fue presentando un cambio de 180 grados en el paradigma de los riesgos previsibles en los contratos estatales hasta llegar al decreto 1082 de 2015 y todos los manuales emitidos por Colombia Compra Eficiente.

Al respecto se debe señalar que, las competencias de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, para el diseño la implementación y aplicación de las guías y manuales, no tienen un carácter vinculante tal como lo contempla la Sentencia 52.55 del 11 de abril de 2013 Consejera Ponente Dra. Adriana Marín, declarando parcialmente nulo el artículo 159 del decreto 1510 de 2013 a efectos de las guías para la identificación y cobertura del riesgo, pliegos tipo y minutas contractuales.

Se observa el desarrollo de una estrategia legislativa gubernamental de manera especial a partir del año 2011, ligada con la creación de entidades que se orienten en la defensa jurídica del estado, para dar respuestas a la gran cantidad de demandas administrativas perdidas por el Estado, las cuales estaban afectando las finanzas oficiales, siendo una de las causas la usencia de un adecuado plan de acción y para ello se crea la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como Unidad Administrativa Especial, que como entidad descentralizada del orden nacional busca formular, evaluar y difundir las políticas de prevención de las conductas antijurídicas, del daño antijurídico y la dirección, coordinación y ejecución de las acciones que aseguren una adecuada defensa de los intereses litigiosos de la Nación.

Considerando que el juez administrativo requiere una adecuación de la norma para el caso concreto, siendo ello el resultado de un análisis argumentativo que le permita llegar a la máxima convicción, lo anterior aunado a los cambios en la normativa presentada a partir del CONPES 3714 en 2011, tiene como consecuencia lógica un cambio en el paradigma, y como resultado de ello en las sentencias falladas por el Consejo de Estado por el medio de control Controversias Contractuales, siendo necesario que los riesgos previsibles, cuenten con el respectivo análisis conjunto entre las partes, desde la planeación de los contratos y de manera sistemática a todo lo largo de la ejecución de los mismos, dado que entre contratista y estado, se debe una colaboración armónica para el éxito del contrato.

Han sido muchas las sentencias del Consejo de Estado en donde el enfoque utilizado por este tribunal, ha estado determinado en la falta de planeación por parte de las entidades estatales, razón de gran calado puesto que es en mi concepto la más importante de las etapas para el éxito y buen desarrollo del contrato, haciendo énfasis en una matriz de riesgos que tenga en cuenta el proceso, objetivo, causas, factores, riesgos con su descripción, efectos y consecuencias, así como en cabeza de quien quedaran las responsabilidades, ello tiene como consecuencia directa la consecución de los fines del poder público, tal como lo asegura el Consejo de Estado.

La hipótesis que surge es que, a partir de una adecuada planeación en la que se discriminen y distribuyan apropiadamente los imprevistos y riesgos de una actividad determinada, el surgimiento de los mismos ya estará determinada previamente, lo que permitirá en una posible disputa ulterior, saber de forma anticipada el manejo que se dará al mismo y la parte contractual que asumirá su eventualidad.

Lo anterior está en sincronía, con la necesidad de que el Estado colombiano no se siga desangrando fiscalmente, producto de las demandas perdidas en la jurisdicción contenciosa por razones del desequilibrio económico argumentado por los contratistas y que las ramas del poder público se adapten dando alcance al nuevo esquema de la sostenibilidad fiscal en sus decisiones, aplicando todos los principios que la rigen la contratación pública, de manera preponderante en la búsqueda de la efectiva satisfacción

del interés general, que es lo que persigue la prestación de los servicios públicos mediante la actividad contractual del Estado en la optimización de sus recursos.

Teniendo como faro lo anterior, es importante darle una mayor significación a la etapa de la planeación tal como lo ha hecho la sala del Consejo de Estado, y con ello el ordenamiento jurídico busca, que en el contrato estatal se evite la improvisación, logrando así minimizar eventos imprevistos que afecten el buen desarrollo del contrato.

Este marco jurídico nos deja el razonamiento lógico que cuando en un contrato estatal no se contemplan los riesgos previsibles, se está dejando de lado un instrumento muy importante que puede significar al final, evitar un riesgo en el patrimonio no solo para el Estado, sino para todos y cada uno de los funcionarios que actúen en su función administrativa en el desarrollo del mismo.

Surge pues la obligación de parte de las entidades públicas y de los contratistas, de incluir: la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles asociados a las particularidades de cada contrato. Lo anterior permite considerar que el documento CONPES 3714 se convierta en una herramienta que confiere reglas claras para las partes, frente a las posibles alteraciones financieras y económicas de los contratos, generando seguridad jurídica y concediendo una importancia enorme a la etapa precontractual que antes no poseía.

La etapa de monitoreo y seguimiento del contrato, cuenta con esta herramienta vital que, además facilita el control a lo largo del contrato estatal, así mismo otorga reglas claras a las partes con antelación a su misma firma, quedando así establecidas el detalle del evento, las responsabilidades y cargas económicas que, en caso de presentarse los riesgos se determina la parte contractual que las asume, contemplando el concepto de equilibrio contractual como un concepto dinámico que considera no solo el precio sino además las obligaciones contractuales de las partes.

En la realidad, las entidades públicas hacen que este mecanismo pierda su efectividad por tres aspectos que en mi consideración son determinantes a saber:

1. No se cuenta con profesionales que tengan, el conocimiento y la formación adecuados, para hacer el seguimiento o supervisión a cada tipo de contrato, valga decir que por ejemplo en ocasiones haya psicólogos supervisando contratos de obra, lo cual no quiere decir que no estén en condiciones de hacerlo, sino que lo ideal es que haya un equipo multidisciplinario para efectos de una mejor planeación acompañada desde la óptica de la Entidad pública que cuente con mejores condiciones en la elaboración de la matriz de riesgos y en su seguimiento.
2. En muchos contratos se observan matrices copiadas de otros procesos, lo cual no ofrece rigurosidad en la elaboración de una matriz de riesgos para cada contrato de forma diferenciada, puesto que cada contrato es muy diferente de los demás, así cuente con algunas similitudes.
3. Desde la óptica de la Entidad no se le ha dado la suficiente importancia a la matriz de riesgos, teniendo en cuenta que es una herramienta decisiva a la hora de llevar hasta la convicción de un juez administrativo para determinar los responsables en caso de presentarse los eventos que quedaron detallados y determinados en la matriz de riesgos, así como la parte contractual que los asume y en qué grado.

Aunque el concepto del riesgo previsible en los contratos del Estado es relativamente nuevo, y la búsqueda por minimizar sus efectos nocivos en la ejecución contractual, quedo plasmada en la obligatoriedad de tramitar de forma conjunta con la Entidad la matriz de riesgos, en la cual queda detallada en caso de que se presentes estos eventos, no solo las situaciones que afectan negativamente el desarrollo del contrato, sino además la tipificación, estimación y distribución de los riesgos previsible anticipando de esta forma, desde la misma fase de planeación del contrato las responsabilidades de forma particular y diferenciada.

Se aprecia como, con la asignación de riesgos, el paradigma de los jueces administrativos cambio sustancialmente, evaluando de forma bastante rigurosa, la etapa

de planeación, en donde las partes deben aunar esfuerzos con la administración, para el cumplimiento del objeto contractual “común”.

Con la aplicación del CONPES 3714 de 2011 y el posterior decreto 1082 de 2015, queda pues evidenciada la necesidad por parte de las entidades estatales, de hacer un adecuado ejercicio de planeación de los riesgos previsibles en los contratos, que a su vez esta acción debe estar compartida, valorada y complementada con los contratistas en virtud de su experticia, conocimiento y en aplicación del principio de colaboración armónica con el estado para el cumplimiento de los fines estatales.

Tanto los riesgos contractuales directos e indirectos exigen su conocimiento y la manera de gestionarlos de manera adecuada, en punto a buscar el mantenimiento de la ecuación contractual con la suficiencia de responder a los diversos escenarios de desequilibrio en un marco de rigurosidad, legalidad y respeto de los derechos de los contratistas.

La teoría del riesgo requiere una elaboración normativa mucho mas fehaciente dado que la jurisprudencia actual, aunque ofrece mecanismos de solución a las controversias contractuales, en ocasiones es insuficiente.

De otro lado, es necesario el trabajo interdisciplinario desde las entidades estatales, para el adecuado seguimiento, de las obligaciones y responsabilidades, debido a la gran variedad de contratos que firma la Administración en sus diferentes entidades.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo Oñate, R. J. (2011). *La Ley 1150 de 2007: ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la Contratación Estatal?* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

ARBOLEDA PERDOMO, Enrique., 25001-23-26-000-1997-04638-01 (20683) (CONSEJO DE ESTADO SECCION TERCERA 07 de 03 de 2011).

ARIAS & SANDOVAL, L. (2002). *La Nación demandada: un estudio sobre el pago de sentencias, conciliaciones y laudos arbitrales*. Bogotá D.C.: Revista de la Contraloría General de la Nación, 291.

- BAHAMON JARA, M. L. (2018). *ELEMENTOS Y PRESUPUESTOS DE LA CONTRATACION ESTATAL*. BOGOTA D.C.: UNIVERSIDAD CATOLICA DE COLOMBIA.
- BARRETO, A. (2019). *EL DERECHO DE LA COMPRA PÚBLICA* (Primera ed.). Bogotá D.C.: Legis Universidad de la Sabana.
- BARROS, M. (2010). *Los riesgos, su identificación, asignación y amortización en los contratos del Estado*. *Revista de ingeniería*, 95-107. BOGOTÁ D.C.: Revista de ingeniería.
- BECERRA SALAZAR, A. (2008). *Becerra Salazar, A. L. (2008). Los Riesgos en la contratación estatal*. Bogotá: Leyer.
- BECERRA SALAZAR, A. (2008). *Los Riesgos en la contratación estatal*. Bogotá: Leyer.
- BECERRA, S. (2008). *Los Riesgos en la contratación estatal*. BOGOTÁ D.C.: LEYER.
- BELTRAN GARCIA, P. S. (2015). *ALGUNOS TEMAS SOBRE CONRATATACION ESTATAL*. BOGOTÁ D.C.: UNIVERSIDAD JAVERIANA.
- Benavides, J. L. (2004). *E Contrato Estatal entre desrecho publico y Derecho Privado* (Segunda ed.). Bogotá: Universidad Externado.
- BENAVIDES, J. L., & SANTOFIMIO, J. O. (2009). *CONTRATACION ESTATAL. ESTUDIOS SOBRE LA REFORMA DEL ESTATUTO CONTRACTUAL LEY 1150 DE 2007*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Bonnecase, J. (1997). *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Biblioteca de clásicos del Derecho. Editorial Harla.
- CODIGO DE COMERCIO. (1971). DECRETO 410. *Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio*. Bogotá.
- CONPES 3714. (2011). BOGOTA.
- Consejo de Estado Secc 3 Subsecc C, 25000-23-26-000-1997-04638-01 (20683) (Olga Melida Valle de la Hoz 7 de Marzo de 2011).
- Consejo de Estado Seccion tercera subseccion C25000-23-26-000-1997-0463801(20683) (7 de Marzo de 2011).
- CONSORCIO FRANCISCO EDGAR LIZCANO PAEZ Vs IDRD, 25000-23-26-000-199803066-20912 (CONSEJO DE ESTADO SECCION TERCERA SUBSECCION B 27 de MARZO de 2014).
- CONSORCIO FRANCISCO EDGAR LIZCANO PAEZ Vs IDRD, 25000-23-26-000-199803066-01(20912) (Consejo de Estado Seccion Tercera Subseccion B 27 de Marzo de 2014).

Controversias Contractuales, 680012333000201300118 01 - 52666 (CONSEJO DE ESTADO MP SANTOFIMIO, Orlando 29 de Enero de 2018).

CONVENIO 1464. (2017). Bogotá, Colombia.

DECRETO 092. (2017). Bogotá, Colombia.

DECRETO 1082. (2015). Bogotá, Colombia.

DECRETO 1510. (2013). Bogotá, Colombia.

DECRETO LEY. (3 de Noviembre de 2011). *Departamento Administrativo de la Función Pública*.

ELLSBERG, D. (2001). RISK AMBIGUITY AND DECISION. 85. (H. UNIVERSITY, Ed.) New York and London, United Kingdom.: Garland Publishing Inc.

EXPOSITO VELEZ, J. C. (2017). Forma y contenido del contrato estatal. 65-111.

GEORGE, S. &. (2013). *Guide to contract risk. Burlington, England: University of Michigan*. MICHIGAN: University of Michigan.

GIDO, J. C. (1999). ADMINISTRACION EXITOSA DE PROYECTOS. 186.

GOMEZ LEE, I. D., & VELANDIA CASTRO, D. (2015). *CONTRATACION SEGURA - Estudio Normativo y Compilatorio*- (Tercera ed.). Bogotá D.C.: Instituto de Seguridad Jurídica y Probidad.

GOMEZ LEE, Ivan Dario & VELANDIA CASTRO, Diana. (2015). *CONTRATACION SEGURA* (Tercera ed.). Bogotá: Instituto de Seguridad Jurídica y Probidad.

GÓMEZ, L. (2012). *El Derecho de la Contratación Pública en Colombia*. BOGOTÁ D.C.: LEGIS.

GÓMEZ, L. (2012). *El Derecho de la Contratación Pública en Colombia*. BOGOTÁ D.C.: LEGIS. BOGOTÁ D.C.: LEGIS.

GUECHA TORRES, J. T. (2017). LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL: UNA MIRADA DESDE LA COMPARACIÓN ENTRE EL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO Y LA IGUALDAD DE LAS PARTES EN EL CONTRATO. *TESIS*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

HERNÁNDEZ BURBANO, M. J. (2013). DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO COLOMBIANO EN LA ACTIVIDAD LITIGIOSA. 32-38. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

HERNÁNDEZ, S. J. (2011). INTRODUCCIÓN A LA ADMINISTRACIÓN. (S. MCGRAWHILL/INTERAMERICANA EDITORES, Ed.) 51.

Hinestrosa, F. (2002). *Tratado de las Obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- HINESTROSA, F. (2002). *Tratado de las Obligaciones*. BOGOTÁ D.C.: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.
- Lamprea Rodríguez, P. (2007). *Ontratos Estatales*. Bogotá: Nomos S.A.
- LEY 1150. (2007). Bogotá, Colombia.
- LEY 1444. (2011). Bogotá, Colombia.
- LEY 1882. (2018). *Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en colombia*. Bogotá.
- Ley 80. (1993). Bogotá.
- Ley 80. (1993). Bogotá.
- M.P FAJARDO GOMEZ, Mauricio., 25000-23-26-000-1994-09845-01814854
(CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA 29 de AGOSTO de 2007).
- M.P. RUTH ESTELLA CORREA, 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489) (CONSEJO DE ESTADO Sala 3 Subsección B 1999).
- Marienhoff, M. (1965). *Tratado de Derecho Administrativo* (Vol. Tomo III). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Martínez Cárdenas, E. E. (2006). La corrupción en la contratación estatal colombiana una aproximación desde el neoinstitucionalismo. *Reflexión Política*, 8(15), 148162.
- MATALLANA, E. (2015). Manual de Contratación de la administración pública. 79.
- MELENDEZ, J. (2009). *La Responsabilidad Contractual en el Derecho Público de los Contratos Estatales (Vol. Tomo I)*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. BOGOTÁ D.C.: EDICIONES DOCTRINA Y LEY.
- MELENDEZ, J. I. (2009). LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL DERECHO PUBLICO Y LOS CONTRATOS ESTATALES. *Tomo I*, 556. BOGOTA DC: Ediciones Doctrina y Ley.
- MILKOS, T., & TELLO, M. E. (2007). PLANEACION PROSPECTIVA. 15 y SS. MEXICO D.C., Mexico: LIMUSA CENTRO E ESTUDIOS PROSPECTIVOS.
- MONROY CELI, D. A. (2018). Regulación de riesgos Una doble aproximación a partir del Análisis Económico del Derecho. *Revista Universidad Externado*. Bogotá, Colombia:
Revistas.ueexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/2617/2254.
- MP CORREA PALACIO, R. S. (3 de Diciembre de 2007). Sentencia Radicado No. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715). Bogota: Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

- OUGHTON, D., & DAVIS, M. (2000). *SOUCEBOOK ON CONTRACT LAW*. 304. London: Cavendish Publishing Limited.
- PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2010-2014. (s.f.). *DEPARTAMENTO DE PLANEACION NACIONAL*. Obtenido de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/Resumen%20Ejecutivo%20Ultima%20Version.pdf>
- PLANEACION, D. N. (1 de DICIEMBRE de 2011). CONPES 3714 DE 2011. *DEL RIESGO PREVISIBLE EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA*. BOGOTA DC, COLOMBIA.
- QUIROGA NATALE, E. A. (2020). *CONTRATACION ESTATAL*. BOGOTA D.C.: EDICIONES NUEVA JURIDICA.
- RAMIREZ PLAZAS, J. (2008). *Presupuesto y Contratación Municipal*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Rodriguez, L. (2017). *Derecho Administrativo General y Colombiano (Vol. II)*. Bogotá D.C.: Temis.
- RODRIGUEZ, L. (2017). *Derecho Administrativo General y colombiano (Vol. II)*. Bogotá D.C.: Temis. Bogotá: Temis.
- ROESER, S., & HILLERBRAND, R. (2013). *ESSENTIALS OF RISK THEORY*. 8. Netherlands: Springer.
- ROSERO, B. (2019). *CONTRATACIÓN ESTATAL* (Cuarta ed.). BOGOTÁ D.C.: Ediciones de la U.
- RUIZ MORATO, N. (2006). La teoría de la imprevisión y su desarrollo internacional. *DERECHO Y REALIDAD*, 153-167.
- SAFAR DIAZ, M. S. (2014). *ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS DEL ESTADO EN EL DERECHO COLOMBIANO: HACIA UN MECANISMO EFICIENTE Y TRANSPARENTE*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Sala de Consulta y Servicio Civil, 1865-1887 (CONSEJO DE ESTADO 19 de JUNIO de 2008).
- SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. (2009). *Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública*. BOGOTA D.C.: Universida Externado de Colombia.
- SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. (2017). *COMPENDIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO*. BOGOTA D.C.: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.

SARMIENTO, J. P. (2016). La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación pública. *Revista Derecho del Estado* n.º 37, julio-diciembre, 189-211.

SENTENCIA, C-376 (CORTE CONSTITUCIONAL 2010).

SENTENCIA, C-300 (CORTE CONSTITUCIONAL 2012).

SENTENCIA, T-466 (CORTE CONSTITUCIONAL 2016).

SENTENCIA, 85001-23-31-000-1998-00083-02(33612)A (CONSEJO DE ESTADO 13 de MARZO de 2017).

SENTENCIA C-300 (CORTE CONSTITUCIONAL 2012).

Siedel, H. H. (2013). *A short guide to contract risk*. Burlington: University of Michigan.

Suarez Hernandez, Daniel M.P., Expediente 14943 (CONSEJO DE ESTADO 21 de Junio de 1999).

SUAREZ, G. (2014). *Estudios de Derecho contractual público*. Bogotá: Legis.