

La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles, entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación pública**

Contractual Liability for Foreseeable Risks, between the Autonomy of Private Will and Thoroughness of the Public Procurement Rules

RESUMEN

Los riesgos contractuales previsibles carecen de reglas específicas en el régimen de “derecho común”. Con todo, la autonomía de la voluntad privada usualmente resuelve este vacío por medio de disposiciones contractuales accesorias. Con todo, en el derecho público de la contratación estatal, la rigidez del proceso precontractual impone deberes de tipificación, estimación y asignación de riesgos que no parecerían estar definidos por el régimen jurídico pertinente. En este artículo se argumenta que, debido a la dispersión normativa de la contratación administrativa, el régimen jurídico de los riesgos previsibles se encuentra indeterminado, muy a pesar de la inflexibilidad normativa de la etapa de diseño contractual.

PALABRAS CLAVE

Riesgos contractuales previsibles, autonomía de la voluntad privada, imprevisibilidad, principio de responsabilidad.

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, magíster y doctor en Derecho de la Universidad de los Andes. Profesor e investigador de la Universidad del Norte. Este trabajo es resultado de una investigación financiada por la Universidad del Norte, en el marco del Grupo de Investigación de la Universidad en Derecho. Contacto: jpsarmiento@uninorte.edu.co, juanpablosarmientoerazo@gmail.com

** Recibido el 3 de mayo de 2016, aprobado el 1.º de octubre de 2016.

Para citar el artículo: J. P. SARMIENTO E. La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles, entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación pública. *Derecho del Estado* n.º 37, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2016, pp. 189-211. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n37.06>

ABSTRACT

The expected contractual risks no specific rules in the regime of “common law”. However, the autonomy of private will usually solve this gap through ancillary contractual provisions. However, the rules of government procurement, the rigidity of contractual design process imposes duties on typing, estimation and allocation of risks that do not seem to be defined by the relevant legal regime. In this article I argue that, as a result of regulatory dispersion of administrative contracts, the legal regime of foreseeable risks is unknown, although the rules inflexible contractual design stage.

KEYWORDS

Predictable contractual risks, autonomy of private will, unforeseeable situation, responsibility principle.

SUMARIO

Introducción. I. Los riesgos contractuales previsibles del “derecho común”. II. Aproximación al régimen del riesgo en el derecho público de la contratación estatal. Conclusión. Referencias.

INTRODUCCIÓN

En Colombia y buena parte de las experiencias comparadas de derecho continental se encuentran amplias regulaciones en el “derecho común”, esto es, el Código Civil y el Código de Comercio, descontando por supuesto las normas especiales posteriores a estos regímenes que han complementado o reemplazado a algunas disposiciones de los códigos antes citados. Con todo, el “derecho común” se edifica sobre la autonomía de la voluntad privada, que provoca que el uso de disposiciones legisladas sea marginal, en tanto contiene una buena parte de normas dispositivas y supletivas, y pocas normas impositivas. La consensualidad, los negocios masivos y el comercio electrónico permiten considerar que los particulares, como legisladores de sus propias relaciones jurídicas, diseñan tantas formas contractuales como estimen convenientes.

Por su parte, los regímenes contractuales especiales, usualmente asociados con la intervención del Estado en la economía, la protección de contratantes expuestos a condiciones contractuales dominantes y los contratos administrativos, entre otros, se construyen sobre normas imperativas que establecen el diseño y contenido de los contratos que serán celebrados por los prestadores de servicios públicos, las personas que ocupan una posición dominante contractual y las entidades públicas.

El marco normativo de los contratos administrativos será objeto de estudio del presente documento, particularmente, en la responsabilidad del contratista por la exposición de riesgos contractuales previsibles. Ciertamente, el régimen de la contratación pública presenta una aparente contradicción, que se explica de la siguiente manera: el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 establece que, en lo no dispuesto por esta ley especial, el contrato administrativo se regirá por las disposiciones del Código Civil y el Código de Comercio¹; de este modo, las normas imperativas del régimen de la contratación pública, en caso de vacíos, acuden a las normas dispositivas o supletivas del “derecho común” (Benavides, 2004, p. 199 ss.); esta remisión supuso la incorporación de la autonomía de la voluntad privada al régimen de la contratación pública, de forma tal que las entidades públicas, a pesar de la rigurosidad y extensión de las normas de contratación administrativa, cuentan con libertad para diseñar sus contratos, de acuerdo a la función económica y jurídica que requieran satisfacer. No obstante, por otro lado, la Ley 80 de 1993 y la reforma que introdujo la Ley 1150 de 2007 regularon los mecanismos de selección del contratista, limitaron y le insertaron una rigidez significativa al proceso de diseño del contrato así como a la escogencia del contratista. En aras de garantizar los principios de transparencia, selección objetiva y responsabilidad, se establecieron normas de derecho público que dirigen el quehacer administrativo y regulan la adjudicación del contrato hacia la mejor oferta, dejando en manos de cada entidad pública la determinación de la necesidad que se quiere solventar con el contrato, el cálculo de la mejor relación costo-beneficio de la oferta y la estimación de riesgos previsibles.

Con todo, la estimación de riesgos, aunque obligatoria, carece de un marco normativo determinado que guíe a las entidades públicas, en la medida en que el artículo 4.º de la Ley 1150 de 2007 establece el deber de prever, estimar, asignar y publicar los riesgos previsibles del contrato, en la invitación pública a ofertar², pero no señaló qué tipo de riesgos deben preverse,

1 Dispone el citado artículo 13 de la Ley 80: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

“Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

“Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero podrán someterse a la ley extranjera.

“Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pagos y ajustes”.

2 Establece el artículo citado, en los numerales 6 y 7: “6. El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.

estimarse y asignarse. Por ello, a continuación se evidencia la dispersión de dichas reglas, la indeterminación del riesgo y la incompatibilidad que parecería evidenciarse entre la autonomía de la voluntad privada y las reglas de derecho público en esta materia.

El texto se divide en una breve descripción de los riesgos contractuales en el régimen de “derecho común” (I), y luego una aproximación a las reglas y sus implicaciones en el derecho público de la contratación estatal (II).

I. LOS RIESGOS CONTRACTUALES PREVISIBLES DEL “DERECHO COMÚN”

Como se mencionó previamente, la estimación de riesgos contractuales en el “derecho común” se encuentra dominada por la autonomía de la voluntad privada. Por esta razón, no parecería existir una obligación jurídica explícita que obligue a las partes a enumerar los riesgos y repartirlos –salvo si se tiene en cuenta las “cargas” contractuales, sugeridas por la doctrina, en especial, la carga de sagacidad y diligencia, transparencia y legalidad– (Dávila, 2003, p. 92). No obstante, la tipificación, estimación y asignación del riesgo varía según la naturaleza jurídica del contrato, en la medida en que las consecuencias de los riesgos de los contratos aleatorios difieren sustantivamente de las propias de los contratos conmutativos.

Los contratos aleatorios pueden encontrar rasgos particulares que los lleven a diferir de los contratos conmutativos, pues la existencia de los riesgos contractuales, en realidad, es común para ambos casos; esto quiere decir que los riesgos son “omnipresentes” respecto de todo contrato. Empero, el contrato aleatorio supone un alea jurídico, esto es, una *causa objetiva*, abstracta y general del contrato, que no constituye las obligaciones del contrato, pero que permite encontrar la voluntad reglada de insertar en este el alea económico o una *causa subjetiva*. Esta consiste en la intención de las partes de correr un riesgo, o en otras palabras, la *intención especulativa* que las partes introducen dentro de la causa inicial del contrato que no modifica los elementos constitutivos de las obligaciones que engendra el mismo, pero que varía la equivalencia económica del contrato bajo una aceptación explícita de que el resultado del contrato puede ser desequilibrado (Pez, 2013, p. 515). En otras palabras, la ejecución del contrato puede surgir del desequilibrio inicial al equilibrio final –alea jurídico–, o del equilibrio inicial al desequilibrio final –alea económico– (ibíd., p. 523).

“7. El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular”.

Por otra parte, se encuentran los riesgos derivados de la *imprevisión* que afectan a cualquier forma contractual, sea aleatoria o conmutativa. El Código de Comercio colombiano trae algunas consideraciones sobre la *imprevisión* en el artículo 868^[3], que no vale la pena incorporar a este documento, pero que pueden resumirse como hechos inciertos e imprevisibles, externos a las partes del contrato y que alteran el equilibrio económico del acuerdo de voluntades. Por supuesto, la *imprevisión* puede suponer aleas económicos, que a diferencia de los expuestos con anterioridad, no se encuentran explícitamente aceptados por las partes –carecen de *causa objetiva*–.

De igual manera, se encuentran los riesgos por incumplimiento del contrato, que se materializan con el cumplimiento tardío del contrato, su cumplimiento defectuoso o el incumplimiento total de las obligaciones derivadas de este. En el régimen jurídico de la contratación pública colombiana, este riesgo es cubierto con la Garantía Única de Cumplimiento (GUC) que consiste en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en otros mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por los decretos reglamentarios, y cuya principal función es amparar la inejecución de las obligaciones del contrato por parte del contratista.

Estas garantías son unilaterales, es decir, sólo benefician a la Administración Pública, y amparan: (i) el cumplimiento de las obligaciones del contrato; (ii) la responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas, y (iii) los demás riesgos a los que se encuentre expuesta la Administración. Sin embargo, estas garantías no amparan el rompimiento del equilibrio económico del contrato provocado por riesgos contractuales previsibles, y tampoco amparan los daños provocados por la inejecución del contrato por parte de la entidad pública contratante.

Es así como el manejo y la administración del riesgo previsible queda al margen de lo establecido para los riesgos por inejecución de las obligaciones o de los hechos imprevistos⁴. En efecto, los riesgos contractuales previsibles resultan más diversos que los mencionados con anterioridad, deben contar

3 Dispone la norma citada: “Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

“El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

“Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

4 Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 28 de agosto de 2014. M.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Rad. 85001-23-31-000-1998-00168-01 17660. Actor: Gisaico Ltda. Demandado: Instituto Nacional de Vías (INVÍAS).

con una *causa objetiva*, y están en el marco de lo que razonablemente puede ocurrir en la vigencia de un contrato, cuya ocurrencia es probable, pero incierta, y cuya regulación jurídica se restringe al contrato. Empero, para todos los riesgos previsibles es necesario tener en cuenta las siguientes circunstancias sugeridas por la doctrina (Peña, 2010, p. 176):

- La administración del riesgo implica predecir y anticipar eventos que pueden causar efectos no deseados.

- Cada contrato tiene riesgos particulares dependiendo de su naturaleza y prestaciones.

- Los riesgos inherentes a todo contrato no pueden continuar siendo un problema “de transferencia por conveniencia”.

- Los contratos son las herramientas idóneas para identificar y administrar los riesgos –previsibles–.

- Los riesgos deben ser asignados a la parte que mejor pueda administrar el riesgo en cuestión.

- La identificación y la cuantificación del riesgo son un ejercicio de disciplinas exógenas al derecho.

Los riesgos, vistos de esta manera, permiten realizar estimaciones económicas, en el marco de las cargas de diligencia y sagacidad, al margen de la norma que así lo imponga (Peña, 2010, p. 177). Es por lo anterior que el autor en mención concluye que el “derecho común” tiene muy poco que ofrecer al régimen de los riesgos de la contratación estatal⁵, salvo las construcciones

5 Para algunos autores, inclusive el citado, el artículo 2060 c.c. colombiano trae disposiciones atinentes a los riesgos previsibles del contrato de obra a precio final. Dispone el artículo citado: “Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

“1. El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones.

“2. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehusa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda.

“3. Si el edificio parece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, [se refiere al art. 2057 c.c.] inciso final.

“4. El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone.

“5. Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente y hasta concurrencia de lo que éste debía al empresario”.

doctrinales citadas que pueden respaldar diseños de convocatorias públicas y de contratos administrativos más rigurosos.

Por lo anterior, el régimen jurídico vigente resulta nebuloso para tipificar, estimar y asignar el riesgo contractual cuya realización es aceptada, aun en el contrato conmutativo. En otras palabras, se trata de un riesgo que es previsible pero cuya ocurrencia es incierta. Las partes pactan, al momento de concebir la obligación, la causación del daño derivada de la misma ejecución de las obligaciones del contrato o, como resultado del contrato mismo, de hechos que razonablemente pueden ocurrir y que variarían el precio del contrato (Pez, 2013, p. 77-79).

Es por lo anterior –alea jurídico– que los riesgos previsibles se han construido como una responsabilidad sin culpa o sin imputación⁶. Se trata de una responsabilidad que se produce por fuera del incumplimiento contractual, del *ius variandi*, de la *imprevisión* y del enriquecimiento sin causa. Inclusive, opina Hernández, si el desequilibrio contractual tuvo por causa un suceso que era razonablemente predecible, las partes debieron regular sus efectos en el contrato, y de no hacerlo, deben asumir las consecuencias de su propia negligencia, debido a que nadie puede alegar su culpa en beneficio propio (Hernández, 2008, p. 176).

II. APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN DEL RIESGO EN EL DERECHO PÚBLICO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Al abarcar este objeto de estudio y vincularlo al régimen de la contratación pública, nos encontramos ante dos escenarios que dificultan una aproximación omnímoda. En primer lugar, existe una dispersión y variación normativa continua, en la medida en que, como se mostró en las primeras líneas, la Ley 1150 de 2007 es la que establece, de forma muy general, la obligación de las entidades públicas contratantes de valorar, estimar y asignar los riesgos contractuales, y los decretos reglamentarios han sido los que han dispuesto las directrices más concretas sobre la metodología para prever y estimar los riesgos, y la tipología de los riesgos contractuales previsibles. Segundo, como se mencionó con anterioridad, la tarea de fijar los riesgos previsibles no es un oficio exclusivo del derecho. Se trata de un ejercicio que debe ser

El citado artículo parecería disponer de una lista enunciativa de algunos riesgos y su asignación, pero por supuesto, excluye una parte significativa de los riesgos que en la actualidad pueden recaer sobre los contratos administrativos, entre otros, el riesgo financiero, el riesgo social y político, el riesgo de regulación. Sobre este punto se volverá más adelante.

6 “Imputar se refiere a atribuir a un sujeto la realización de una acción u omisión. Ante hechos imprevistos o aleas contractuales, no hay necesidad de demostrar culpa o dolo en la actuación administrativa, debido a que los elementos subjetivos no son determinantes de la responsabilidad administrativa, pero sí existe un vínculo objetivo que permite vincular el daño a la acción de la entidad contratante” (Hernández, 2008, 177).

realizado para cada contrato, en la medida en que la naturaleza del contrato y las particularidades de las prestaciones pueden variar significativamente en cada caso.

Por lo anterior, se ha optado por presentar una aproximación al estado de cosas actual, con el objeto de descubrir cuáles son la metodología y la tipología de los riesgos previsible que, hoy por hoy, se demandan a las entidades públicas. Por supuesto, como se señaló, nos centraremos en los riesgos contractuales previsible, debido a que la imprevisión y el incumplimiento contractual son riesgos que se encuentran desarrollados normativa y doctrinalmente, y escapan al objeto de la presente investigación.

La justificación de los riesgos previsible reside en la conmutatividad del contrato administrativo, que en principio excluye la “aleatoriedad incuantificable”. La entidad pública no puede trasladar al contratista los efectos inconmensurables o incuantificables, puesto que las “contingencias inciertas” están prohibidas, en la medida en que el ordenamiento jurídico ha proscrito la inclusión de obligaciones de imposible cumplimiento o el pacto de exenciones de responsabilidad en los contratos administrativos (Mier, 2010, p. 99).

Inclusive, algunos autores opinan, ceñidos al contenido normativo de la Ley 80 de 1993, que el contrato aleatorio se encuentra prohibido en el régimen general de la contratación. Así, la onerosidad y conmutatividad que ordena la ley en el contrato del Estado, establecida en los artículos 27 y 28 de la Ley 80 de 1993⁷, riñe con el contenido y la naturaleza jurídica de todo negocio aleatorio, que “de por sí implica la sujeción, no a la planeación previa vinculante y obligatoria del negocio y a la fijación de los referentes objetivos de riesgos y costos como presupuestos básicos para garantizar los intereses públicos y generales, sino, por el contrario, a la suerte, al devenir incierto y abierto de contingencias en donde no se puede saber a ciencia cierta cuál

7 El artículo 27 de la Ley 80 establece: “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.

“Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.

El artículo 28 dispone: “En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.

va a ser el destino patrimonial y económico de las partes involucradas en la relación” (Santofimio, 2008, p. 18).

Los principios de planeación y transparencia conducirían, no a que el riesgo en los negocios del Estado sea concebido como una *intención especulativa* propia del contrato aleatorio, sino a que se asuman responsabilidades sobre los riesgos ciertos que pueden acaecer en la vigencia del contrato. Inclusive, opina el autor referido, un contrato aleatorio con un *alea jurídico* estaría viciado de nulidad absoluta por causa ilícita al ser contrario al artículo 44 de la Ley 80 de 1993⁸¹ (ibíd., p. 19).

De esta forma, los riesgos contractuales previsibles en contratación pública pueden ser entendidos como la probabilidad de un evento y su consecuencia que puede alterar el equilibrio económico del contrato. Se trata de una *causa objetiva y subjetiva*, que es (i) previsible, (ii) afectan la ecuación del contrato, (iii) que están tipificados en el contrato –alea jurídico–, estimados y asignados a la parte que mejor puede administrarlos y tolerarlos.

Con todo, estos elementos han sido construidos doctrinariamente, pues, como ya se mencionó, la fórmula normativa adoptada por la Ley 1150 de 2007 es lo suficientemente abierta como para permitir que en cada contrato, de acuerdo a su contexto y finalidades, la entidad pública haga una valoración efectiva de los riesgos previsibles que debe tipificar en el contrato. No obstante, se constata un despliegue normativo que pretende construir un marco que limitaría de manera sustantiva la autonomía de la voluntad privada de las entidades públicas en la estimación y asignación de riesgos previsibles.

Lo anterior encuentra respaldo en lo que establecen la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, que fijan un amplio margen de maniobra en la etapa precontractual –momento en el que se fijan y asignan los riesgos contractuales– y establecen que los términos para desarrollar los procesos de selección del contratista deben ser fijados con autonomía por las entidades públicas contratantes, siempre y cuando dichos términos no afecten la libertad de concurrencia a la convocatoria pública a ofertar o la selección objetiva del contratista.

De igual manera, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 otorgó la facultad a los contratistas de solicitar el restablecimiento de la igualdad o la equivalencia económica del contrato, cuando este se ve comprometido por “causas

8 El artículo referenciado por el autor establece que las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales son que: “1.º Se celebren con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

“2.º Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

“3.º Se celebren con abuso o desviación de poder.

“4.º Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

“5.º Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley”.

no imputables a quien resulte afectado”. Se trata de riesgos previsibles, sobrevinientes, cuya ocurrencia es incierta, pero externos al contratista (Escobar, 2003, p. 404). Estos riesgos, advierte el autor citado, conducen a aplicar con rigor el principio del riesgo creado o riesgo beneficio, que supone que el riesgo de los mayores costos o la ventura⁹ de los mayores beneficios que sobrevengan durante la ejecución del contrato puedan radicarse en el patrimonio del contratista, siempre que no se llegue a la incertidumbre de los riesgos y costos asociados a la ejecución del contrato¹⁰.

Como compensación, los riesgos anormales –o imprevistos– radican en la entidad pública, así como las variaciones (*ius variandi*) o las medidas generales (hecho del príncipe) radican en cabeza de la entidad contratante, mientras que los riesgos previsibles en el contrato conmutativo, tipificados, estimados y asignados, afectarán el equilibrio económico del contrato (ibíd., p. 407).

Sin embargo, desde el año 2001, el marco que ha guiado a algunas entidades públicas y en algunos casos a los órganos de control¹¹ ha sido el dado por el documento CONPES 3107 de 2001 y el documentos CONPES 3133 del mismo año que modifica el anterior. Este instrumento fija la “Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura”. De igual forma, se encuentra el documento CONPES 3714 de 2011, que se refiere “[a]l riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública”. En la actualidad, el segundo documento que debe ser seguido por las entidades públicas en la estructuración del riesgo contractual es el “Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación” de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente¹².

9 El principio de riesgo o ventura, explica el autor, emerge de la concepción individualista y liberal del contrato. No obstante, este principio se derrumba en la experiencia colombiana con la Ley 36 de 1966, que establecía la obligación a cargo de la Administración de compensar al contratista los mayores costos sobrevinientes, derivadas de las exigencias de la buena fe, que le imprimen la obligación de colaborar con la parte contratista diligente y lealmente, en aras de asegurar el cumplimiento del objeto contractual y la continuidad del servicio. En la actualidad, la equivalencia económica del contrato se convierte en un principio general y cumple la función de revisar los precios del contrato (Escobar, 2003, 419-422).

10 La ventura en la contratación ha de entenderse en el sentido de que el contratista sabe que en el desarrollo del contrato está expuesto a un riesgo, a un evento punible y dañoso, y corre el albur que todo ello implica, con conocimiento de su posibilidad y la esperanza de que no suceda, como dijo la sentencia del Tribunal Supremo español del 2 de enero de 1982, lo cual revela que entraña la idea clara de referirse a acaecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes contratantes, lo cual elimina lo que provenga de su propio actuar (Fuentetaja, 2004, 186).

11 Ver, p. ej., Procuraduría General de la Nación, Procuradora Delegada para la Moralidad Pública. Exp. IUC-D-2012-650-289713 (IUS-2010-232856).

12 El Decreto 4170 del 3 de noviembre de 2011 estableció las siguientes funciones de Colombia Compra Eficiente: a. La formulación de políticas, planes y programas buscando optimizar la oferta y demanda en el mercado; b. La racionalización normativa para una mayor

No obstante, ninguno de los documentos antes citados tiene en realidad una fuerza vinculante, en la medida en que estos no se encuentran contenidos en una norma jurídica¹³. En efecto, vale la pena destacar que la fuerza vinculante de los documentos CONPES es relativa. Su objeto es la coordinación y orientación de las instancias encargadas de la dirección económica y social del gobierno, el estudio y la aprobación de políticas que son presentadas para la discusión. Estos documentos CONPES, formal y materialmente, no hacen parte de la ordenación jurídico-lógica que les brinde eficacia directa debido a que contienen pautas y orientaciones generales a entidades públicas, las más de las veces desprovistas de contenidos específicos vinculantes (Younes, 2010). Los conceptos y directrices establecidos en los documentos CONPES no garantizan ni contienen la asignación de funciones propiamente administrativas o decisorias¹⁴.

Con todo, los documentos oficiales y algunos fallos del Consejo de Estado se han remitido al documento CONPES 3714 de 2011 como marco de referencia forzosa de la Administración, así como a los demás instrumentos señalados con anterioridad. Este último ha tipificado los riesgos y ha permitido su asignación al contratista como se indica en la siguiente tabla.

eficiencia de las operaciones; c. El desarrollo y difusión de las políticas, normas e instrumentos para facilitar las compras y promover la eficiencia; d. La coordinación con otras entidades públicas para el cumplimiento de sus objetivos; e. La elaboración de estudios, diagnósticos y estadísticas para mejorar la efectividad del sistema; f. La absolución de consultas sobre la aplicación de las normas y la expedición de circulares sobre la materia; g. El apoyo al Gobierno en las negociaciones internacionales sobre el tema; h. El diseño, la organización y la celebración de acuerdos marco de precios; i. El desarrollo del sistema de compras electrónicas; j. El apoyo a los oferentes para facilitar y mejorar su participación; k. La difusión de mejores prácticas y la coordinación de los programas de capacitación con otras entidades; l. El apoyo a las entidades territoriales en la gestión de compras.

13 No obstante, algunos fallos se han ceñido a los documentos CONPES citados en este texto, como marco de referencia de la carga que tendría la entidad pública, de diligencia, transparencia, responsabilidad y selección objetiva. Ver, p. ej., Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de diciembre de 2004. C.P.: Ramiro Saavedra Becerra. Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y otros. Demandado: Instituto Nacional de Vías. Rad. 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921).

14 Ver Corte Constitucional. Sentencia C-955 de 2000. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Tabla 1

Riesgo	Tipificación del riesgo	Asignación del riesgo
<i>Riesgos económicos</i>	<p>Son los derivados del comportamiento del mercado, tales como la fluctuación de los precios de los insumos, desabastecimiento y especulación de los mismos, entre otros. Por ejemplo, es usual que en contratos que involucran la ejecución de actividades en cuya estructura se ha definido un marco cambiario, se identifiquen alteraciones por el comportamiento de la moneda o por circunstancias colaterales que imponen una incidencia crítica. Así mismo, en los contratos de suministro de bienes o prestación de servicios, donde no es posible llevar a cabo el objeto del contrato por desabastecimiento o especulación dentro del mercado propio de los insumos. Su inclusión dependerá de la posibilidad de previsión del mismo.</p>	<p>El documento recomienda que por regla general este riesgo se debe trasladar al contratista en atención a su experticia en el manejo y a su 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.º de la Ley 1150 de 2007.</p>
<i>Riesgos sociales o políticos</i>	<p>Son aquellos que se derivan por cambios de las políticas gubernamentales que sean probables y previsibles, tales como cambios en la situación política, sistema de gobierno y cambio en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato. También suelen presentarse por fallas en la manera en que se relacionan entre sí el Gobierno, la población, grupos de interés y la sociedad. Por ejemplo, en el caso de paros, huelgas, actos terroristas, etc. Para la determinación de su previsibilidad, la entidad podrá acudir a las autoridades públicas encargadas de recopilar datos y llevar estadísticas o a las fuentes oficiales (Policía Nacional, Fuerzas Armadas de Colombia, Ministerio de la Protección Social, etc.).</p>	<p>El documento CONPES 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 una posibilidad de administración efectiva del mismo. De manera excepcional se puede trasladar el riesgo cuando, por ejemplo, existan mecanismos de cobertura en el mercado.</p>
<i>Riesgos operacionales</i>	<p>Son aquellos riesgos asociados a la operatividad del contrato. Entre estos encontramos la posibilidad de que el monto de la inversión no sea el previsto para cumplir el objeto del contrato. También se presenta la extensión del plazo cuando los contratos se realizan en tiempos distintos a los inicialmente programados por circunstancias no</p>	<p>Por regla general, los riesgos operacionales se transfieren al contratista, en la medida en que este 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</p>

Riesgo	Tipificación del riesgo	Asignación del riesgo
	<p>imputables a las partes. Adicionalmente, se presenta la posibilidad de no obtención del objeto del contrato como consecuencia de la existencia de inadecuados procesos, procedimientos, parámetros, sistemas de información y tecnológicos, equipos humanos o técnicos, sin que sea imputable a las partes. Dichos riesgos hacen parte del riesgo operacional siempre y cuando no sean obligaciones de las partes y se materialicen durante la ejecución del contrato. En general no son riesgos operacionales las especificaciones de materiales o servicios incorrectos, fallas en el embalaje, manipulación, transporte o descarga del bien suministrado, insuficiencia en los proveedores, pérdida o destrucción de los bienes a suministrar, daño, hurto o pérdida de materiales o equipos para la ejecución del contrato, obtención o renovación de licencias o permisos, entre otros. Para reducir la incidencia de este tipo de riesgos es necesario contar durante la etapa de estructuración de los contratos con los estudios respectivos, así como adelantar actividades que permitan disponer de un adecuado nivel de información sobre las especificaciones de los diferentes objetos contractuales, con el fin de fortalecer el análisis de costos, lo cual reduce los factores de riesgo que inciden sobre el contrato.</p>	<p>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.</p>
<i>Riesgos financieros</i>	<p>Estos riesgos tiene dos componentes básicos: el riesgo de consecución de financiación o riesgo de liquidez, y el riesgo de las condiciones financieras. El primero se refiere a la dificultad de conseguir los recursos financieros, ya sea en el sector financiero o en el mercado de capitales, para lograr el objetivo del contrato. El segundo alude a los términos financieros de dichos recursos, entre los cuales encontramos plazos, tasas, garantías, contragarantías, refinanciaciones, etc.</p>	<p>El documento CONPES 3714/11 recomienda que el riesgo se traslade al contratista. Esto porque, debido 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.</p>
<i>Riesgos regulatorios</i>	<p>Son los posibles cambios regulatorios o reglamentarios que, siendo previsibles, afecten el equilibrio contractual. Por ejemplo, cambios en las tarifas, mercados regulados, cambios en</p>	<p>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</p>

Riesgo	Tipificación del riesgo	Asignación del riesgo
	los regímenes especiales (regalías, pensional), designación de zonas francas, planes de ordenamiento territorial, expedición de normas de carácter técnico o de calidad, entre otros.	virtud de las normas propias de cada regulación.
<i>Riesgos de la naturaleza</i>	Se refieren a los 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. Para la determinación de su existencia y/o previsibilidad se podrá acudir a las autoridades públicas o entidades competentes en la recopilación de datos estadísticos o fuentes oficiales (Instituto Agustín Codazzi, Ingeominas, IDEAM, etc.). Para el ejercicio de tipificación, estos se refieren a los hechos de la naturaleza que puedan tener un impacto sobre la ejecución del contrato (p. ej., temblores, inundaciones, lluvias, sequías), siempre y cuando puedan preverse.	Siempre y cuando existan formas de mitigación al alcance del contratista, los riesgos de la naturaleza deben ser trasladados al mismo.
<i>Riesgos ambientales</i>	Se refieren a las obligaciones que emanan de las licencias ambientales, de los planes de manejo ambiental, de las condiciones ambientales o ecológicas exigidas y de la evolución de las tasas retributivas y de uso del agua. Por ejemplo, cuando durante la ejecución del contrato se configuren pasivos ambientales causados por mala gestión de la licencia ambiental y/o el plan de manejo ambiental o el costo de las obligaciones ambientales resulte superior al estimado, no siendo imputables a las partes.	La asignación del riesgo ambiental depende de la especificidad de cada proceso, por ejemplo: El contratista asume los costos implícitos en el cumplimiento de las obligaciones definidas en dicha licencia y/o plan de manejo ambiental. Si la licencia ambiental es 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

Riesgo	Tipificación del riesgo	Asignación del riesgo
		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 ambiental.
<i>Riesgos tecnológicos</i>	Se refieren a eventuales fallos en las telecomunicaciones, suspensión de servicios públicos, advenimiento de nuevos desarrollos tecnológicos o estándares que deben ser tenidos en cuenta para la ejecución del contrato, así como a la obsolescencia tecnológica.	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.

Fuente: elaboración propia, a partir de la información contenida en el documento CONPES 3714 de 2011.

Sin embargo, la tabla presentada con anterioridad deja de lado los riesgos relativos a la construcción de infraestructura y obras públicas, que son desarrollados en el documento CONPES 3701 de 2001 y que se exponen en la tabla siguiente.

Tabla 2

Riesgo comercial	El riesgo comercial se presenta cuando los ingresos operativos difieren de los esperados debido a: i) el hecho de que la demanda del proyecto es menor o mayor que la proyectada, o ii) la imposibilidad de cobrar tarifas, tasas por la prestación del servicio, y derechos, entre otros, por factores de mercado, por impago y/o por evasión de los mismos. Este riesgo es generalmente asignado al inversionista privado, dado que la mitigación de su impacto depende en la mayoría de los casos de la gestión comercial que pueda hacer el operador del sistema y/o el prestador del servicio.
Riesgo de demanda	Este tipo de riesgo se presenta cuando los volúmenes de servicio son menores a los estimados. Existen diversos factores que inciden sobre la demanda, tales como la respuesta negativa por parte de los usuarios debido al aumento de tarifas, los ciclos económicos, el cambio de hábitos de consumo o la presencia de tecnologías substitutas, entre otros.

Riesgo de cartera

Se refiere al no pago por parte de los usuarios, o a la evasión del mismo (pérdidas no técnicas o negras), que llevan a que el flujo de caja efectivo sea menor que el esperado.

Riesgo de construcción

Se refiere a la probabilidad de que el monto y la oportunidad del costo de la inversión no sean los previstos. Este riesgo tiene tres componentes: i) cantidades de obra: la inversión puede requerir cantidades de obra distintas a las previstas; ii) precios: los precios unitarios de los diferentes componentes de la inversión pueden ser distintos a los previstos; iii) plazo: es posible que la obra se realice en un tiempo distinto al inicialmente previsto. Durante la etapa de preinversión y de estructuración de los proyectos se debe contar con los estudios respectivos y adelantar actividades que permitan contar con un adecuado nivel de información, con el objeto de fortalecer el análisis de costos, lo cual reduce los factores que inciden en el nivel de riesgo del proyecto. Como principio general, los riesgos de construcción deben ser transferidos al inversionista privado, en la medida en que este tiene mayor experiencia y conocimiento sobre las variables que determinan el valor de la inversión, y puesto que tendrá a su cargo el programa de construcción, la adquisición de equipos, las tecnologías asociadas con el proyecto, la compra de materiales, entre otros. Lo anterior supone que el constructor cuenta con la información suficiente para realizar el costeo y para tener en operación el proyecto en la fecha prevista y en las condiciones de operación establecidas, así como con el tiempo suficiente para realizar las evaluaciones necesarias para asumir este riesgo. Ello implica que, en caso de fallar los supuestos, programas y/o costos previstos por el contratista, este asume los costos asociados con dicho riesgo. Esto le permite mayor libertad a la iniciativa privada en los aspectos de ingeniería, diseño y utilización de nuevas tecnologías.

En aquellos proyectos de construcción que presenten un alto componente de complejidad técnica o geológica que impida contar con información suficiente y confiable para estimar el riesgo, las entidades estatales podrán considerar el otorgamiento de garantías parciales para cubrir eventuales sobrecostos de construcción asociados con la complejidad identificada. Como mecanismo para mitigar este riesgo, se exige el cumplimiento al ejecutor del proyecto de requisitos de experiencia en diseño, construcción y de puesta en marcha acordes con las características técnicas del proyecto.

Fuente: elaboración propia, a partir de la información contenida en el documento CONPES 3701 de 2001.

Además de la dudosa vinculatoriedad de esta fuente, podemos constatar una clara confusión entre los riesgos contractuales previsibles y los imprevisibles. En efecto, los riesgos políticos o sociales, regulatorios y de la naturaleza, inclusive con los ejemplos ofrecidos por el mismo documento oficial, confunden los hechos imprevistos con los riesgos contractuales. Ciertamente, no existiría ninguna diferencia entre el riesgo de regulación citado en el documento y el “hecho del príncipe”, que es una especie de la teoría de la imprevisión, y que es entendido como expresión de la potestad normativa, constitucional y legal, que se traduce en la expedición de leyes o actos administrativos de carácter general, los cuales pueden provenir de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado (Escobar, 2003, p. 487).

Inclusive, el mismo documento CONPES citado señala que el objeto de esta lista enunciativa es: “el fortalecimiento de los procesos de planeación precontractual; dar claridad en las reglas de participación de los oferentes en los procesos contractuales; contribuir a la reducción de controversias judiciales y extrajudiciales en contra del Estado; y lograr que las partes del Contrato Estatal puedan hacer las previsiones necesarias para la mitigación de los riesgos efectivamente asumidos” (CONPES, 2011, p. 6).

Empero, la consecuencia de esta imprecisa enunciación de riesgos previsibles es que, una vez hecha una estimación, valoración y asignación anticipada de las contingencias que puedan producirse en la ejecución de las obligaciones contractuales, las consecuencias económicas de la realización de estos daños se entienden incorporadas dentro de la ecuación contractual.

Los aleas anormales se enmarcan así en la teoría de la imprevisión, que impone la obligación a la entidad pública de restablecer el equilibrio económico del contrato, siempre que el hecho sea externo, extraordinario e imprevisible y que altere “gravemente” la ecuación económica del contrato, en perjuicio del contratista. Por el contrario, cuando la entidad regula la distribución de riesgos según las necesidades y la naturaleza del contrato, es el contratista el que “libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebrar el contrato predeterminado” (Santofimio, 2008, p. 45).

No obstante, el mismo documento CONPES 3714 de 2011 señaló que, en la práctica, el ejercicio de tipificación, estimación y asignación de riesgos previsibles es defectuoso, en la medida en que, entre otras razones, (i) se identifican, estiman y asignan riesgos de forma genérica, sin entrar a analizar el contrato específico al que hacen referencia, y (ii) se trasladan los riesgos al contratista sin tener en consideración el nivel de información entregado y la capacidad de las partes para administrarlo y mitigarlo. Así, la práctica parece sugerir que la “transferencia por conveniencia” y la indeterminación contractual de los riesgos previsibles se convierten en la práctica más común.

De igual manera, luego de la tipificación antes sugerida por el documento CONPES viene la estimación de dichos riesgos. Esta consiste en calcular la probabilidad de ocurrencia y el nivel de impacto de los riesgos que han sido tipificados, y que teniendo en cuenta su materialidad requieren una valoración. En otras palabras, es una aproximación a la magnitud del riesgo previsible de acuerdo con su probabilidad y consecuencias. La fórmula propuesta por los textos citados establece una covariación que se debe construir entre probabilidad e impacto, que se cimenta en: (i) series históricas, (ii) análisis teórico, (iii) experiencia relevante, (iv) prácticas y experiencia de la industria o del sector, (v) publicaciones o noticias relevantes, (vi) opiniones y juicios

de especialistas y expertos, (vii) estudios técnicos y (viii) informes emitidos por las entidades competentes (CONPES 3714, 2011, p. 26)¹⁵.

Por su parte, el Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente sugiere identificar el contexto en el cual interactúa la entidad estatal para conocer el ambiente social, económico y político, e identificar (i) sus propios riesgos, (ii) los riesgos comunes a sus procesos de contratación y (iii) los riesgos del proceso de contratación en particular.

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente señala entonces que se deben identificar, cuando menos, los siguientes aspectos: (i) el objeto del proceso de contratación; (ii) los partícipes del proceso de contratación; (iii) la ciudadanía que se beneficia del proceso de contratación; (iv) la capacidad de la entidad estatal, entendida como la disponibilidad de recursos y conocimientos para el proceso de contratación;

15 El derogado Decreto 734 de 2012 establecía: “Artículo 2.1.2. Determinación de los riesgos previsibles. Para los efectos previstos en el artículo 4.º de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio económico del contrato, pero que dada su previsibilidad se regulan en el marco de las condiciones inicialmente pactadas en los contratos y se excluyen así del concepto de imprevisibilidad de que trata el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable en condiciones normales. En las modalidades de Licitación Pública, Selección Abreviada y Concurso de Méritos, la entidad deberá tipificar en el proyecto de pliego de condiciones, los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de estimar cualitativa y cuantitativamente la probabilidad e impacto, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, a fin de preservar las condiciones iniciales del contrato. Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego o en la audiencia convocada para el efecto, obligatoria dentro del procedimiento de licitación pública y voluntaria para las demás modalidades de selección en las que la entidad lo considere necesario, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida. La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo, así como la justificación de su inexistencia en determinados procesos de selección en los que por su objeto contractual no se encuentren. La presentación de las ofertas implica la aceptación, por parte del proponente, de la distribución de riesgos previsibles efectuada por la entidad en el respectivo pliego”. Con todo, esta definición no aporta ingredientes normativos significativos a lo señalado en la misma Ley 1150 de 2007, aunque establece de qué manera y en qué instrumentos deben hacerse públicos. El Decreto 1510 de 2013 trae una regulación más general, y establece en el artículo 22: “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”. De igual manera, en el artículo 39 señala: “*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”.

(v) la suficiencia del presupuesto oficial del proceso de contratación; (vi) las condiciones geográficas y de acceso del lugar en el cual se debe cumplir el objeto del proceso de contratación; (vii) el entorno socio ambiental; (viii) las condiciones políticas; (ix) los factores ambientales; (x) el sector del objeto del proceso de contratación y su mercado; (xi) la normativa aplicable al objeto del proceso de contratación, y (xii) la experiencia propia y de otras entidades estatales en procesos de contratación del mismo tipo.

Con todo, estos pasos en poco contribuyen con la tipificación y la asignación del riesgo, puesto que en realidad parecerían demandar un estudio estadístico que parta de la frecuencia de riesgos acaecidos. En sí mismo, esto resultaría poco acertado y, aun cuando se trate de un estudio riguroso y extenso, poco podría contribuir a una determinación por lo menos aproximada de la realizabilidad del riesgo. En efecto, en el manual se demanda que este riesgo deba calificarse como se expone en la siguiente tabla.

Tabla 3

	Categoría	Valoración
Probabilidad	Raro (puede ocurrir excepcionalmente)	1
	Improbable (puede ocurrir ocasionalmente)	2
	Posible (puede ocurrir en cualquier momento futuro)	3
	Probable (probablemente va a ocurrir)	4
	Casi cierto (ocurre en la mayoría de circunstancias)	5

Fuente: Colombia Compra Eficiente, Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación de la Agencia Nacional de Contratación Pública, p. 12.

Como se aprecia, se trata de una evaluación subjetiva, que difícilmente podría ser contestada con algún nivel cierto de confianza. Ni los registros anteriores de la ocurrencia del evento en procesos de contratación propios y de otras entidades, ni la experiencia relevante propia y de otras entidades estatales, ni la prácticas y experiencia de la industria o el sector en el manejo del riesgo identificado, ni las publicaciones o noticias sobre la ocurrencia del riesgo identificado, opiniones y juicios de especialistas y expertos o estudios técnicos podrían aportar una referencia que efectivamente pueda

brindar alguna aproximación más o menos certera a los riesgos previsibles del contrato.

Lo expuesto parecería reafirmar la idea de que la frontera entre lo imaginable y lo unimaginable es, en la práctica, el mismo límite entre lo previsible y lo imprevisible (Sánchez, 2012, p. 35). La distinción entre el contrato aleatorio y los riesgos previsibles de los contratos conmutativos parecería hacerse nebulosa, pues visto de la manera en que antes se expuso, los riesgos previsibles no son más que una tipificación de riesgos que pueden alterar el desarrollo normal estimado de la prestación y el costo de la obligación. En otros términos, los riesgos previsibles se convierten en la *causa objetiva* del contrato, y en todo caso, se terminarían enmarcando en la *intención especulativa* propia de los contratos aleatorios.

Los riesgos previsibles se incorporan a la estructura del contrato y se asignan a cada una de las partes –causa objetiva–, pero se materializan con la realización del riesgo –causa subjetiva–. Esto no debe confundirse con los gastos de Administración (A), Imprevistos (I) y Utilidades (U) –AIU– de los contratos administrativos en Colombia, que legalmente deben incorporarse a la ecuación económica y financiera del contrato. Lo anterior debido a que el AIU consiste en un porcentaje calculado para compensar costos administrativos, imprevistos ordinarios y utilidades esperadas que se denominan “costos indirectos” y se asocian al precio total de la obra (Sánchez, 2012, p. 39).

El AIU se incorpora al valor del contrato y cubre los costos y gastos para la operación del contrato, así como los gastos que se presenten durante la ejecución por riesgos en los que incurre el contratista para la ejecución del contrato y la ganancia esperada por el contratista. Todos ellos están destinados a sufragar los gastos indirectos en los que incurra el contratista, con una destinación específica, pero que en realidad incorporan un ejercicio contable a la determinación del valor del contrato (Sánchez, 2012, p. 40). Al contrario, como se ha explicado en este documento, los riesgos previsibles están destinados a anticipar y determinar las circunstancias que pueden presentarse en la vigencia del contrato y que pueden alterar su equilibrio económico, cuya configuración es incierta y que se tipifican, estiman y asignan a cada parte, dependiendo de su capacidad jurídica y económica para asumirlos (ibíd., p. 41), que, por lo demás, como se ha demostrado en este documento, carecen de un marco normativo explícito, más allá de la obligación de analizarlos, estimarlos y asignarlos desde el diseño y la estructuración de la convocatoria pública.

Al contrario de los riesgos previsibles, el AIU se desprende del principio de legalidad presupuestal que obliga a que las entidades que emitan actos administrativos que creen obligaciones de contenido económico cuenten con una reserva o disponibilidad del presupuesto. La hacienda pública le da un carácter esencial y cierto al precio en la contratación pública, pues la

Administración no puede celebrar contratos con precios inciertos e indeterminados; por lo señalado, es indispensables conocer el valor del contrato para comprometer la partida presupuestal respectiva (Escobar, 2003, p. 412).

CONCLUSIÓN

De acuerdo a lo expuesto en este documento, podemos constatar que la rigidez de las normas de la contratación pública en la selección del contratista y el diseño de las convocatorias a ofertar se contraponen en buena medida a la flexibilidad del “derecho común”. El régimen de derecho público obliga a que las entidades públicas, en cada caso y desde la etapa previa a la selección del contratista, tipifiquen, estimen y asignen los riesgos previsibles del contrato que sería celebrado. Con todo, el régimen general no parecería tener mucho que aportar a la tipificación, estimación y asignación de riesgos previsibles, debido a que estos se construyen, en cada contrato, en el marco de la autonomía de la voluntad privada.

No obstante, las normas de contratación pública extrañan una regulación sobre la tipificación de los riesgos previsibles, y por lo anterior se encuentran expuestas a asignar riesgos por conveniencia o incluir contingencias inciertas en los contratos administrativos. La tipificación, la estimación y la asignación de los riesgos desbordan con frecuencia la capacidad jurídica de las entidades contratantes, y en otras ocasiones ponen en duda la conmutatividad de algunos contratos públicos. Como se demostró, los regímenes de la imprevisión, el incumplimiento y el enriquecimiento sin causa están ampliamente desarrollados por el derecho común, pero el riesgo previsible, en la medida en que debe ser revisado en cada caso, se construye desde la autonomía de la voluntad privada.

Los intentos regulatorios o la enunciación de políticas públicas de contratación estatal parecerían provocar más confusiones que soluciones. Efectivamente, como se constató, la frontera entre el hecho imprevisible y los riesgos previsibles ha sido diluida desde la construcción de instrumentos que, al momento de describir y sugerir su asignación, han acudido a una cimentación desde lo imaginable y lo inimaginable, y han provocado que, en la práctica, las contingencias inciertas queden incluidas en los contratos administrativos.

Lo anterior tiene consecuencias claras en la responsabilidad contractual e individual de los funcionarios públicos que diseñan los contratos administrativos, pues la indebida tipificación, estimación y asignación conduce a litigios contra el Estado y a la imputación de responsabilidades fiscales, disciplinarias y penales, muy a pesar de la indeterminación normativa que se ha ilustrado en este trabajo. Aunque, los riesgos previsibles se encuentran en una regulación normativa que no podría desplegarse por medio de una

norma general y abstracta, la ausencia de lineamientos sobre la metodología y la tipificación de estos riesgos continúa extraviando el principio de responsabilidad y extendiendo los conflictos del Estado con sus contratistas.

REFERENCIAS

- BECERRA SALAZAR, A. (2008). *Los riesgos en la contratación estatal, estimación, tipificación y asignación*. Bogotá: Leyer.
- BENAVIDES, J. L. (2009). *Riesgos contractuales en contratación estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BENAVIDES, J. L. (2004) *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, 2.^a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CARRASCAL QUINTERO, H. J. (2011). *Aseguramiento y riesgo en contratos estatales: una mirada desde el análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- DÁVILA VINUEZA, L. G. (2003). *Régimen jurídico de la contratación estatal, aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*. Bogotá: Legis.
- DE VIVERO ARCINIEGAS, F. (2010). *Reforma al régimen de contratación estatal*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- ESCOBAR GIL, R. (2003). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis.
- FUENTETAJA PASTOR, J. Á. (2004). Riesgo y ventura en la concesión de obra pública. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 7.
- GÓMEZ LEE, I. D. (2012). *El derecho de la contratación pública en Colombia*. Bogotá: Legis.
- HERNÁNDEZ SILVA, A. (2008). La responsabilidad contractual del Estado: ¿Una responsabilidad sin imputación? *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 14.
- MIER BARROSA, P. (2010). Los riesgos, su identificación, asignación y amortización en los contratos del Estado. *Revista de Ingeniería*, Universidad de los Andes, julio-diciembre.
- PEÑA CASTRILLÓN, G. (2010). El derecho privado y la Repartición de los Riesgos, en *Reforma al régimen de contratación estatal*, Compilador: Felipe De Vivero. Ed. Uniandes, pp. 169-179.
- PEZ, T. (2013). *Le risque dans les contrats administratifs*. Paris: LGDJ.
- RICO PUERTA, L. A. (2009). *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. Bogotá: Leyer.
- RODRÍGUEZ R., L. (2009). *El equilibrio económico de los contratos administrativos*. Bogotá: Temis.

- SÁNCHEZ, J. A. (2012). *Asignación de riesgos previsibles y extensión de la responsabilidad del contratista en el contrato de obra pública*. Tesis sin publicar para optar al título de magíster en Derecho. Director: Félix Hoyos Lemus. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- SANTOFIMIO, J. O. (2008). *El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SILVA GARCÍA, F. (2007). Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral. *Revista e-Mercatoria*, Universidad Externado de Colombia. Vol. 6, n.º 2.
- SUÁREZ BELTRÁN, G. (2009). *La nueva contratación pública en Colombia*. Bogotá: Legis.
- YOUNES MEDINA, D. F. (2010). *Consejos superiores de la administración, neocorporativismo y participación orgánica*. Tesis para optar al título de magíster en Derecho, Universidad del Rosario.