

	ARTÍCULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 1 de 19

DIFICULTADES EN LA ESTIMACIÓN, TIPIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

ANA MARÍA GARCÍA JARAMILLO
Institución Universitaria de Envigado
E-mail: anitam1789@hotmail.com

LIZETH ANDREA FLÓREZ ACEVEDO
Institución Universitaria de Envigado
E-mail: lizeth117_18@hotmail.com

2015

Resumen: En el presente trabajo de investigación, se pretende exponer diversos aspectos que se deben tener en cuenta dentro de los procesos de contratación Estatal, pero sobre todo en lo relativo a la estimación, tipificación y asignación de riesgos en la relación contractual del Estado en la modalidad de licitación pública. Es por ello que se busca determinar las implicaciones de una inadecuada estimación, tipificación y asignación de los riesgos en los procesos de contratación estatal en Colombia; para ello, se definen las nociones jurídicas de tipificación, asignación y estimación de los riesgos previsibles, involucrados en la contratación administrativa; de igual forma, se analiza las implicaciones de la falta previsión de la tipificación, asignación y estimación de riesgos en las entidades del Estado; y por último, se determinan las problemáticas, inconvenientes y controversias contractuales que pueden presentarse en la estimación, tipificación y asignación de los riesgos en los procesos de contratación estatal en Colombia.

Palabras clave: *asignación del riesgo, contratación administrativa, contratación estatal, estimación del riesgo, riesgos previsibles, teoría de la imprevisión, tipificación del riesgo.*

Abstract: In this research, we intend to expose various aspects to be taken into account within the state contracting processes, but especially with regard to the estimation, classification and risk allocation in the contractual relationship between the State in the form public bidding. That is why we sought to determine the implications of inadequate estimation, classification and allocation of risks in the government contracting process in Colombia; for this, the legal notions of typing, allocation and estimation of foreseeable risks involved in government contracting are defined; Similarly, the implications of the forecast lack of typing, mapping and risk assessment in state agencies is analyzed; and finally, the issues, problems and contract disputes that may arise in the estimation, classification and allocation of risks in the government contracting process in Colombia are determined.

Keywords: *risk allocation, government procurement, government procurement, risk assessment, foreseeable risks, theory of unpredictability, risk characterization.*

1. INTRODUCCIÓN

La contratación estatal en Colombia se ha caracterizado, entre otras cosas, por tener un carácter eminentemente reglado; éste se justifica en la medida del interés que representa para la comunidad el objeto

contractual, de acuerdo a los fines perseguidos por la administración.

A diferencia de los negocios jurídicos de los particulares, en la contratación estatal es imperativo el cumplimiento de todos los requisitos previstos por el derecho positivo para que se produzca una manifestación de

voluntad válida y eficaz. Así, las entidades públicas para la selección de sus contratistas están sometidas, en primer lugar, a la Constitución, la legislación, los reglamentos y las demás fuentes secundarias creadoras de normatividad, dentro de las cuales, el pliego de condiciones es su principal exponente.

En Colombia, las disposiciones normativas sobre contratación estatal (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007) establecen la obligación de llevar a cabo un estudio de los diferentes riesgos para evitar que estos procesos se paraliquen y que se produzcan reclamaciones durante la ejecución del contrato; sin embargo, la legislación colombiana no aborda de manera explícita las diferentes reglas de carácter metodológico para su distribución, lo que da lugar a que las previsiones queden bajo la potestad de las partes, haciéndose necesario su establecimiento, situación que implica una alta probabilidad de afectación de las condiciones propias del contrato.

Al respecto, la aplicación de metodologías para la estimación, tipificación y asignación de los riesgos en los procesos de contratación

estatal en Colombia implica la preservación de una serie de principios y factores que parten de la preservación de la conmutatividad del contrato y conllevan el surgimiento por parte del Estado, de riesgos anormales (comerciales, de construcción, geológicos, de operación, financieros, cambiarios, regulatorios, de fuerza mayor, por adquisición de predios, ambientales, soberanos o políticos); esto hace necesario llevar a cabo procesos equilibrados de negociación de los riesgos, desarrollar nuevos acuerdos a través de la renegociación de los contratos; realizar compensaciones aritméticas de los riesgos que se asumen, así como los riesgos transferibles que sobrepasan las consecuencias estimadas. Es por lo anterior que resulta necesario este estudio, en la medida en que busca desarrollarse un enfoque cualitativo, bajo una tipología investigativa descriptiva, basado en el análisis de la legislación vigente, la jurisprudencia y la doctrina.

Con este proyecto se pretende, por tanto, determinar las implicaciones de una inadecuada estimación, tipificación y asignación de los riesgos en los procesos de

contratación estatal en Colombia, en virtud de la aplicación de la Ley 1150 de 2007, a través del análisis de los antecedentes de la Ley, la jurisprudencia y la doctrina respectiva.

Por su parte, la Ley 80 de 1993 precavía algunos mecanismos de aseguramiento de algunos riesgos inmersos en la contratación del Estado, como los de incumplimiento de proponentes y contratistas, la garantía de seriedad, la garantía de cumplimiento, los riesgos de responsabilidad, entre otros; pero sólo hasta el año 2007, con la expedición de la Ley 1150, de conformidad con el artículo 4, se consagra de manera expresa la exigencia de la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles del contrato estatal, en aras al cumplimiento de los fines del Estado.

La Ley 1150 de 2007 consagra de manera expresa la previsión en los contratos públicos para fortalecer los sistemas de planeación, previsión y distribución de riesgo, al tiempo que se da solución con ello, a frecuentes demandas que se presentaban con ocasión a la ocurrencia de riesgos y de tal forma los

contratos estatales tengan un alto grado de previsibilidad que garantice la aplicación de las reglas de orden público, tendientes tanto a la protección del patrimonio, como al cumplimiento de los fines del Estado (Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-614 de 2009 y C-1016 de 2012).

Cuando se hace una tipificación, estimación y asignación de riesgos a cargo de las partes, se integran las cargas a ellas atribuidas, de tal modo, que la anticipación de los riesgos conlleva una estimación económica por la atribución de contingencias, más no de las consecuencias que se deriven de su ocurrencia e integran el equilibrio financiero del contrato.

Conocer los riesgos que pueden llegar a afectar un contrato, tanto en los aspectos favorables como desfavorables, contribuye al cumplimiento de los fines del Estado que se buscan con la contratación administrativa, por ello, es necesario realizar estudios que permitan revelar cuáles son las variables que deben tenerse en cuenta para la estructuración de ofertas y planes de

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 4 de 19

contingencia y continuidad del servicio que se pretende contratar.

Así, se aportan herramientas para la cabal comprensión, análisis y tratamiento, como aporte desde el alma mater al tópico de los riesgos contractuales poco abordado desde la academia.

2. LA TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y ESTIMACIÓN DE LOS RIESGOS PREVISIBLES

La Ley 1150 de 2007, modificó sustancialmente la Ley 80 de 1993, sobre la contratación estatal, uno de los cambios que introdujo fue la consagración en su artículo 4º de los riesgos previsibles del contrato, los cuales deben hacer parte de la etapa previa de la contratación y gozar de audiencia especial, para su tipificación, estimación y asignación; para reglamentar la materia, el gobierno nacional ha expedido diferentes disposiciones; en este sentido, se destaca el Decreto 734 de 2012, en cuyo artículo 2.1.2. se hacía referencia a la determinación de los riesgos previsibles en los siguientes términos:

Para los efectos previstos en el artículo 4 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 (...) (Decreto 734 de 2012, artículo 2.1.2.).

Dicha disposición, fue derogada posteriormente por el Decreto 1510 de 2013, en cuyo artículo 39 se establecen las condiciones para el desarrollo de las audiencias de 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 (Decreto 1510 de 2013, artículo 39).

De conformidad con la normativa en comento, en la audiencia de asignación de riesgos, la entidad estatal debe presentar el

análisis de riesgos efectuado y hacer la asignación de riesgos definitiva.

Expuestos los antecedentes que dieron origen a la Ley 1150 de 2007 y más concretamente al artículo 4° que estableció que los pliegos o sus equivalentes deben incluir la tipificación, asignación y estimación de los riesgos previsibles, involucrados en la contratación administrativa, se desarrolla el presente capítulo con el objeto de establecer las características de la tipificación, asignación y estimación de los riesgos previsibles, involucrados en la contratación administrativa.

Se resalta que es necesario tipificar los riesgos: económicos, sociales o políticos, operacionales, financieros, regulatorios, de la naturaleza, ambientales y tecnológicos. Con respecto a la estimación se resalta la cuantitativa y la cualitativa. De igual manera se hace alusión sobre la asignación, a quién debe asignarse, el riesgo económico, social, operacional, financiero, regulatorio, de la naturaleza, ambiental y tecnológico.

Con la asignación de los riesgos contractuales, se distribuyen éstos, de acuerdo con la capacidad que tenga cada una de las partes para su gestión, control, administración y mitigación, lo cual debe manifestarse claramente en el pliego de condiciones, incluyendo los riesgos previsibles en la ecuación contractual, de tal forma que se permita un tratamiento específico a éstos, suprimiendo toda posibilidad de alegar cualquier alteración al equilibrio contractual.

Según Granillo (1990), el riesgo debe asignarse a la parte que tenga mayor capacidad para asumirlos,

hay que tener en cuenta que la equivalencia de prestaciones, a diferencia de lo que puede ocurrir en derecho civil a la luz de lo dispuesto en el artículo 1498 de dicho estatuto, en donde una de las partes estima como equivalente a lo que la otra parte se obliga a dar o hacer, el asumir una contingencia incierta de ganancia o pérdida, es una equivalencia en sentido objetivo o material (p. 3).

Se constituye una obligación para la entidad estatal incorporar en el pliego de condiciones la asignación de los riesgos, señalando cuál de los sujetos contractuales

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 6 de 19

tiene que soportarlo de manera total o parcialmente.

El Departamento Nacional de Planeación, a través del Documento Conpes* 3714 de 2011, consideró que para el ejercicio de la asignación de los riesgos previsible y teniendo en cuenta el Decreto 432 de 2001 para la política del riesgo, se recomienda tener en cuenta los siguientes aspectos: en primer lugar, que el tipo y modalidad de contrato son relevantes para la determinación del nivel de transferencia de responsabilidad al Contratista; en segundo lugar, que la transferencia de los riesgos debe ser proporcional a la cantidad de información con la que se cuente para su mitigación; en tercer lugar, que se realicen ejercicios de asignación de los riesgos previsible atendiendo a las capacidades de los contratistas; en cuarto lugar, que no se incluyan matrices de riesgos, traslados de riesgo o de responsabilidad en abstracto sin tipificación y estimación o cuantificación; y por último, que no se establezcan cláusulas que contengan previsiones que afecten, restrinjan o eludan el derecho al

restablecimiento del equilibrio del contratista de manera abstracta.

El Documento Conpes 3714 de 2011, también identifica los diferentes tipos de riesgo que pueden desprenderse de un proceso contractual, tales como: riesgos Económicos, riesgos Sociales o Políticos, riesgos Operacionales, riesgos Financieros, riesgos Regulatorios, riesgos de la naturaleza, riesgos Ambientales y riesgos Tecnológicos.

Señala, también el Conpes 3714 de 2011, que 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. La parte seleccionada de acuerdo con los criterios identificados bajo las premisas anteriores, tendrá la posibilidad de incluir en la planeación de sus obligaciones contractuales, las medidas para reducir su vulnerabilidad respecto a los riesgos asumidos, así, podrá buscar alternativas para atenuar los potenciales daños o consecuencias de la ocurrencia de los riesgos

* Entienda el lector por la sigla CONPES lo siguiente: Consejo Nacional de Políticas Económicas y Sociales.

y/o, reducir la probabilidad de ocurrencia del evento generador del riesgo.

El Documento Conpes 3714 de 2011, expresa de forma enunciativa que se podrán tener en cuenta las siguientes tipos de respuesta frente al riesgo:

Evitar el riesgo: La parte que asume el riesgo toma medidas que le permiten de una manera consistente y sistemática, eludir o eliminar el riesgo ya sea eliminando la fuente del riesgo o eludiendo la participación en contratos en los que se expone al riesgo.

Prevenirlo: Consiste en tomar medidas conducentes a reducir la probabilidad de ocurrencia del riesgo. Por ejemplo, en una obra que presente inestabilidad en el terreno, se podrían incluir obras de estabilización y manejo de aguas, previo a la iniciación de la obra principal en dicho terreno.

Transferirlo o Compartirlo: se transfiere a la parte que mejor puede manejarlo (al menor costo).

Retenerlo: Asumir el riesgo en el momento que se presente, comúnmente en los casos en

los cuales el valor del riesgo es menor al costo de gestionarlo. También, se puede aceptar el riesgo cuando la probabilidad de una pérdida es tan baja que se acerca a cero (0). Todos los riesgos que no son evitados o transferidos, son retenidos como regla general.

Mitigarlo: Consiste en tomar medidas conducentes a amortiguar el impacto ante la ocurrencia del riesgo. Una alternativa utilizada para reducir la exposición a los riesgos de tasa de interés, tasa de cambio o precios.

3. IMPLICACIONES DE LA FALTA PREVISIÓN DE LA TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y ESTIMACIÓN DE RIESGOS

3.1. DIFERENCIA ENTRE LOS RIESGOS PREVISIBLES Y LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Son diferentes muy diferentes los riesgos previsibles a la teoría de la imprevisión. El riesgo contractual se encuentra referido concretamente a la relación entre las partes que se deriva del contrato estatal, por ello,

con los riesgos previsibles se buscar identificar las situaciones reales que pueden afectar la ejecución de un contrato, las dificultades que puedan generarse y los costos económicos que se deriven; por lo cual las partes prevén la posibilidad de su ocurrencia, integrándolos al contrato desde el pliego de condiciones y haciéndolos claros a través de la respectiva audiencia pública para el establecimiento de los riesgos previsibles, por ello a las obligaciones normales del contrato, se agregan las derivadas de la tipificación, estimación y asignación de riesgos a cada parte, asumidas en virtud de mandato legal y de la autonomía de la voluntad.

En la teoría de la imprevisión aparecen circunstancias sobrevinientes, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles que alteran la ecuación contractual y que son posteriores a la celebración del contrato, pero alteran de manera grave el contenido de éste, siendo necesaria la revisión del contrato por circunstancias extraordinarias. Artículo 868 del Código de Comercio. En decisión de 2003, el Consejo de Estado Colombiano,

alude a la teoría de la imprevisión en los siguientes términos:

La teoría de la imprevisión, se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución. Resulta, entonces, procedente su aplicación cuando se cumplen las siguientes condiciones: la existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato. _ Que no fuese razonablemente previsible por los contratantes al momento de la celebración del contrato. Respecto al primer requisito cabe precisar que no es dable aplicar la teoría de la imprevisión cuando el hecho proviene de la entidad contratante, pues esta es una de las condiciones que permiten diferenciar esta figura del hecho del príncipe, el cual, como se indicó, es imputable a la entidad. En cuanto a la alteración de la economía del contrato, es de la esencia de la imprevisión que la misma sea extraordinaria y anormal. Supone que las consecuencias de la circunstancia imprevista excedan, en importancia, todo lo que las partes contratantes han podido razonablemente prever (...) (Colombia. Consejo de Estado, 2003, Rad. 14577).

Se evidencia entonces, la gran diferencia entre los riesgos previsibles y la teoría de la imprevisión, sus nombres son indicativos de la diferencia de figuras, así los primeros hacen parte de los riesgos del contrato y los segundos son exógenos.

3.2. APLICACIÓN DE LA PREVISIÓN DE RIESGOS EN ALGUNAS ENTIDADES DEL ESTADO

En un estudio realizado por el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda publicado en el documento Conpes 3714 de 2011, se concluyó que las entidades públicas presentaban algunas falencias al momento de establecer los riesgos previsible, respecto de la Identificación del Riesgo Previsible y respecto del ejercicio de Tipificación, Estimación y Asignación.

Se concluye con el citado estudio, una necesidad de articular el contenido del artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, con lo dispuesto en los artículos 14 y 27 de la Ley 80 de 1993 y los Decretos Reglamentarios a través del establecimiento de políticas públicas sobre riesgos previsible 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.

4. PROBLEMÁTICAS, INCONVENIENTES Y CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

4.1. EN EL CONTRATO DE OBRA

Lo primero que se debe establecer al respecto es que a través de esta tipología contractual se presentan una gran cantidad de inconvenientes frente a la estimación, tipificación y asignación de riesgos, tanto para las entidades como para los contratistas, ya que el mismo implica hacer un estudio que va desde su definición hasta los probables riesgos previsible que pueden presentarse en este contrato.

De conformidad con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales se definen como aquellos actos jurídicos generadores de obligaciones que celebran las entidades descritas en el art. 2 numeral 1 de dicha Ley; y de manera particular, frente al contrato de obra, en el numeral 1 del artículo 32, éste se define de la siguiente manera: “son contratos de obra los que celebren las

entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”.

Al respecto, el Conpes 3107 de 2001, que establece los lineamientos de política general sobre el manejo de los riesgos contractuales, los define como:

la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos. Según las particularidades de cada riesgo, las partes están en capacidad de establecer los mecanismos de mitigación de su impacto y de cobertura, así como su asignación a los distintos agentes involucrados (DNP, Conpes 3107 de 2001).

Del mismo modo, el mismo documento en mención establece:

Una asignación adecuada de los riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación. Esto se logra asignando cada riesgo a la parte que mejor lo controla. Los riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las partes en los contratos (DNP, Conpes 3107 de 2001).

Lo anterior implica que debe identificarse, es decir, se debe dar una tipificación de los riesgos en el contrato de obra, pero habitualmente la tipificación se restringe a una clasificación genérica, la cual se encuentra consignada por el mismo documento Conpes 3107 de 2001. Sobre el particular, los riesgos que se contemplan pueden ser: comerciales, de construcción, geológicos, de operación, financieros, cambiarios, regulatorios, de fuerza mayor, por adquisición de predios, ambientales y soberanos o políticos.

De manera específica, en los contratos de obra se pueden presentarse tres clases de riesgos para el contratista; dichos riesgos pueden ser: riesgo comercial, riesgo financiero y de construcción.

Sin embargo, este tipo de riesgos en el contrato de obra pueden ser de naturaleza relativa, puesto que la primera dificultad técnica es desagregar estas categorías genéricas. “Si el propósito de la gestión de los riesgos es identificar los eventos sorpresivos que encarezcan o dificulten las

prestaciones, es preciso establecer un mayor grado de definición” (Sánchez, 2011, p. 16).

4.2. EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN

De acuerdo con Sánchez (2011), los antecedentes del contrato de concesión en Colombia tienen sus inicios a partir de la década de los noventa, momento en que las limitaciones presupuestales así como la necesidad de mejorar la infraestructura del país, llevaron a que se identificaran formas alternativas de financiación de proyectos que ayudaran con el desarrollo nacional que tanto se necesitaba para ese momento. Esto implicaba un gran paso para la construcción de infraestructura del país y frente a los tradicionales proyectos financiados por el Estado.

Al respecto, el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, define el contrato de concesión como aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción,

explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

A través de la Ley 1508 de 2012, el legislativo colombiano estableció que las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, “se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas. Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración” (Ley 1508 de 2012, artículo 2).

El contrato de concesión de obras públicas para la generación de

infraestructura vial, se han experimentado varias fases en el manejo del riesgo concesional. En una primera fase se determinó que existían riesgos no posible de transferir a los particulares, debido a las condiciones económicas, políticas y sociales del país. Esto creó un gran impacto fiscal, debido a las garantías de ingreso que se otorgaron a favor de los inversionistas privados, quienes a fin de cuentas, resultaron beneficiados (Sánchez, 2011, p. 17).

Con relación a las llamadas concesiones de primera generación, según señala Sánchez (2011), los riesgos de financiación, construcción, regulación, cambiario y de fuerza mayor, eran asumidos por el concesionario, de otra parte la administración respondía, absolutamente, por los riesgos relacionados con los volúmenes de tráfico, tarifas de peajes, predios y licencias, como parcialmente, del riesgo de construcción. Debido a los altos costos ocasionados por el otorgamiento de garantías de ingreso, la distribución del riesgo ha experimentado variaciones en la segunda y tercera generación de concesiones. Con base a estos sucesos, la concesión de segunda y tercera generación, se adoptaron estudios de tráfico, se permitió el aumento de tarifas, la aceptación de aportes por parte de la Nación, la reducción de la imposición a las empresas

concesionarias, así como el manejo del plazo de duración de la explotación, ya que en la primera generación el plazo era fijo. Con relación a cada riesgo, indicare unos de los cambios introducidos:

El riesgo de construcción, en la primera generación de concesiones era asumido por el concesionario y parcialmente por el INVIAS. En la segunda y tercera generación pasó a ser completamente por el concesionario, salvo en el caso de ocurrencia de alto riesgo geológico, como por ejemplo en la construcción de túneles.

En cuanto a los riesgos por adquisición de predios, en las concesiones de primera generación, era asumido totalmente por la administración, para las concesiones de segunda generación, a pesar que el concesionario debía aportar recursos para la adquisición, la responsabilidad, gestión, compra y entrega de los mismos correspondía al INVIAS, mientras que para las concesiones de tercera generación, la gestión de compra le corresponde al concesionario y la expropiación, a cargo del INVIAS.

Ahora bien, un primer paso para seguir con este estudio y respecto de este tema, es la identificación específica de los riesgos, los cuales usualmente, se restringen a una clasificación genérica, enunciada por el mismo Conpes 3107 de 2001, documento que será de gran ayuda para el desarrollo de este trabajo. Los riesgos pueden ser: comerciales, de construcción, geológicos, de operación, financieros, cambiarios, regulatorios, de fuerza mayor, por adquisición de predios, ambientales y soberanos o políticos.

Lo anterior denota una gran dificultad técnica en el sentido de desagregar estas categorías. Según Benavides (2009), si el propósito de la gestión de los riesgos es identificar los eventos sorpresivos que encarezcan o dificulten las prestaciones, es necesario establecer un mayor grado de definición. Algo totalmente cierto, toda vez que el riesgo comercial en un proyecto, por ejemplo, tiene muchas manifestaciones, cuyas especificidades no pueden tomarlo globalmente. El riesgo en la explotación de una infraestructura entregada en concesión constituye un riesgo comercial, por la

incertidumbre por los ingresos que generará, ingresos que pueden verse afectados, por ejemplo, por el valor de suministros, condiciones laborales del personal, baja sensible de usuarios etc., factores que no tienen la misma probabilidad de aparición ni el mismo impacto sobre el proyecto. Otro ejemplo, es el hecho de que no tienen los mismos riesgos la construcción de un túnel, que la de una carretera. El riesgo de una obra nueva no comporta el mismo riesgo de una rehabilitación. Así podríamos continuar con más ejemplos, pero hay otra dificultad que presenta el documento Conpes y los pliegos, los cuales describen superficialmente los componentes de las categorías de riesgos, esto, a manera de ejemplo, no de manera juiciosa y exhaustiva, lo que deja un margen de incertidumbre.

El documento Conpes 3107 de 2001, creado con el fin de atender y solucionar el tema de los riesgos, se evidencia en su título, Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura, herramienta que se creó para fortalecer los procesos de vinculación de capital privado en

infraestructura, pero como lo hemos indicado en este estudio, hay una serie de falencias, ya que este documento no sienta unas bases serias y de fondo para la estimación, tipificación y asignación de riesgos, para un proceso de concesión. Se mira con extrañeza que el Conpes 3107 de 2001, manifiesta que la evaluación de los proyectos o inversiones privadas en infraestructura, así como su estructura y viabilidad financiera se realiza sobre la base de una proyección probable de flujos, esto es, de los costos de construcción y operación, así como de los ingresos esperados, además indica que una asignación adecuada de los riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación. Esto se logra asignando cada riesgo a la parte que mejor lo controla. Los riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las partes en los contratos. ¿Pero esto que se indica, que tan cierto es? No tanto, ya que como se evidencio en algún momento, surgió una gran preocupación por parte de los contratistas por la forma como las entidades estatales estaban elaborando sus proyectos de distribución de riesgos, pues por este mecanismo que fue creado por la ley 1150 de 2007, las entidades están trasladándoles

riesgos que tradicionalmente se han considerado como propios de la entidad estatal, como dueña de la obra, por escaparse del ámbito del "alea normal" del contrato. Recordemos que el artículo 4 de la ley 1150 de 2007 estableció que "los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación". Concepto de previsibilidad que las entidades pasan por alto cuando hacen la lectura de este adjetivo que limita la distribución de riesgos únicamente a los previsibles y se han dado a la tarea de incluir en sus listas todo tipo de riesgos imaginables así las probabilidades de ocurrencia en el sitio de las obras sean nulas. Es por esta razón que terminan cometándose errores de groso modo, como el cometido por el INVIAS en una matriz de riesgos en la cual se incluyeron los tsunamis en la lista de riesgos que podrían ocurrir durante la ejecución de una obra en el interior del país. Ahora bien, si se parte del hipotético de que la Ley estableció que los riesgos que deben ser objeto de regulación son únicamente los previsibles ¿cómo es posible que el INVIAS haya incluido dentro de la distribución de

riesgos en el proyecto del Túnel de la Línea situaciones de fuerza mayor (mencionadas con este nombre de manera expresa) como desastres naturales, actos terroristas, guerra, hallazgos arqueológicos, de minas o de yacimientos? Cuando se sabe que la naturaleza de la fuerza mayor radica en la imprevisibilidad e irresistibilidad de un evento, esto es, que por su naturaleza ellos no deberían estar en una matriz de distribución de riesgos previsible y menos deben incluirse para asignarle algún grado de responsabilidad al contratista.

Una consecuencia jurídica de la aplicación de la técnica de riesgos, es su impacto sobre el precio de los contratos. El valor de la remuneración del contratista aumentará mientras más riesgos asuma, algo que se ve como lógico. No puede establecerse una equivalencia absoluta entre riesgos asumidos por el contratista y aumento del precio del contrato. Hay que tener en cuenta que si el riesgo se materializa, quedara cubierto por el valor pagado por la entidad, que finalmente lo habrá soportado de manera anticipada y si el riesgo no se realiza, el valor que se le ha asignado en el contrato generara una

ganancia neta para el contratista. Por último, aun cuando existe una relación entre los riesgos asumidos por el contratista y el valor de la remuneración, no será aconsejable buscar relaciones directas entre unos y otros, sino valor el costo de asumirlos.

5. CONCLUSIONES

La Ley 1150 de 2007 fue proferida con el objeto de brindar mayor eficacia y transparencia a los procesos contractuales de la administración pública, en este sentido, se consagró su artículo 4º que estableció la obligación de tipificar, estimar y asignar los riesgos contractuales, de manera previa al proceso de contratación y específicamente en el pliego de condiciones.

En la tipificación, estimación y asignación de riesgos, las entidades públicas han cometido algunas imprecisiones, que han sido identificadas en un estudio realizado por el Departamento Nacional de Planeación, entre las que cabe destacar: Confusión de riesgos previsible con violaciones al régimen de contratación; estudios donde se salta la estimación de los riesgos, o no se

presentan porcentajes amparados en un estudio serio; se trasladan riesgos al contratista sin tener en cuenta el nivel de información entregado y la capacidad de las partes para administrarlo y mitigarlo.

El Documento Conpes 3714 de 2011, indica la forma en la cual se deben tipificar, estimar y asignar los riesgos; frente a ello, se yerra cuando una entidad estatal incluye en la categoría de los riesgos previsible la fuerza mayor, pues no encaja en tal categoría, como tampoco lo son, aquellos que tienen que ver con el incumplimiento total o parcial del contrato, tampoco las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, ni los hechos derivados de la responsabilidad contractual, los cuales corresponden a la categoría de la imprevisión.

Se aprecia, entonces, la necesidad de que exista coherencia entre el contenido del artículo 4° de la Ley 1150 de 2007 con los artículos 14 y 27 de la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, lo que se puede lograrse si se establecen políticas públicas sobre riesgos previsible y una definición clara de lo que debe entender por

tipificación, estimación y asignación de los riesgos, que sirvan de herramienta a las entidades públicas que tienen la obligación de incluirlos en sus pliegos de condiciones.

Existe gran diferencia entre los riesgos previsible y los imprevisible, mientras que los primeros se refieren a situaciones reales y concretas, que pueden afectar la ejecución del contrato, las dificultades que puedan presentarse y los riesgos económicos que se deriven, tipificándolos, estimándolos y asignándolos al contratante y al contratista, de manera previa a la etapa contractual, que busca evitar futuras controversias. Los riesgos imprevisible, no pueden ser tipificados, estimados, ni asignados, porque como su nombre lo indica son circunstancias sobrevinientes, imprevistas e imprevisible que alteran la ecuación contractual, haciendo necesaria la revisión del contrato.

En diferentes casos se ha entendido que la exigencia de tipificar, estimar y asignar los riesgos previsible no constituye una prerrogativa más para la entidad estatal, sino una forma de dinamizar la contratación, haciendo más efectiva la ecuación

contractual y los fines y principios del Estado, resultando de gran importancia los medios financieros garantizando el éxito de los mismo y así mismo disminuyendo las controversias que antes de la norma se presentaban y que ahora se han podido prever.

A partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, se consagró la tipificación, estimación y asignación de los riesgos contractuales y el Documento Conpes 3714 de 2011, brinda una herramienta para su aplicación. Así se entiende la tipificación como la determinación de cada riesgo dentro del contrato, la estimación corresponde a la cualificación o determinación de ellos y la asignación, se entiende como la manifestación de la parte que debe asumirlos. Su discusión de manera previa a la contratación evitará futuras controversias, por cuanto habría un mayor equilibrio financiero, al tenerse previstos de manera anticipada, así mismo ya señalados, estimados y asignados, sin que haya lugar a que se tejan discusiones por su aparición.

A través de la tipificación, estimación y asignación de los riesgos, se busca identificar las situaciones reales previsibles, que pueden afectar la ejecución del contrato, evitando controversias hacia futuro, que generen dificultades o sobrecostos en torno a la contratación inicial, para de manera previa indicar cuál de las partes debe asumir el riesgo que se previó.

Por la confusión entre los riesgos previsibles y los imprevisibles, es importante diferenciar de los riesgos previsibles, aquellos que son netamente imprevisibles, los cuales, de acuerdo con la normativa no pueden estar en la matriz de la previsibilidad. Los riesgos previsibles y la teoría de la imprevisión son teorías disimiles y en ningún evento pueden confundirse.

La falta de diferenciación de los riesgos previsibles con los imprevisibles, ocasionan que el valor de la contratación sea más elevado, pues mientras mayor sea el riesgo para el contratista, mayor será el valor de la remuneración, lo cual no es aconsejable porque atenta contra los principios de la contratación.

REFERENCIAS

- Becerra S., Á. (2008). *Los riesgos en la contratación estatal*. Bogotá: Leyer.
- Benavides, J. (2004). *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Benavides, J. (2009). *Estudios sobre la reforma del estatuto contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Colombia. Congreso de la República. (1993). *Ley 80, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Diario Oficial No. 41.094, del 28 de octubre de 1993.
- Colombia. Congreso de la República. (2007). *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*. Legislación, 111(1316), 89-104.
- Colombia. Corte Constitucional. (2009). *Sentencia C-614*. Bogotá. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Colombia. Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-1016*. Bogotá. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. (2001). *Documento Conpes 3107, Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura*. Bogotá: Consejo Nacional de Política Económica y Social.
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. (2011). *Documento Conpes 3714. Del Riesgo Previsible en el marco de la Contratación Pública*. Bogotá: Consejo Nacional de Política Económica y Social.
- Colombia. Ministerio de Educación Nacional. (2013). *Metodología para la identificación, tipificación y asignación de riesgos*. Disponible en: http://www.mineducacion.gov.co/cvn/1665/articles-310795_metodologia.pdf
- Colombia. Presidencia de la República. (2008). *Decreto 2474, por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 47.043 de julio 7 de 2008 (Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012).
- Colombia. Presidencia de la República. (2012). *Decreto 734, por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 48400 del 13 de abril de 2012 (Derogado por el art. 163, Decreto Nacional 1510 de 2013).

Colombia. Presidencia de la República. (2013). *Decreto 1510, por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública*. Diario Oficial 48854 de julio 17 de 2013. Recuperado de

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=53776>

De Vega P., G. (2012). La distribución de riesgos en el contrato estatal colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, II-LXV-149. Disponible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=62149&print=2>

Fandiño G., J. (2011). Regulación y distribución de riesgos en los contratos de concesión de obra e infraestructura de transporte. *Verba Iuris*, (26), 97-110.

Fonseca P., E. (2002). La asignación o distribución de riesgos en la contratación de obras públicas. *Revista de Derecho Público*, (14), 35-48.

Granillo O., R. (1990). *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Palacio H., J. (2007). *La contratación de las entidades estatales*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.

Palacios, M. (2007). *La contratación directa, misión de contratación*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación. Bogotá: Uniandes.

Quiñones M., L. (2013). *Estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles en la contratación estatal*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Sánchez V., D. (2011). *De la estimación, tipificación y asignación de riesgos en la contratación estatal*. Bogotá: Universidad de La Sabana.

Santofimio G., J. (2009). 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. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (1), 1-58.

Suárez B., G. (2009). *La nueva contratación pública en Colombia. Anotaciones sobre la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación*. Bogotá: Legis.

CURRICULUM VITAE

Ana María García Jaramillo: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, coautor del presente artículo presentado como requisito para el diplomado en profundidad sobre Contratación Estatal.

Lizeth Andrea Flórez Acevedo: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, coautor del presente artículo presentado como requisito para el diplomado en profundidad sobre Contratación Estatal.