

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACION A DISTANCIA-UNED-

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

DOCTORADO EN DERECHO PATRIMONIAL:

LA CONTRATACIÓN CONTEMPORÁNEA

CURSO : INVESTIGACIÓN I: DERECHO PATRIMONIAL.

CODIGO : 06 02 026

TUTORA: Dra. FÁTIMA YAÑEZ VIVERO

Tutora Período de Investigación UNED

fyanez@der.uned.es

DOCTORANDO: INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO

Calle 132ª No. 19-64, Interior 1, Apto 302.

Tel: 057-1- 2 16 27 72

Bogotá D.C.

República de Colombia.

[inomelendez@gmail.com;](mailto:inomelendez@gmail.com)

[imelendez@uniandes.edu.co;](mailto:imelendez@uniandes.edu.co)

inocenciomelendezjulio@hotmail.com

Bogotá D.C., Colombia, mayo 10 de 2009

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	5
PRIMERA PARTE. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO.	13
1. La Política Pública para el Manejo del Riesgo Contractual.	14
2. El Régimen Jurídico del Riesgo Contractual en Colombia.	47
2.1 Los Riesgos en Colombia a partir del Código Civil.	48
2.2 Los Riesgos en Colombia a partir del Código del Comercio.	58
2.3 Los Riesgos en Colombia a partir del Estatuto General de Contratación.	73
SEGUNDA PARTE. TIPOLOGÍA DE LOS RIESGOS DE LOS CONTRATOS ESTATALES EN COLOMBIA.	83
1. Antecedentes.	84
2. Definición de Riesgo.	84
3. El Manejo del Riesgo.	85
4. Por qué Manejar el Riesgo.	85
5. Reflexiones.	85
6. Propuesta.	86

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

TERCERA PARTE. CLASIFICACIÓN DE LOS RIESGOS SEGÚN SU ORIGEN.	86
3.1 El Riesgo Directo.	86
3.2 El Riesgo Indirecto.	91
CUARTA PARTE. CLASIFICACIÓN DE LOS RIESGOS SEGÚN LA ETAPA DE CONTRATO.	96
4.1 Los riesgos durante la etapa de concepción/construcción.	97
4.1.1 Riesgos Técnicos.	97
4.1.2 Riesgos Económicos Financieros.	99
4.2 Riesgos durante la fase de operación.	101
4.3 Riesgos permanentes según el entorno en que se ejecuta el contrato reconcesión.	104
QUINTA PARTE. LOS RIESGOS ESPECÍFICOS Y LAS HERRAMIENTAS PARA LA ATENUACIÓN Y LIMITACIÓN DE LOS RIESGOS.	106
5.1 Los Riesgos Específicos para el Socio Privado.	106
5.2 Los Riesgos Específicos para el Poder Público el Ente Concedente.	107
5.3 Atenuación de los Riesgos.	108
5.4 La limitación de los Riesgos en la Fase de Formulación.	109
5.5 La Limitación de los Riesgos en la fase de Operación.	110

**LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y
DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL
COLOMBIANO**

SEXTA PARTE. LA ASIGNACIÓN ADECUADA DE LOS RIESGOS.	112
6.1 La Asignación de los Riesgos en la fase concepción/construcción.	112
SÉPTIMA PARTE. OTROS RIESGOS A AMPARAR.	115
7.1 Los Riesgos a amparar derivados del incumplimiento de las obligaciones.	115
7.2 Cubrimiento de otros riesgos.	119
7.3 Excepciones al otorgante del mecanismo de cobertura del riesgo.	120
7.4 Excepciones al Principio de Indivisibilidad de la Garantía.	121
OCTAVO TEMA. DISEÑO DE MATRIZ DE RIESGO APLICABLE A UN CONTRATO ESTATAL DE OBRA PÚBLICA Y DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE.	123
CONCLUSIONES.	126
BIBLIOGRAFÍA.	129

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de esta investigación se centra en el tema de “La Adecuada Identificación, Tipificación, Asignación y Distribución de los Riesgos en el Derecho Contractual Colombiano”, a partir de la experiencia colombiana y sin perder de vista lo que implica este asunto en otras latitudes como uno de las más complejas aristas de la contratación pública conlleva al examen de los procesos de planeación, contractual, de todo el alistamiento y preparación de todas las fases de formación del contrato, su ejecución e incluso el tema pos-contractual, de cara al logro de procesos contractuales más eficientes, de mayor calidad contractual y social, en términos de costos presentes y futuros que deben asumir las entidades públicas frente a los riesgos contractuales que de no preverse adecuadamente tienden a convertirse en una fuente de desangre del patrimonio público, y como consecuencia de ello se produce inseguridad jurídica para las partes y se rompe la estructura esencial al contrato estatal: el equilibrio o la ecuación económica y financiera del contrato.

Es inocultable que una de las grandes dificultades del sistema contractual colombiano y particularmente de los contratos de obra pública se relaciona como se anuncia previamente con el deficiente sistema de planeación y de previsión de riesgos en las etapas pre-contractuales, de ejecución contractual y post-contractual. De allí, las constantes reclamaciones económicas de los contratistas, que cuando se trata de macro o mega proyectos de infraestructura pública,

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

incluso llegan a los más altos tribunales, significando que incluso la reclamación se hace más onerosa justamente a causa del conflicto que se judicializa.

La no previsión oportuna de riesgos, igualmente conlleva a la alteración sistemática de las cláusulas iniciales u originales del contrato escritas en los pliegos de condiciones para la licitación pública, por ejemplo, cuando se aducen mayores cantidades de obra, requerimiento de prórrogas constantes o de adiciones en valor y plazo que finalmente modifican las condiciones pactadas convirtiéndose en una práctica nociva para el contrato descolocando su vocación naturales de cumplir lo pactado en el estricto sentido de la letra del contrato.

En Colombia, después de la promulgación de la Constitución Política de 1991, se expidió el Estatuto de la Contratación Estatal –ley 80 de 1993- esta ley ha sido reglamentada por un abundante número de Decretos y últimamente se expidió la ley 1150 de 2007 la cual introdujo medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictaron otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. Esta ley 1150 ha sido reglamentada por los Decretos No.066 del 16 de enero de 2008 derogado por el Decreto No.2474 del 7 de julio de 2008; y por los Decretos No.1170 del 14 de abril de 2008; No.4444 del 25 de noviembre de 2008; No.4828 del 24 de diciembre de 2008 y No.4881 del 31 de diciembre de 2008.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

En ese transcurrir de expedición de normas, en un ordenamiento jurídico, como el colombiano, que goza de un excesivo reglamentarismo y un sistema normativo monumental, los esfuerzos legislativos, buscan desde hace años, particularmente en materia contractual, implementar instrumentos tendientes a buscar mayor transparencia y objetividad en la escogencia de contratistas del Estado y es la ley 1150 mencionada la que señala que debe a partir del 17 de enero de 2008 debe “realizarse un estudio de los riesgos de la contratación estatal a través de su tipificación, de su asignación y de su estimación. El nuevo dispositivo legal es un elemento esencial para la planeación del contrato, con base en él, las partes conocen desde el principio cuáles son las eventualidades que rodean la ejecución de cada contrato en particular y a cuál de ellas corresponde prevenirlas y conjurarlas. De tal forma, es también un mecanismo para evitar descalabros al patrimonio público, pues quedará claro desde la etapa precontractual bajo qué circunstancias el Estado o el particular deberán afrontar los efectos económicos de los riesgos”¹ (negrilla y subraya por fuera del texto original).

Y no se trata entonces de falta de normas sino realmente de la omisión de éstas, porque ya para el año 2002 el Decreto Nacional No.2170 derogado por el artículo 83 del Decreto 066 de 2008, en su artículo 8, señalaba: “En desarrollo de lo previsto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993², los estudios en los cuales se analice la conveniencia y la oportunidad de

¹ BECERRA Salazar, Alvaro Darío, “Los Riesgos en la Contratación Estatal: Estimación, Tipificación y Asignación”, Editorial Leyer, Bogotá, Colombia, año 2008, p.7.

² ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. “En virtud de este principio:

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

realizar la contratación de que se trate, tendrán lugar de manera previa a la apertura de los procesos de selección y deberán contener como mínimo la siguiente información: 5. El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista” (negrilla y subraya por fuera del texto original).

Con en el transcurrir del tiempo, al aplicar las instituciones públicas, esta norma al régimen contractual, simplemente la gestión se limitó a cubrir los riesgos a partir de las garantías o pólizas, vigencias y cuantías que corresponde constituir al contratista, desestimando la importancia de los procesos de planeación y ejecución del contrato tendientes los primeros a evidenciar y prevenir a partir de los estudios de riesgo lo que puede acontecer durante la ejecución del contrato y lo segundo la ejecución del objeto y obligaciones contractuales con eficiencia y calidad en la gestión del contrato.

Sin duda, tal interpretación y aplicación de la norma ha traído grandes pérdidas económicas y negativas percepciones ciudadanas respecto de la eficiencia de lo público, sobre todo cuando se trata de ejecución de obras públicas de interés general o social y ha venido creando una especie de “anarquía contractual”, que desde la visión del contratista todo imprevisto causa desequilibrio económico en detrimento del presupuesto público.

7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

En ese sentido, también el panorama contractual presente una gran inestabilidad de lo pactado por las partes y se suceden sucesivas modificaciones al clausulado del contrato que a su vez produce inseguridad jurídica para las partes y para terceros que esperan una gestión pública eficiente tanto de parte de la administración como de los contratistas.

Lo anterior, desvirtúa el acuerdo inicial u original que han suscrito las partes y que sólo por vía de excepción debería ser modificado parcialmente.

En el devenir de ese panorama, el legislador modificó la norma original, esto es, el numeral 5 del artículo 25 de la ley 80 de 1993³ y en el artículo 4 de la ley 1150 de 2007, estableció: “*DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES*. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la **estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación**.”

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la **asignación de riesgos** con el fin de establecer su distribución definitiva” (negrilla y subraya por fuera del texto original).

³ La ley 80 de 1993 en su ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. Señala: “En virtud de este principio: 5o. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten”.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

La actividad contractual pública, no pocos acontecimientos dolorosos ha dejado a la sociedad, quizás el más paradigmático caso, esta en la desafortunada y lamentable muerte de 21 niños de un colegio en la ciudad de Bogotá, que murieron bajo el peso mortífero de una máquina de propiedad de un consorcio constructor de las obras de TransMilenio (sistema público de transporte urbano), cuando regresaban de estudiar en su bus escolar de camino al reencuentro diario con sus familias, esa fatídica tarde del mes de abril del año 2005, dejó una impronta en la sociedad colombiana, y conllevó el repudio por la falta de previsión, sin que ese haya sido la única situación en que se han perdido vidas humanas en el transcurso de construcción de obras públicas. Sobre este caso, hace muy pocos días, el Tribunal Superior Contencioso Administrativo de Cundinamarca, se ha pronunció, ordenando al Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- de Bogotá y al consorcio Alianza Suba el pago de una importante suma económica a una de las familias de los niños víctimas que falleció en la tragedia del Colegio Agustiniense de Bogotá. Se trató entonces, sentencio el alto Tribunal, de una falla en el servicio. Hasta hoy, tres familias continúan debatiendo en un proceso judicial los perjuicios y pidiendo reparación en representación de sus hijos víctimas mientras continúan causas de responsabilidad penal por homicidio culposo para el director general del proyecto, el despachador de maquinaria y el conductor de la demoledora de asfalto que provocó el accidente y acabó con la vida de los niños, un profesor y el conductor del bus escolar.

Atendiendo todo lo anterior, y con la preocupación constante de prevenir en todo lo posible cualquier el acaecer de cualquier riesgo contractual que ponga en peligro la calidad de las obras

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

y por supuesto que elimine cualquier riesgo previsible que cause afectación a los derechos individuales de las personas o colectivos de la sociedad, se justifica investigar acerca no sólo de la evolución normativa sobre la figura de la configuración del riesgo contractual en la legislación colombiana, sino aprender de la experiencia práctica, en la medida en que las empresas colombianas también han desarrollado dispositivos que aseguren al máximo la seguridad jurídica del contrato su equilibrio económico y la garantía del interés público o general se vea realmente protegida a partir de obras que generen desarrollo y bienestar general en la sociedad y crecimiento económico para el país.

En ese escenario de lo deseable y de lo posible, se evita que el Estado asuma cargas onerosas que con un buen sistema de planeación contractual y de previsión de riesgos maximiza la intervención y el presupuesto público orientando su ejecución como inversión pública más que gasto público comoquiera que toda obra pública debidamente planificada y ejecutada tiene como consecuencia inmediata el bienestar y progreso de la comunidad.

Por el abordaje de las fuentes, la investigación en el orden jurídico, se hará desde la Constitución Política, el Derecho Internacional, las normas nacionales, la jurisprudencia y la doctrina comparada. Desde el punto de vista práctico la investigación en el orden exploratorio/analítico se aborda acudiendo a la fuente directa de la experiencia contractual de empresas del Estado.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

Cabe advertir, que la doctrina y literatura jurídica, en el Derecho Público, sobre el tema de investigación, es escasa por no decir, tremendamente precaria, por lo que es necesario recurrir al Derecho Privado, especialmente al Derecho de Obligaciones, así como a la Teoría del Equilibrio Económico o Financiero Contractual en armonía con los dispositivos normativos vigentes, particularmente la ley 1150 de 2007 y sus Decretos Reglamentarios.

Con lo anterior, se pretende dar respuesta a los problemas jurídicos planteados en el proyecto de investigación que básicamente se sintetizan, así: (i) ¿El régimen contractual y el contenido y alcance de los riesgos ordinarios o comunes y especiales del contrato estatal cuentan con las herramientas jurídicas suficientes para la protección del patrimonio público y de la garantía del principio de colaboración de los particulares en la contratación estatal en Colombia? y (iii) ¿El Estado Colombiano cuenta con el diseño de una Política del Riesgo Contractual que permita prever detrimentos del erario público causados por el deficiente manejo de los riesgos en el proceso precontractual, contractual y poscontractual?.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

PRIMERA PARTE. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO.

Esta primera parte tiene por fin, acercarse a conceptos esenciales del riesgo desde el Derecho Comparado y muy particularmente desde las normas y la doctrina española la cual es un referente de mucho valor para los estudios jurídicos colombianos que intentan aproximaciones tanto jurídicas como prácticas, si se tiene en cuenta, las experiencias de grandes proyectos particularmente de obra pública y de infraestructuras del transporte en la Unión Europea, que están a la vanguardia de proyectos hoy por hoy considerados como ejemplares en desarrollo y financiación con esquemas de previsión de riesgos más puntuales y menos asediados por inestabilidad de orden político o geográfico como ocurre particularmente en Colombia, lo cual define también la disponibilidad de importantes presupuestos que responden de otra forma a las expectativas sociales y económicas de un mundo cada vez más globalizado en el que la previsión, atenuación de riesgos es fundamental, con componentes como el ambiental, o con grandes acuerdos multilaterales para fortalecer la conectividad, el tráfico comercial y la apertura de mercados y Tratados de Libre Comercio entre países de Europa y América Latina, con grandes inversiones en las que la inversión en grandes obras de infraestructura, resulta fundamental en torno a la movilización de materias primas y productos, generación de empleo y desarrollo y crecimiento sostenible, etc.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

En ese contexto, el tema de riesgos es central en materia contractual y casi todas las previsiones quedan en manos de las partes, del contenido de los pliegos de condiciones y del texto del contrato, gracias a la escasez y precariedad de las fuentes.

1. LA POLÍTICA PÚBLICA PARA EL MANEJO DEL RIESGO CONTRACTUAL.

Lo deseable, en materia de política pública, por el sencillo principio de coherencia y sostenibilidad de los mejores modelos de gestión estatal, es que las políticas en todos los campos de la esfera que se regula tenga el carácter de política de Estado y no simplemente de política de Gobierno, porque eso es tanto como someter el rumbo de la actividad pública al entendimiento, interés, capricho o simpatía del gobernante, en la temporalidad de su permanencia en el poder y en un determinado campo de la actividad pública.

En ese sentido, en Colombia, las normas contractuales, han tenido una apreciable estabilidad, pero han gozado de un excesivo reglamentarismo, que hacen complejo no sólo el campo de estudios jurídicos, que no cuenta con una tradición histórica importante, sino la práctica contractual en términos de los referentes que tienen los contratistas y los ciudadanos para conocer de forma clara y expedita sus derechos y obligaciones, de manera sencilla y comprensiva.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

Por eso, el Consejo de Política Económica y Social –CONPES y el Consejo de Política Fiscal - CONFIS-, han hecho esfuerzos, para que los criterios en el ámbito de la contratación sean comprensibles y posibles en el desarrollo de la contratación estatal.

De forma específica entonces los Documentos CONPES DNP 3107 y 3133 de 2001, se han ocupado de la política pública de los riesgos contractuales según la tipología del contrato.

El primer Documento que data del 3 de abril de 2001, esto es el CONPES 3107, hace referencia a la **“Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura”** y se dirige a proyectos de participación privada en infraestructura, en los sectores de: (1) transporte, (2) energía, (3) comunicaciones, y (4) agua potable y saneamiento básico.

La normatividad y los lineamientos de los Documentos CONPES se orientan a estructurar los proyectos y la adecuada asignación de riesgos entre las partes en los contratos con base en información suficiente y se constituyen en una herramienta metodológica tendiente a fortalecer los procesos de vinculación de capital privado en infraestructura, esto significa, que al minimizar los riesgos mayor será la confianza inversionista privada en las obras públicas y en los proyectos de infraestructura.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

Ahora bien, la Ley 448 del 21 de julio de 1998, adoptó medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y dictó otras disposiciones en materia de endeudamiento público. Esta Ley, ordenó que de acuerdo con la Ley Nacional de Presupuesto, Nación, las Entidades Territoriales y las Entidades Descentralizadas de cualquier orden deben incluir en sus presupuestos de servicio de deuda, las apropiaciones necesarias para cubrir las posibles pérdidas de las obligaciones contingentes a su cargo. Se entiende en el contexto de esta Ley por obligaciones contingentes las obligaciones pecuniarias sometidas a condición y se creó el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales como una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la fiduciaria La Previsora.

El objeto del Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales es atender las obligaciones contingentes de las Entidades Estatales que determine el Gobierno. El Decreto Nacional No.423 del 14 de marzo de 2001, en su artículo 6, definió como obligaciones contingentes, “aquéllas en virtud de las cuales alguna de las entidades señaladas en el artículo noveno del presente Decreto, estipula contractualmente a favor de su contratista, el pago de una suma de dinero, determinada o determinable a partir de factores identificados, por la ocurrencia de un hecho futuro e incierto”. Las Entidades sometidas al régimen obligatorio de contingencias contractuales del Estado, son: (1) La Nación; (2) Los establecimientos públicos, (3) Las empresas industriales y comerciales del Estado; (4) Las sociedades de economía mixta en las que la participación estatal sea de más del 75%; (5) Las unidades administrativas especiales con personería jurídica; (6) Las corporaciones autónomas regionales; (7) Los departamentos, los

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

municipios, los distritos y el Distrito Capital de Bogotá; (8) Las entidades estatales indicadas en los numerales 2º, 3º, 4º y 5º de los niveles departamental, municipal y distrital, (9) Las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas definidas en el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 en las que el componente de capital público sea igual o superior al 75% y (10) Las sociedades públicas.

El artículo 10 de la citada Ley 448, se ocupó de los sectores de riesgo y señaló que el Fondo de contingencias contractuales de las entidades estatales, debe atender las obligaciones contingentes que contraigan las entidades sometidas al régimen establecido en dicha Ley, en virtud de la celebración de los contratos indicados en el artículo 22 de la Ley 185 de 1995⁴, esto es, que en dicha norma se establece, que para efectos de la autorización de la apertura de procesos de licitación o concursos, públicos o privados, de **contratos de concesión y de aquellos contratos que desarrollen esquemas de participación privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos**, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá establecer requerimientos mínimos y procedimientos generales destinados a facilitar dichos procesos y asegurar que los términos financieros de los mismos sean convenientes para el país, precisando la norma que bien sea que este tipo de contratos se rijan por el estatuto general de contratación de la administración pública o por disposiciones contractuales especiales, en relación, entre otros sectores con el de infraestructura de transporte.

⁴ La Ley 185 del 27 de enero de 1995, autorizó operaciones de endeudamiento interno y externo de la Nación, se autorizan operaciones para el saneamiento de obligaciones crediticias del sector público, se otorgan facultades y dictó otras disposiciones.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

En cuanto a la política de riesgo contractual del Estado, los artículos 15 a 18 de la citada ley 448, son claros al establecer que, las entidades estatales deben ajustarse a la política de riesgo contractual del Estado, conformada por los principios, pautas e instrucciones que determine el Gobierno Nacional, para la estipulación de obligaciones contingentes a su cargo y que al Consejo de Política Económica y Social, CONPES, le corresponde orientar la política de riesgo contractual del Estado a partir del principio según el cual le corresponde a las entidades estatales asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creadas o autorizadas, y a los contratistas aquéllos determinados por el lucro que constituye el objeto principal de su actividad.

Son funciones del CONPES, en materia de política de riesgo contractual del Estado, recomendar las directrices que deben seguir las entidades estatales al estructurar proyectos, con participación de capital privado en infraestructura y, de manera específica, en lo concerniente a los riesgos que puedan asumir contractualmente como obligaciones contingentes.

En ese orden de ideas, el CONPES, revisa por lo menos una vez al año los lineamientos que determinan la política de riesgo a lo establecido por el Decreto Nacional No.423, con el fin de asegurar su adaptación a la realidad de la contratación estatal del país.

Cuando se trate de contratos a cargo de las entidades del orden nacional o descentralizado del mismo nivel, la dependencia de planeación del organismo rector del respectivo sector

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

administrativo, deberá conceptuar sobre la adecuación de tales contratos a la política de riesgo contractual del Estado establecida por el CONPES.

De igual manera, las dependencias de planeación de las entidades territoriales, deberán emitir concepto acerca del ajuste de los contratos de dichas entidades y de sus descentralizadas a la política de riesgo contractual del Estado señalada por el CONPES.

La aplicación de esta normatividad y de los lineamientos expresados en este documento para la estructuración de proyectos y la adecuada asignación de riesgos entre las partes en los contratos con base en información suficiente, son una herramienta metodológica que permitirá fortalecer los procesos de vinculación de capital privado en infraestructura.

Cabe señalar, tal como lo destaca el Documento CONPES 3107, que los procesos de vinculación de capital privado en el desarrollo de proyectos de Infraestructura en Colombia, se iniciaron a partir de 1991, cuando la nueva Constitución Política, abrió el espacio para ello.

En el Sector Transporte, es necesario recordar, que en el año 1993, fueron sancionadas las Leyes 80 del 28 de octubre que expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y la Ley 105 del 30 de diciembre mediante la cual se dictaron disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyeron competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales y se reglamentó la planeación en el sector transporte,

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

ampliando así, las posibilidades de participación privada reglamentando los contratos de concesión.

Así bajo esta nueva legislación, se inició la ejecución de los primeros proyectos con participación privada para la provisión de infraestructura. Según la información suministrada en el citado Documento CONPES, en esta primera etapa de vinculación de capital privado se construyeron 1500 KM de red troncal de gasoductos; se construyeron y/o rehabilitaron 1740 Km de carreteras, que representan el 11 % de la red troncal. En suma, en un período de 6 años se generó un nivel de inversión en obras cercano a \$9 billones de pesos de 2000.

El propio CONPES, revela que si bien fue posible alcanzar unas ambiciosas metas físicas, recientemente se ha generado un considerable impacto fiscal producto de las garantías, otorgadas en estos contratos. Sin embargo, dado el desarrollo existente en cuanto a marco regulatorio, la poca y reciente experiencia nacional e internacional sobre la ejecución de este tipo de proyectos y la situación de la economía que tuvo un impacto importante en las proyecciones de la demanda para todos los servicios, dichos proyectos no habrían podido ser ejecutados en el esquema de participación privada sin garantías dado que existían riesgos que no podían ser transferidos al inversionista en estas condiciones. Es claro que tampoco hubieran podido ejecutarse bajo el esquema de inversión pública, dadas las restricciones fiscales existentes.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

Las garantías generalmente eran de riesgo comercial. En el caso específico de carreteras fueron otorgadas también garantías de sobrecostos de construcción.

De otra parte, las Leyes 142 del 11 de julio de 1994, que estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios y la Ley 143 del 11 de julio del mismo año, que reguló el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, concedió unas autorizaciones y dictó otras disposiciones en materia energética, y el desarrollo posterior de las mismas, aclararon las reglas del juego en cuanto al rol y la forma en que deben actuar cada uno de los agentes, lo cual hizo que los esquemas de asignación de riesgos en los procesos de vinculación de capital privado en infraestructura también se haya modificado en el tiempo⁵. Uno de esos ejemplos, es justamente lo acontecido en el sub-sector de carreteras en Colombia, el cual mantiene en cabeza de las entidades estatales algunos de los riesgos. Ahora bien, con el desarrollo reciente en la estructuración de este tipo de proyectos se han podido transferir al inversionista privado el riesgo comercial, el riesgo de construcción, el riesgo de financiación⁶ y en parte los riesgos de predios y ambiental⁷.

Pues bien, respecto a los Lineamientos Generales de Política de Riesgos en Proyectos de Infraestructura, de acuerdo a los criterios fijados por el Documento CONPES 3107, la

⁵ El Documento CONPES 2775 de abril de 1995 que se refiere a la Participación del Sector Privado en Infraestructura Física recoge parte de esta problemática y el enfoque hasta ese momento.

⁶ Se incorporaron un soporte de ingreso para servicio de deuda y mecanismos de liquidez para mejorar las condiciones de obtención refinanciación sin embargo la obtención de la misma está a cargo del privado.

⁷ Documento CONPES 3107 de 2001, p. 6.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

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. Estas proyecciones deben permitir repagar las fuentes de financiación, en las que se incluyen el capital de riesgo del inversionista y los empréstitos⁸.

Conceptos fundamentales para comprender los riesgos contractuales se aprecian en el CONPES en comento, estos son:

- (1) **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.
- (2) **Los riesgos de un proyecto** se refieren a los diferentes factores que pueden hacer que no se cumplan los resultados previstos y los respectivos flujos esperados. Para determinar cuáles son los riesgos asociados a un proyecto se debe identificar las principales variables que determinan estos flujos.

⁸ En ese sentido, los inversionistas y prestamistas que financian este tipo de proyectos son especialmente cuidadosos en el análisis de los factores que pueden incidir en los flujos del proyectos y en la manera como los contratos contemplan la ocurrencia de esos eventos.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

- (3) El **concepto de riesgo en proyectos de infraestructura** se puede definir 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 ingresos⁹.

Adicional a la asignación teórica de los riesgos, un factor fundamental para el manejo del riesgo está relacionado con la calidad y confiabilidad de la información disponible. El esquema de asignación contractual de riesgos entre las partes tiene una relación directa con información conocida, por lo que con información de mejor calidad, la percepción de riesgo es menor y se pueden adoptar las medidas para controlar la incidencia de las fuentes de riesgo¹⁰.

Aún cuando un riesgo esté identificado, el mismo está sujeto a la ocurrencia de una condición, por lo que su impacto se puede predecir para determinados niveles de confianza, pero su ocurrencia está sujeta a fenómenos aleatorios. Sin embargo, en la mayoría de los casos se puede valorar estimando su probabilidad de ocurrencia y el costo a cubrir para los diferentes escenarios. De allí resulta el valor esperado de este costo¹¹.

⁹ Documento CONPES 3107 de 2001, p. 7. En ese sentido, los inversionistas y prestamistas que financian este tipo de proyectos son especialmente cuidadosos en el análisis de los factores que pueden incidir en los flujos del proyecto y en la manera como los contratos contemplan la ocurrencia de estos eventos.

¹⁰ Documento CONPES 3107 de 2001, p. 8.

¹¹ Documento CONPES 3107 de 2001, p. 8.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

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 involucrados¹².

Ahora bien, el CONPES 3107, también nos ilustra sobre los principales riesgos identificados en los esquemas de participación privada y/o vinculación de capital privado en el desarrollo de proyectos de infraestructura, así:

A. Riesgo Comercial¹³.

El riesgo comercial se presenta cuando los ingresos operativos difieren de los esperados debido a:

- (i) La demanda del proyecto es menor o mayor que la proyectada;
- (ii) La imposibilidad de cobrar tarifas, tasas por la prestación del servicio, y derechos, entre otros, por factores de mercado, por impago y/o evasión de las mismas. Este riesgo es generalmente asignado al inversionista privado, dado que la mitigación de su impacto

¹² Documento CONPES 3107 de 2001, p. 8.

¹³ Documento CONPES 3107 de 2001, p. 9.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

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 la evasión del mismo (pérdidas no técnicas o negras), que llevan a que el flujo de caja efectivo sea menor que el esperado.

B. Riesgos de Construcción¹⁴.

Se refiere a la probabilidad que el monto y la oportunidad del costo de la inversión no sean los previstos. Este riesgo tiene tres componentes:

¹⁴ Documento CONPES 3107 de 2001, p. 9 y 10.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

- (i) **Cantidades de Obra:** sucede cuando la inversión requiera cantidades de obra distintas a las previstas;
- (ii) **Precios:** sucede cuando los precios unitarios de los diferentes componentes de la inversión sean distintos a los previstos;
- (iii) **Plazo:** sucede cuando 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 sobre el nivel de riesgo del proyecto.

Como principio general, los riesgos de construcción deben ser transferidos al inversionista privado, en la medida que éste tiene mayor experiencia y conocimiento sobre las variables que determinan el valor de la inversión, y que tendrá a su cargo las actividades de construcción, tales como 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, tener en operación el proyecto en la fecha prevista y en las condiciones de operación establecidas, así como con el tiempo

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

suficiente para realizar las evaluaciones necesarias para asumir este riesgo¹⁵. Esto implica que, en caso de fallar los supuestos, programas y/o costos previstos por el contratista, éste asume los costos asociados con este 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 confiable¹⁶ 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 mecanismos 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.

C. Riesgos de Operación¹⁷.

El riesgo de operación se refiere al no cumplimiento de los parámetros de desempeño especificados; a costos de operación y mantenimiento mayores a los proyectados; a

¹⁵ En la estructuración se deben precisar las obras a realizar, estimarlas y determinarlas en el tiempo ya sea por indicadores o por determinación puntual de las mismas.

¹⁶ En el caso de la construcción de un túnel, se requerirá hacer un elevado número de sondeos del terreno, sin que esto permita contar con el nivel de certidumbre adecuado, o en caso de mayor complejidad, se cuenta con la opción de construir un túnel piloto a fin de contar con un nivel detallado de información.

¹⁷ Documento CONPES 3107 de 2001, p. 10.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

disponibilidad y costos de los insumos; y a interrupción de la operación por acto u omisión del operador, entre otros.

El riesgo de operación incide sobre los costos y los ingresos del proyecto debido a que implica menores niveles de productividad, e induce un incremento de los costos. La operación del proyecto es parte del objeto mismo del contrato, por lo que este riesgo se asigna al inversionista privado, bajo el principio que éste tiene mayor control sobre la operación, salvo en los casos en que la misma involucre actividades a cargo de la entidad estatal y actividades a cargo del inversionista privado, a raíz de las cuales este riesgo puede ser compartido, como en el caso de la actividad aérea. Como mecanismo para mitigarlo, se debe exigir el cumplimiento del requisito de experiencia en operación y capacidad técnica.

D. Riesgos Financieros¹⁸.

Este riesgo tiene dos componentes:

- (i) El riesgo de consecución de financiación;

¹⁸ Documento CONPES 3107 de 2001, p. 11.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

- (ii) Riesgo de las condiciones financieras (plazos y tasas). Este tipo de riesgo es más severo cuando se obtienen condiciones que no se adecuen al plazo de maduración del proyecto y por ende a su generación de caja. En general el mismo es asignado en su totalidad al inversionista privado.

Los riesgos asociados con la financiación, independientemente del perfil de servicio de la deuda, están determinados también por el riesgo cambiario, el riesgo de tasa de interés y en algunos casos, dependiendo de la estructura, por el riesgo de refinanciación cuando se tomen créditos puentes que posteriormente deban ser sustituidos por emisiones en el mercado de capitales o nuevos empréstitos con el sector financiero. Como mecanismos para mitigar este riesgo, se debe exigir experiencia en obtención de financiación de acuerdo con los requerimientos de endeudamiento para el proyecto.

Las entidades estatales podrán diseñar soportes de liquidez para los proyectos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del Decreto Nacional No.423 de 2001¹⁹, por un periodo de tiempo limitado, y así facilitar la obtención de financiación en condiciones más favorables en términos de plazos, períodos de gracia y tasas de interés. En la medida que éste tipo de soportes de liquidez están dirigidos a ofrecer a los financiadores un mayor nivel de certidumbre

¹⁹ El artículo 14 del Decreto Nacional No.423 de 2001, señala que sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13, serán admisibles los mecanismos transitorios que busquen otorgar al contratista liquidez cuando los aportes disponibles para atender el pago de alguna obligación contingente resultaren insuficientes al ocurrir ésta efectivamente y mientras se efectúa el trámite presupuestal que permita a la entidad aportante efectuar el pago de la suma faltante a su cargo.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

sobre el servicio de la deuda durante el período de mayor estrechez del flujo de caja libre del proyecto, en ningún caso podrán ser interpretados como una garantía de riesgo comercial.

E. Riesgo Cambiario²⁰.

El riesgo cambiario se refiere a la eventual variación de los flujos de un proyecto, debido a que sus ingresos y egresos están denominados o dependen del comportamiento de la tasa de cambio frente a monedas distintas. Por ejemplo, se da cuando los ingresos, los costos o la deuda están asociados a más de un tipo de moneda, y por lo tanto, están sujetos a pérdidas o ganancias potenciales por fluctuaciones en las tasas de cambio. De igual manera, cuando el inversionista es extranjero y plantea su rentabilidad en otras monedas, mientras que la generación de ingresos por cobro de peajes o tarifas está ligada al peso colombiano.

La financiación en divisas puede ser más conveniente, o necesaria, para proyectos que por los montos y plazos de sus inversiones requieren grandes cantidades de deuda que no se puedan financiar en su totalidad en el mercado local. Este riesgo es generalmente asignado al inversionista privado.

²⁰ Documento CONPES 3107 de 2001, p. 12.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

Para proyectos con altos requerimientos de inversión y cuyos ingresos sean en moneda local, como mecanismo de mitigación las entidades estatales podrán estructurar mecanismos tales como soportes financieros, según lo establecido en el artículo 14 del Decreto 423 de 2001, que provean recursos para cubrir parcialmente eventuales faltantes de liquidez por fluctuaciones en tasas de cambio, con el objeto de facilitar la financiación externa del proyecto en condiciones más favorables. En la medida que este tipo de soportes de liquidez están dirigidos a ofrecer a los financiadores un mayor nivel de certidumbre sobre el servicio de la deuda durante el período de mayor estrechez del flujo de caja libre, en ningún caso podrán ser interpretados como una garantía de riesgo comercial.

F. Riesgos Regulatorios²¹.

En desarrollo de los términos de la Ley 80 de 1993, el Estado hará explícito en los términos de contratación el tratamiento para cambios regulatorios, administrativos y legales, diferentes a los tarifarios, que afecten significativamente los flujos del proyecto. Como regla general este riesgo debe ser asumido por el inversionista privado, con excepción de los casos de contratos donde se pacten tarifas.

²¹ Documento CONPES 3107 de 2001, p. 12.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

En el caso de pactar contractualmente tarifas, peajes, tasas por la prestación del servicio, derechos o cargos se debe especificar en detalle en los contratos los mecanismos de ajuste de los mismos. Actos administrativos que modifiquen el esquema contractual de las tarifas, peajes, tasas por la prestación del servicio, derechos o cargos que dependan de decisiones unilaterales de las entidades del gobierno, no podrán ser pagados a través del Fondo de Contingencias.

De otra parte, el riesgo de modificaciones en la estratificación socioeconómica, como sucede en los proyectos de agua potable y saneamiento básico, en donde se afecte la estructura de ingresos de los contratos, éste debe ser asumido por la entidad territorial responsable de su definición. Este riesgo no podrá ser pagado a través del Fondo de Contingencias. La mayor demanda de subsidios originada en un cambio masivo de la estratificación municipal debe ser compensada con recursos territoriales.

G. Riesgos de Fuerza Mayor²².

Los riesgos de fuerza mayor son definidos como eventos que están fuera del control de las partes, y su ocurrencia otorga el derecho de solicitar la suspensión de las obligaciones estipuladas en el contrato. Los eventos temporales de fuerza mayor, que causen demoras,

²² Documento CONPES 3107 de 2001, p. 13.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

pueden a menudo ser resueltos asignando los costos entre las partes. Eventos graves de fuerza mayor pueden conducir a la interrupción de la ejecución del proyecto. Se pueden presentar:

- (a) *Riesgos de Fuerza Mayor Asegurables:* éstos se refieren al impacto adverso que sobre la ejecución y/o operación del proyecto tengan los desastres naturales. Estos incluyen terremotos, inundaciones, incendios y sequías, entre otros. Normalmente este tipo de riesgos de fuerza mayor son asegurables, por lo tanto este riesgo estará a cargo del inversionista privado.
- (b) *Riesgo de Fuerza Mayor Políticos no asegurables:* se refieren de manera exclusiva al daño emergente derivado de actos de terrorismo, guerras o eventos que alteren el orden público, o hallazgos arqueológicos, de minas o yacimientos. Sólo si estos riesgos son acordados como tales contractualmente, estarán dentro de la categoría de riesgos de fuerza mayor y en los contratos se establecerá su mecanismo de cobertura. De no ser así, se les dará el mismo tratamiento que al riesgo soberano, el cual se menciona más adelante en el literal j).

Las consecuencias de eventos de fuerza mayor no asegurables que impliquen pagos al inversionista privado, tales como terminaciones anticipadas de los contratos, no podrán ser pagados a través del Fondo de Contingencias.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

H. Riesgo de Adquisición de Predios²³.

Este riesgo está asociado al costo de los predios, a su disponibilidad oportuna y a la gestión necesaria para la adquisición. El riesgo surge de la necesidad de disponer de predios para el desarrollo de los proyectos.

El control y responsabilidad sobre la compra de predios está a cargo de la entidad estatal, dado que ésta es quien tiene la facultad de adquirir el predio y/o adelantar los procesos de expropiación respectivos. No obstante lo anterior, se podrá pactar en los contratos la responsabilidad del contratista sobre la gestión para la adquisición y de compra de los predios.

I. Riesgo Ambiental.

Ahora bien, el Documento CONPES 3133 del 3 de septiembre de 2001, modificó la Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura establecida en el Documento CONPES 3107 de abril de 2001. Así el citado CONPES Documento 3133, específicamente, aclara los Lineamientos Generales de Política de Riesgo por Obligaciones Ambientales, para establecer:

²³ Documento CONPES 3107 de 2001, p. 14.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

- (a) Cuando se cuente con licencia ambiental debidamente ejecutoriada y/o plan de manejo ambiental, antes del cierre de la licitación, el inversionista privado asumirá los costos implícitos en el cumplimiento de las obligaciones definidas en dicha licencia y/o plan de manejo ambiental.
- (b) Cuando se cuente con licencia ambiental debidamente ejecutoriada antes del cierre de la licitación y ésta sea modificada por solicitud del inversionista privado, el inversionista privado asumirá los costos que implique esta modificación.
- (c) 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 inversionista privado.
- (d) 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 proyecto. En estos casos la entidad estatal podrá asumir el riesgo de que los costos por obligaciones ambientales resulten superiores a lo estimado. Como lineamiento de política se recomienda que la diferencia de costos no sea pagada con recursos del Fondo de Contingencias. Es imperativo que las entidades estatales hagan

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

todos los esfuerzos a su alcance para contar con las licencias ambientales y planes de manejo ambiental antes de la firma de los contratos.

- (e) Cuando por la naturaleza del proyecto no se requiera licencia ambiental, los costos para realizar un adecuado manejo ambiental se deben estimar y prever en los contratos acorde con la naturaleza y magnitud del proyecto. En estos casos, la entidad estatal podrá asumir el riesgo por los costos de las obligaciones adicionales resultantes de la exigencia de un plan de manejo posterior al cierre de la licitación, sólo cuando la exigencia no surja del mal manejo ambiental del proyecto. Como lineamiento de política se recomienda que las obligaciones de la entidad estatal no sean pagadas con recursos del Fondo de Contingencias²⁴.

J. Riesgo Soberano o Político²⁵.

Se refiere a diferentes eventos de cambios de ley, de situación política o de condiciones macroeconómicas que tengan impacto negativo en el proyecto, como por ejemplo riesgos de repatriación de dividendos y/o convertibilidad de divisas. En proyectos de participación privada en Colombia, tradicionalmente, este riesgo es asumido por el inversionista privado.

²⁴ Documento CONPES 3133 de 2001, p.3 y 4

²⁵ Documento CONPES 3107 de 2001, p. 15.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

En cuanto a los **Criterios de Asignación de Riesgos** el CONPES 3107, establece que los principios básicos de asignación de riesgos parten del concepto que estos deben ser asumidos:

- (i) Por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos;
- (ii) Por la parte que disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o de diversificación.

Con ello se asegura que la parte con mayor capacidad de reducir los riesgos y costos, tenga incentivos adecuados para hacerlo. Así, con base en estos principios y en las características de los proyectos se debe diseñar las políticas de asignación y administración de riesgos de los proyectos.

Para esto, las entidades estatales deben, en una primera instancia, identificar los riesgos y analizar si es el sector público o el privado quién tiene mejor capacidad de gestión, mayor disponibilidad de información y mejor conocimiento y experiencia para evaluar más objetiva y acertadamente cada uno de los riesgos de un determinado proyecto. Adicionalmente, se debe evaluar qué parte está en mejor posición para monitorear, controlar y asumir cada riesgo, y, con base en ello, definir su asignación teniendo en cuenta las características particulares del proyecto y las condiciones del país en un determinado momento.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

Un aspecto fundamental de este proceso es disponer de estudios de preinversión²⁶ que permitan contar con un nivel de información adecuado y suficiente para una correcta estructuración de los proyectos. El esquema contractual de asignación de riesgos entre las partes tiene una relación directa con la información conocida.

Un desarrollo contractual, resultado de la estructuración de los proyectos, permite contar con reglas claras entre las partes, y minimizar las razones para futuros conflictos. Los riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las partes en los contratos con el propósito de definir la responsabilidad de la entidad estatal contratante frente a los riesgos que asume.

La Política fijada a través del Documento CONPES 3107, también se ocupó de señalar los **Criterios de Estructuración Técnica, Legal y Financiera de los Proyectos**²⁷, precisando que su resultado se refleja en las bases contractuales del proceso de vinculación de capital privado. Como consecuencia de lo anterior, se asegura la identificación, asignación y compensación de los riesgos. Como complemento a este análisis, el proceso de selección del contratista e inversionistas debe asegurar el cumplimiento de los principios de competencia y transparencia.

Los lineamientos de política para la estructuración de procesos de participación privada son

²⁶ Los estudios de preinversión comprenden los estudios económicos, de demanda, técnicos ambientales, entre otros, que permitan con la información necesaria para la adecuada estructuración de proyecto.

²⁷ Documento CONPES 3107 de 2001, p. 16.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

igualmente aplicables a los procesos de capitalización y privatización, los cuales tienen un marco regulatorio definido.

El apoyo y acompañamiento de asesores especializados en estructurar los procesos es fundamental en la formulación de la estructura técnica, legal y financiera. Igualmente, para la promoción, la identificación de proponentes e inversionistas idóneos, nacionales e internacionales; la divulgación de las bases contractuales; la implementación de los esquemas; y el acompañamiento, si lo hubiere, durante los procesos de transferencia de activos y cierre financiero.

A. Aspectos técnicos, legales y financieros de la estructuración²⁸.

Antes de iniciar procesos de participación privada en infraestructura, es necesario que las entidades estatales definan con claridad los objetivos y el alcance de esta vinculación; evalúen el estado del sistema y de la entidad prestadora del servicio; y determinen los requerimientos de inversión, para que se garantice la provisión de servicios de infraestructura en niveles adecuados de cobertura, calidad y oportunidad.

²⁸ Documento CONPES 3107 de 2001, p. 17.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

Con base en estudios de preinversión se debe contar, entre otros, con información sobre posibles fuentes esperadas de ingreso. Esto es, tarifas, peajes, valorización, tasas por la prestación del servicio, derechos y aportes de recursos públicos, nacionales y municipales; de igual manera se debe conocer la estructura esperada de costos, los esquemas de operación y los aspectos legales y regulatorios que afectan el proyecto.

- (a) **Estudios Técnicos:** La estructuración debe considerar de manera detallada el estado de los sistemas, la capacidad instalada, las alternativas tecnológicas, la estructura de costos y de gestión de las empresas, la composición de la demanda, los estudios de ingeniería de las obras, cronogramas de ejecución, indicadores de gestión, manuales de aseguramiento de calidad y las especificaciones de las obras, entre otros. Con base en esta información se definirán las especificaciones mínimas funcionales del servicio, los indicadores de servicio y de cobertura, y la respectiva estimación de costos para las inversiones definidas en el proyecto.

La estructuración técnica debe incluir la evaluación de los requerimientos de inversión en el horizonte de análisis del proyecto. Esta evaluación debe permitir la definición del momento óptimo para las inversiones, de acuerdo con indicadores de nivel de servicio y de demanda esperados del proyecto. A partir de lo anterior se debe establecer los

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

elementos técnicos que permitan realizar una clara definición contractual para la realización gradual de las obras²⁹.

- (b) **Aspectos Legales:** A través del análisis legal se debe definir la estructura de los contratos, incluida la asignación de responsabilidades respecto a los riesgos del proyecto. En el caso de nuevos procesos se debe contar con el análisis del marco legal y regulatorio vigente que incide sobre el desarrollo de los mismos. En el caso de entidades existentes, se debe contar además, con la evaluación de las obligaciones legales con el objeto de establecer las contingencias legales (demandas o litigios), y determinar los pasivos ocultos, en el caso de enajenación de activos. En este sentido, se deben analizar los aspectos laborales, comerciales, tributarios; las restricciones de la regulación, tarifas, tasas producto de la prestación del servicio, requerimientos ambientales, registros, subsidios, mecanismos de compensación, entre otros.
- (c) **Aspectos Financieros:** La evaluación financiera deberá determinar las fuentes de pago y las necesidades de recursos para la financiación de los proyectos. Estas fuentes provienen de ingresos propios del proyecto las cuales se estiman a partir de los estudios de demanda; así mismo, de fuentes externas, como es el caso de aportes presupuestales,

²⁹ El objetivo de este análisis incluye determinar la inversión y el mantenimiento a que haya lugar, así como las condiciones de operación técnica dentro del marco legal vigente. 19 En el sector de concesiones viales, el CONPES (Documento 3045 de 1999) estableció lineamientos de política basado en estrategias como la “concepción de proyectos bajo el criterio de operación”, para determinar el momento y los tramos en donde se deben realizar nuevas inversiones, según parámetros de nivel de servicio y capacidad de acuerdo con los niveles de tráfico esperados en el horizonte del proyecto, con el fin de evitar el sobredimensionamiento de las vías.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

en caso de ser requeridos³⁰. El análisis debe establecer las condiciones en que se comprometan o enajenen los activos estatales existentes, y analizar la conveniencia de incluir la financiación de obligaciones laborales, con proveedores y otras obligaciones vigentes con el sector financiero. Esto permite cuantificar los pasivos, así como establecer, de ser el caso, el valor de la cesión o pignoración de activos.

Con base en el análisis de los aspectos mencionados, reflejados en una evaluación financiera y en los respectivos análisis de sensibilidad, se define la modalidad de participación privada que se adecue mejor a las condiciones del proyecto. La estructura final del proyecto se concretará en los pliegos de condiciones y la minuta de contratos.

La culminación infructuosa de procesos de vinculación del sector privado en proyectos de infraestructura debe demandar un análisis por parte de la entidad contratante sobre las causas que impidieron la presentación de propuestas satisfactorias. Con el fin de preservar los beneficios económicos producto de la competencia, se recomienda la reapertura del proceso de convocatoria incluyendo el ajuste de los aspectos técnicos, legales y financieros que requiera la estructuración del proyecto, en lugar de optar por una adjudicación directa.

³⁰ Para la firma de los contratos se debe contar con las disponibilidades presupuestales correspondientes, incluidas vigencias futuras, que amparen los recursos estatales comprometidos, así como todos los requisitos respectivos, de acuerdo con lo establecido en el marco legal y presupuestal para la contratación pública.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

B. Proceso de contratación³¹.

Los procesos de participación privada deberán ceñirse a las reglas de libre concurrencia, propiciar la competencia entre oferentes idóneos, cumplir con criterios de transparencia y selección objetiva, y tener una clara asignación de riesgos, obligaciones y sanciones entre las partes, se deberán considerar los siguientes criterios:

1. **Condiciones mínimas de los oferentes.** Los proponentes deben demostrar solvencia financiera y experiencia técnica idónea y concordante con los objetivos de la vinculación privada en la prestación de estos servicios.
2. **Promoción de los procesos.** Con el fin de asegurar la concurrencia de proponentes, es importante realizar una amplia promoción de los procesos ante potenciales constructores, proveedores de tecnologías y equipos, operadores o inversionistas nacionales e internacionales, de acuerdo con la identificación de los mercados objetivo. Se debe disponer y recopilar la información del proyecto para que esté oportunamente a disposición de los potenciales proponentes. Así mismo es recomendable contar con una página en Internet con información sobre proyecto y las respectivas bases contractuales.

³¹ Documento CONPES 3107 de 2001, p. 19.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

3. **Plazos para elaboración de propuestas y divulgación de bases contractuales** En los términos de la convocatoria se debe establecer un lapso suficiente para elaborar las propuestas, de acuerdo con el alcance y dificultad que demande el proceso. Así mismo, se debe permitir a los interesados conocer las bases contractuales, establecer plazos y tiempos suficientes para realizar audiencias de aclaración.
4. **Criterios de selección.** Se deben garantizar criterios objetivos para asegurar transparencia y competencia para obtener mayores beneficios económicos. Se debe minimizar el número de criterios económicos de selección, según el tipo de contrato y las características del respectivo sector. Esto permite simplificar el proceso de selección, capturar economías de escala en la adjudicación y hacer más transparente el proceso de selección de las propuestas.
5. **Terminación anticipada de los contratos:** Debe quedar claramente establecido en los contratos los eventos de terminación anticipada, (i) por causas del contratista; (ii) por causas de la entidad estatal; (iii) por fuerza mayor; o (iv) por mutuo acuerdo de las partes. Así mismo se debe establecer en los contratos los términos en los cuales se llevará a cabo dicha terminación³². Estos eventos, no deben ser manejados a través del

³² Se recomienda incluir en los contratos fórmulas de liquidación por terminación anticipada para las diferentes causas. Si la responsabilidad de terminación del contrato es del contratista (por incumplimiento o por incapacidad de asumir sus obligaciones), se debe compensar a la entidad contratante por dicha decisión. Las multas, valor de las garantías, o pólizas contempladas, deben ser disuasivas para evitar comportamientos oportunistas.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

Fondo de Contingencias. Es conveniente establecer en el contrato la opción para el Estado de terminar anticipadamente el contrato³³.

C. Seguimiento a los Contratos³⁴.

Quizás el aspecto más importante en todo este proceso es contar con las herramientas metodológicas y el equipo de personal capacitado para hacer un efectivo seguimiento de los contratos. Esto permite anticipar problemas en la ejecución de los proyectos y estudiar soluciones. Adicionalmente es fundamental ejercer un estricto control de las obligaciones de las partes para alcanzar los beneficios previstos del proyecto.

Ahora bien, los **Lineamientos de Política de Riesgo Contractual** Sectorial para Transporte que presenta el Documento CONPES 3107, son los siguientes:

TIPO DE RIESGO

SECTOR TRANSPORTE³⁵

El mayor valor de los predios y su cronograma de disponibilidad por encima de lo previsto en los contratos estará a cargo de la Entidad Estatal. La gestión de la compra es compartida entre las partes. Deberá estar a cargo del

³³ Esta opción se debe ejercer cuando el valor presente de los pagos contingentes sea superior al costo de la terminación anticipada. Cuando se ejerce la opción se debe compensar al concesionario.

³⁴ Documento CONPES 3107 de 2001, p. 20.

³⁵ El Sector Transporte se compone de las carreteras, los puertos, los canales de acceso, los aeropuertos, los ferrocarriles, el transporte fluvial y el transporte urbano.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

concesionario toda la gestión de la compra y la financiación. En casos en que se requiera acudir al proceso de expropiación, de acuerdo con el marco legal vigente, esta labor será adelantada por la Entidad Estatal.

En caso de contar con las Licencias y Permisos Ambientales, previo al cierre de los procesos licitatorios, los derechos y obligaciones que se deriven de los mismos serán asumidos por el concesionario. Para proyectos de carreteras, en caso de no contar con las Licencias y/o planes de manejo ambiental, el valor de los costos ambientales por encima de lo previsto en los contratos estará a cargo de la Entidad Estatal. Estas Licencias y/o Permisos Ambientales se deben obtener antes de iniciar la construcción. En caso de requerirse modificaciones de las licencias ambientales y/o planes de manejo ambiental, el riesgo será asumido por el inversionista privado. Es el caso de proyectos de concesiones viales, donde bajo el esquema de gradualidad de obras se requiere modificar la licencia ambiental del proyecto. En todo caso, los permisos por explotación de fuentes de material estarán a cargo del concesionario.

Los riesgos de fuerza mayor asegurables estarán a cargo del concesionario. Los riesgos de fuerza mayor no asegurables estarán a cargo de la Nación.

A cargo del Concesionario.

Lo anterior, en síntesis, define la Política Pública de Manejo de Riesgo Contractual del Estado en los Procesos de Participación Privada en Infraestructura en Colombia.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL RIESGO CONTRACTUAL EN COLOMBIA.

El análisis de la configuración de los riesgos debe realizarse en todos los procesos contractuales que se realicen por licitación pública³⁶ o de selección abreviada superior a la menor cuantía de las entidades públicas³⁷, esto indica la consideración de un nuevo requisito del contrato estatal, el cual requiere el más riguroso y pormenorizado estudio de la configuración de posibles riesgos durante la ejecución del contrato, exigencia que hoy por hoy se considera mecanismo de protección al patrimonio público, al equilibrio económico del contrato, al principio de eficiencia contractual, a la seguridad jurídica para las partes y muy seguramente a la descongestión de la jurisdicción contencioso- administrativa³⁸, lo cual ha de reflejarse no solamente en la calidad de la actividad contractual pública sino en la rigurosa escogencia y

³⁶ Artículos 2 numeral 1 y 14 ley 1150 de 2007.

³⁷ Artículos 2 numeral 2 y 48 ley 1150 de 2007.

³⁸ El Código Contencioso Administrativo Colombiano, literalmente señala: “De las controversias contractuales. ARTÍCULO 87. Modificado por el artículo 17 del Decreto Nacional 2304 de 1989, Modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato. Texto Subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1048 de 2001.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil”.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

selección de los contratistas así como de observancia de los principios que rigen la función pública³⁹ y la actividad contractual⁴⁰.

Pero además, la teoría del riesgo contractual se encuentra presente en la legislación colombiana particularmente en los estatutos Civil, Comercial y contractual.

2.1 Los Riesgos en Colombia a partir del Código Civil.

Desde la doctrina colombiana se afirma con fundamento en las normas civiles que el contrato genera obligaciones para las partes, o como señala el legislador en el artículo 1602 del Estatuto Civil Colombiano, todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, “en ese sentido, cada uno de los contratantes es a la vez deudor y acreedor de otro; cada uno tiene la fundada esperanza de que en cierto momento el otro hará una prestación a su favor. Así el contratante

³⁹ Artículo 209 de la Constitución Política, cuyo tenor literal señala: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

⁴⁰ Artículo 23 de la ley 80 de 1993, que indica: “*De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales*. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

espera que el constructor le entregará la obra y éste aguarda para recibir la suma de dinero pactada por la realización de la edificación”⁴¹.

Y en esa relación de colaboración toma fuerza el postulado de la buena fe que tiene consagración Constitucional en el artículo 83 y que desde el punto de vista civil es regla general de derecho, en consonancia con los predicados del artículo 8 de la Ley 153 de 1887, que a la letra dice:

ARTÍCULO 8. Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

El artículo 83 Superior, reza:

ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la **buena fe**, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante ésta (negrilla por fuera del texto original).

En ese sentido el artículo 1603 también resulta concordante al indicar:

⁴¹ BECERRA, Salazar, A. D., *Los Riesgos en la Contratación Estatal, Estimación, Tipificación y Asignación*. Editorial Leyer, Bogotá D.C., 2008, p. 19.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

ARTÍCULO 1603. Los contratos deben ejecutarse de **buena fe**, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella (negrilla por fuera del texto original).

Justamente, como el contrato genera obligaciones entre las partes, esa obligación pactada, puede llegar a no cumplirse o puede realizarse de tal forma que no satisfaga lo pactado en el contrato, en esa línea compleja, se ubica la teoría del riesgo contractual, es decir, en aquellos eventos en que las obligaciones pactadas no se ejecuten o su ejecución no corresponda a lo acordado por las partes “Así, la obra no se construyó, o se construyó con materiales inapropiados o sin utilizar los medios técnicos acordados o se derrumbó mientras se construía o ha pasado el tiempo estipulado sin que se haya entregado en su integridad; o aún más, las bases sobre las que se celebró el contrato se han modificado de manera tan abrupta que han hecho excesivamente oneroso el pago de lo debido, o se han presentado fenómenos que hacen imposible o muy gravoso el cumplimiento de lo pactado”⁴².

En ese sentido, al no satisfacer lo pactado, surge el riesgo contractual, produciendo consecuencias negativas para la parte que ha de soportar la carga del daño. Frente a esta tesis, entonces es necesario valorar la entidad del incumplimiento porque no todos son iguales y tampoco necesariamente todo tipo de incumplimiento genera responsabilidad, pues hay que apreciar si es imputable ese incumplimiento a la culpa de una de las partes o si el mismo

⁴² BECERRA, Salazar, A. D., op. cit. p. 19 y 20.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

corresponde a otros factores, condiciones o circunstancias ajenos a la voluntad, diligencia o pericia de quien presuntamente ha incurrido en el incumplimiento de la obligación.

Sobre el particular se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 7 de junio de 1951, en el siguiente sentido:

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

Ésta consiste en realizar el resultado convenido mientras no se haga imposible, y poner diligentemente los medios para que la imposibilidad no se presente. Si el resultado era realizable y no se realizó, o si con cierta diligencia pudo evitarse que se hiciera imposible, el deudor es responsable.

Lo anterior, quiere decir que al momento del incumplimiento, el contrato se convierte en instrumento de estudio jurídico a la luz de los riesgos que rodean su ejecución y cumplimiento.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

En síntesis, el incumplimiento de las obligaciones contractuales o la ineficiencia en términos de la satisfacción pactada, pasan a ser valoradas para establecer probatoriamente si las mismas son producto de la culpa del deudor, si es responsable de su ocurrencia responde por el riesgo causado y como consecuencia de ello debe resarcir el perjuicio ocasionado a la parte afectada, o si por el contrario, el riesgo proviene de situaciones ajenas a su voluntad y diligencia.

De tal suerte, el artículo 1605 del Código Civil, que la obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir.

En ese sentido, se ha estructurado el Estatuto Contractual, en especial la Ley 1150 del 16 de julio de 2007, que introdujo medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y dictó otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos, precisando de una parte, que es necesario tipificar todos los riesgos previsibles y de otra parte, que la mayor parte de las eventualidades que “conducen al estudio del grado de culpa o responsabilidad frente al tema del cumplimiento de la obligación sean tenidas en cuenta desde el inicio de la relación contractual –antes que se materialicen- por medio de su descripción o

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

tipificación y además de establecimiento anticipado de responsabilidades a una de las partes buscando evitar el debate propio del establecimiento de la culpa y/o la responsabilidad”⁴³.

En suma, ha dos contingencias principales, una son las derivadas de la calidad del deudor y dependen de su voluntad o pericia y las segundas producto de los hechos que rodean el cumplimiento de la prestación y dependen de todos los factores externos que pueden afectar el debido cumplimiento de lo pactado y surgen entonces dos tipos de riesgos: en primer orden el no cumplimiento de las obligaciones contractuales y en segundo orden la ausencia de calidad u oportunidad de la prestación.

Esos factores externos, se califican como aquellos que quedan fuera de control de responsable de la obligación, por ejemplo, fenómenos de la naturaleza como terremotos, vendavales, actos terroristas, fallas geológicas, cambios imprevisibles en la economía u otras situaciones insuperables para las partes o una de ellas. En ese orden de ideas un riesgo puede ser previsible o imprevisible y esa connotación realmente surge a la hora de tipificar el riesgo, en consecuencia:

- (1) Es previsible todo riesgo que de acuerdo con las reglas de la ciencia, con las experiencias y con los sucesos históricos es susceptible de ocurrir dadas las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se ejecutará el contrato.

⁴³ BECERRA, Salazar, A. D., op. cit. p. 23.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

(...)

- (2) De lo imprevisible queda poco en un mundo cobijado y a veces azotado por el caudal continuo de información; así las cosas es posible prever casi todo evento realizable, máxime cuando la mayor parte de riesgos han sido objeto de definición y análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional al estudiar la temática propia de equilibrio financiero del contrato⁴⁴.

Entonces, una correcta y oportuna configuración del riesgo, advertirá a las partes sobre la necesidad de emplear toda su diligencia a la hora de evitarlos para no incurrir en su ocurrencia que necesariamente llevará a determinar quien es responsable de su ocurrencia con las consecuencias que ello conlleva en términos contractuales.

Así, en la legislación civil colombiana, se reconoce al contrato la posibilidad de la ocurrencia de riesgos, como reaprecia en las normas citadas y también por ejemplo, en los predicados normativos de los artículos 63, 64, 1604, 1609 y 2060, entre otros, cuyo tenor literal en su orden reza:

ARTICULO 63. CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

⁴⁴ BECERRA, Salazar, A. D., op. cit. p. 17 y 18.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levisimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

ARTICULO 64. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO. Artículo subrogado por el artículo 1 de la Ley 95 de 1890. El nuevo texto es el siguiente:> Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

ARTICULO 1604. RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

ARTICULO 1607. RIESGOS EN LA DEUDA DE CUERPO CIERTO. El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega.

ARTICULO 1609. MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

ARTICULO 2060. CONSTRUCCION DE EDIFICIOS POR PRECIO ÚNICO. 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:

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

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 rehúsa, 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 perece 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, 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

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente y hasta concurrencia de lo que éste debía al empresario.

Como se puede apreciar, desde la legislación civil, el cumplimiento de las obligaciones contractuales tiene riesgos que tienen una regulación legal pero con el avance, desarrollo y especialización normativa contractual estatal, es decir la ley del contrato estatal, el legislador busca que esa previsión de los riesgos quede claramente establecida en la letra del contrato, de tal forma que desde el mismísimo proceso de formación del contrato se sepa cual de las partes va a asumir determinado riesgo que se pueda prever, de acuerdo a la naturaleza del contrato, la entidad del objeto y las obligaciones pactadas, su plazo de ejecución y la cuantía que ampara su ejecución.

En consecuencia, hoy en día, la legislación contractual colombiana, establece que en la medida de lo posible debe evitarse la judicialización de controversias con ocasión de la ocurrencia de riesgos contractuales, para que a partir de su tipificación y asignación, los mismos, como ya se anuncio, pasen a ser una cuestión inherente al contrato, esto es, que desde el principio en que se traba la relación contractual entre las partes se precise quien responderá frente a las contingencias previsibles del contrato.

2.2 Los Riesgos en Colombia a partir del Código de Comercio.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

En primer lugar, así como se indicó que los artículos 83 Superior y 1603 del Estatuto Civil Colombiano, prevén el postulado de la buena fe como un principio esencial de toda relación contractual, también el Código del Comercio, hace lo propio al establecer:

ARTÍCULO 871. PRINCIPIO DE BUENA FE. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

En segundo lugar, en materia de riesgos, el artículo 868 del estatuto Comercial, predica:

ARTÍCULO 868. REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS. 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.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

Pero además, el artículo 952 al referirse al pacto de reserva de dominio, estipula que el vendedor podrá reservarse el dominio de la cosa vendida, mueble o inmueble, hasta que el comprador haya pagado la totalidad del precio. El comprador sólo adquirirá la propiedad de la cosa con el pago de la última cuota del precio, cuando éste deba pagarse por instalamientos; pero tendrá derecho al reembolso de la parte pagada, como se dispone en los artículos 948 y 949⁴⁵ en caso de que el vendedor obtenga la restitución de la cosa y finalmente que **los riesgos** de ésta pesarán sobre el comprador a partir de su entrega material.

En cuanto al contrato de transporte, el artículo 992 del Estatuto Comercial prevé que el transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño lo fue extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada, y además que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un

⁴⁵ Los artículos 948 y 949 del Código del Comercio de Colombia, en su orden establecen: (1) la mora en el pago del precio, esto es, que en caso de mora del comprador en el pago del precio tendrá derecho el vendedor a la inmediata restitución de la cosa vendida, si el comprador la tuviere en su poder y no pagare o asegurare el pago a satisfacción del vendedor, que la solicitud del vendedor se tramitará como los juicios de tenencia, pero podrá solicitarse el embargo o secuestro preventivos de la cosa y que cuando el vendedor obtenga que se decrete la restitución de la cosa tendrá derecho el comprador a que previamente se le reembolse la parte pagada del precio, deducido el valor de la indemnización o pena que se haya estipulado, o la que en defecto de estipulación fije el juez al ordenar la restitución; (2) en cuanto a las estipulaciones entendidas como cláusula penal, cuando se estipule que el comprador, en caso de incumplimiento, pierda la parte pagada del precio por concepto de perjuicios, pena u otro semejante, se entenderá que las partes han pactado una cláusula penal, sujeta a la regulación prevista en el artículo 867, es decir, cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella y cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación, pero que además, las violaciones a los reglamentos oficiales o de la empresa, se tendrán como culpa, cuando el incumplimiento haya causado o agravado **el riesgo y que todas aquellas** cláusulas del contrato que impliquen la exoneración total o parcial por parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades, no producirán efectos.

En el caso del contrato de seguros, los artículos 1037, señala que son partes del contrato de seguro: (1) el **asegurador**, o sea la persona jurídica que **asume los riesgos**, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y (2) el **tomador**, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, **traslada los riesgos**.

De otra parte el artículo 1038, del Estatuto Comercial, prevé que si el tomador estipula el seguro en nombre de un tercero sin poder para representarlo, el asegurado puede ratificar el contrato aún después de ocurrido el siniestro. El tomador está obligado personalmente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato, hasta el momento en que el asegurador haya tenido noticia de la ratificación o del rechazo de dicho contrato por el asegurado y que desde el momento en que el asegurador haya recibido la noticia de rechazo, **cesarán los riesgos a su cargo** y el tomador quedará liberado de sus obligaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1119.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

También el artículo 1047, señala que la póliza de seguro debe expresar además de las condiciones generales del contrato, entre otras cosas lo siguiente: (9) Los riesgos que el asegurador toma a su cargo.

Y además, que en los casos en que no aparezca expresamente acordadas, se tendrán como condiciones del contrato aquellas de la póliza o anexo que el asegurador haya depositado en la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de **riesgo**.

Pero son los artículos 1054, 1055, 1056, 1057 y 1058 del Estatuto Comercial, los que se encargan de regular lo relativo a la definición de riesgo; los riesgos inasegurables; la asunción de riesgos; el término desde el cual se asumen los riesgos y la declaración del estado riesgo y las sanciones por inexactitud o reticencia, en su orden, indicando:

- (1) **Riesgo** es el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador y que los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro, como tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

- (2) El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables y que cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.
- (3) Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los **riesgos** a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado.
- (4) En defecto de estipulación o de norma legal, los **riesgos** principiarán a correr por cuenta del asegurador a la hora veinticuatro del día en que se perfeccione el contrato.
- (5) El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el **estado del riesgo**, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.

Ahora bien, si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del **riesgo**.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

También, si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del **riesgo**, excepto lo previsto en el artículo 1160.

Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente⁴⁶.

A propósito del artículo 1058 del Código del Comercio que hace referencia a la declaración del estado del riesgo y sanciones por inexactitud o reticencia, la Corte Constitucional en la Sentencia C-232 de 1997, señaló textualmente, entre otras cosas, lo siguiente:

- (1) En el contrato de seguro, salvo lo dispuesto para los errores inculpables, el legislador, en lo que se refiere a la anulabilidad del negocio, consagró un tratamiento especial, más severo, de los vicios del consentimiento del asegurador, causados por las reticencias o inexactitudes culposas o dolosas del tomador en la **declaración del estado del riesgo**. En materia de seguros, la ley comercial se separó de la reglamentación común sobre

⁴⁶ El artículo 1058 del Código del Comercio fue declarado EXEQUIBLE por la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-232 del 15 de mayo de 1997, MP Dr. Jorge Arango Mejía.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

nulidad relativa por error accidental en la calidad del objeto, contemplada en el Código Civil. La posibilidad de rescindir el contrato según el Código Civil, se amplió para los aseguradores, según las voces del Código de Comercio, pues esta norma, a diferencia del derecho civil, incluyó también, como causal de nulidad relativa, el error derivado de las reticencias o inexactitudes que impidieron que el aseguramiento se estipulara en condiciones más onerosas para el tomador. En lo tocante al derecho del asegurador de lograr la rescisión del seguro por dolo del tomador en la declaración del **estado del riesgo**, el Código de Comercio también ensanchó los límites previstos por el Código Civil. Como la norma comercial permite la declaración de nulidad relativa, aun en el evento en que las reticencias o inexactitudes habrían inducido a la compañía aseguradora a estipular condiciones más onerosas, pero no a abstenerse de celebrar el contrato, **por fuerza hay que aceptar que la regulación civil tiene un campo de acción más restringido.**

- (2) La razón de ser del régimen rescisorio del contrato de seguro, se funda en la naturaleza misma de la actividad aseguradora, que exige la presencia de una **buena fe** calificada o *uberrimae bonae fidei*.
- (3) **Mientras más grande sea la cantidad de riesgos contractualmente asegurados en un ramo, más certeza tendrá el asegurador de que la siniestralidad se acerque al nivel proyectado.** Este principio básico, complementado con el de la probabilidad estadística, explica por qué la empresa de seguros se dedica a una operación razonablemente técnica y no a una serie irresponsable de apuestas, sometidas al capricho del azar. La empresa aseguradora, para no caer en un negocio aleatorio absoluto, requiere de una producción masiva, la cual -fuera de nutrir el capital con el que se pagarán los siniestros- posibilita el funcionamiento del cálculo de probabilidades y de la ley de los

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

grandes números. Así, el asegurador desplazará el ámbito del azar de la totalidad de un ramo determinado, a cada uno de los **riesgos asumidos, individualmente considerados**.

- (4) Habiéndose establecido que la práctica aseguradora responsable, supone la multiplicidad de contratos como condición *sine qua non* para que, en los diferentes ramos, la siniestralidad real se aproxime a la esperada, es lógico que ese cúmulo de responsabilidades implique la consecuencia de que **al asegurador no se le pueda exigir el examen detallado de los elementos constitutivos de todos los riesgos que está por asegurar**. En este orden de ideas, el Código de Comercio, a pesar de no prohibirla, **se abstuvo de consagrar la inspección del riesgo como una obligación a cargo del asegurador**, puesto que a éste no se lo puede obligar a cumplir tareas físicamente imposibles, respetando el criterio de que no es propio del derecho el ir en contra de la realidad o hacer exigencias desproporcionadas en relación con los fines. Como al asegurador no se le puede exigir que inspeccione toda la **masa de riesgos** que contractualmente asume, debe reconocerse que él contrae sus obligaciones, en la mayoría de los casos, solamente con base en el dicho del tomador. Esta particular situación, consistente en quedar a la merced de la declaración de la contraparte y contratar, generalmente, en virtud de su sola palabra, es especial y distinta de la que se da en otros tipos contractuales, y origina una de las características clásicas del seguro: la de ser un contrato de ubérrima **buena fe**. Aseverar que el **contrato de seguro** es *uberrimae bonae fidei contractus*, significa sostener que **en él no bastan simplemente la diligencia, el decoro y la honestidad comúnmente requeridos en todos los contratos, sino que exige que estas conductas se manifiesten con la máxima calidad, esto es, llevadas al extremo**. La necesidad de que el contrato de seguro se celebre con esta **buena fe calificada**, vincula por igual al tomador

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

y al asegurador. Sin embargo, la Corporación centra su interés en la carga de información precontractual que corresponde al tomador, pues es en relación con ésta que pueden surgir las nulidades relativas contempladas en el Código de Comercio.

- (5) El régimen rescisorio especial para las reticencias e inexactitudes relevantes, surge de bases objetivas, determinadas por la naturaleza de las cosas: la ineludible necesidad de contratar en masa, que constriñe a la empresa aseguradora, y la **correlativa imposibilidad física de inspeccionar todos y cada uno de los riesgos contratados**, que explica por qué el asegurador queda supeditado a la honradez del tomador, y por qué éste debe asumir, en todo momento, una **conducta de máxima buena fe**. Finalmente, la **justicia conmutativa** hace fácil entender que si el asegurador está normalmente obligado a proceder con base en una extrema confianza respecto de la persona y las declaraciones del tomador, es equitativo y razonable que la traición de esa inusual confianza se castigue con sanciones que excedan los niveles ordinarios.
- (6) Cuando, a pesar de la infidelidad del tomador a su deber de declarar sinceramente todas las circunstancias relevantes que constituyen el **estado del riesgo**, de buena fe se le ha expedido una póliza de seguro, la obligación asegurativa está fundada en el error y, por tanto, es justo que, tarde o temprano, por intermedio de la rescisión, anulabilidad o nulidad relativa, salga del ámbito jurídico. Esto, con prescindencia de extemporáneas consideraciones sobre la necesidad de que la reticencia o inexactitud tenga relación de causalidad con el siniestro que haya podido sobrevenir, justamente porque lo que se pretende es restablecer o tutelar un equilibrio contractual roto **ab initio**, en el momento de celebrar el contrato de seguro, y no al acaecer el siniestro. La relación causal que importa y que, para estos efectos, debe existir, no es la que enlaza la **circunstancia**

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

riesgosa omitida o alterada con la génesis del siniestro, sino la que ata el error o el dolo con el consentimiento del asegurador.

- (7) El régimen rescisorio obedece a criterios razonables y equitativos, y su expedición estuvo ajustada a la legislación a la sazón vigente. De no existir dicho régimen, la legislación ordinaria civil en materia de nulidades por error y dolo, sería claramente insuficiente en relación con el contrato de seguro y su confianza y buena fe ubérrimas. Tal omisión, sin lugar a dudas, al exponer a la entidad aseguradora y al conjunto de asegurados al cumplimiento de contratos celebrados con base en el error o el dolo, faltando al principio de la proporcionalidad normativa, podría considerarse como un atentado contra el equilibrio contractual y, por ende, como una violación del derecho a la igualdad del asegurador y las personas integrantes de la mutualidad asegurada.
- (8) El sistema sancionatorio del Código de Comercio, es reflejo de una política legislativa equilibrada, basada en las realidades del medio en el que se desenvuelve la actividad aseguradora, pues, en esta materia específica, a diferencia de lo que acontece en otras áreas de la regulación del contrato de seguro, en las que prima la defensa de tomadores y asegurados, se busca proteger el interés de la parte aseguradora, teniendo en cuenta que, en lo que se refiere al **conocimiento precontractual del riesgo**, el asegurador, por su natural ignorancia del mismo, es el contratante que está en la posición débil. Sistema sancionatorio que en nada vulnera la Constitución.
- (9) La menor sanción legal obedece a la circunstancia de que el error del tomador es irreprochable, "*moralmente inocente*". Esta solución es equitativa y razonable, pues se inspira en la necesidad de sancionar en forma distinta y más leve, una conducta que, a su turno, es

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

de menor entidad que la prevista para los eventos de la nulidad relativa del contrato, pero que, técnicamente considerada, de todas maneras conduce a una tarificación menor e inapropiada para el asegurador, que objetivamente introduce un **factor de desequilibrio entre los contratantes**. Sin embargo, cabe recordar que esta sanción, en beneficio de tomadores y asegurados, puede reducirse y aún suprimirse contractualmente. Pero, puesto que está enderezada, como la nulidad relativa, a restablecer el equilibrio contractual, es una figura razonable que no desborda las facultades del legislador, no constituye agravio al derecho fundamental a la igualdad y no tiene por qué depender de una relación de causalidad entre lo inexacto u omitido y el siniestro efectivamente causado.

- (10) La actividad aseguradora es de interés público y su ejercicio requiere de una autorización previa del Estado (Superintendencia Bancaria), conforme a la ley. Por el contrario, el interés público mencionado en la disposición, concuerda más con la defensa de la actividad aseguradora y, por consiguiente, de la comunidad de asegurados, así como con **las sanciones a los tomadores que no declaran sinceramente el estado del riesgo**, que con la indiferencia estatal alrededor de esos mismos temas (toda la negrilla por fuera del texto original).

Ahora bien, en cuanto al mantenimiento del estado del riesgo y notificación recambios el artículo 1060 del Código del Comercio, ha señalado que el asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a **mantener el estado del riesgo**. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

inciso primero del artículo 1058, signifiquen **agravación del riesgo o variación de su identidad local**.

En ese orden de ideas, prevé la norma que la notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la **modificación del riesgo** en los términos consignados anteriormente, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima. También hay que tener en cuenta que la norma advierte que la falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.

En lo atañe a la definición de siniestro; la reducción de la prima por disminución del riesgo; la responsabilidad del asegurador según el inicio del siniestro y la definición de riesgos catastróficos; la ganancia de la prima artículo; la reducción de la prima por disminución del riesgo; los riesgos asegurables en el seguro de transporte; el certificado de depósito y bonos de prenda sobre mercancías en transito; el seguro de incendio de mercancías y la definición de

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

riesgos marítimos los artículos 1065, 1072, 1073, 1105, 1119, 1120, 1045, 1094, 1187 y 1705 del código del comercio, en su orden, señalan:

- (1) En caso de **disminución del riesgo**, el asegurador deberá reducir la prima estipulada, según la tarifa correspondiente, por el tiempo no corrido del seguro, excepto en los seguros a que se refiere el artículo 1060, inciso final.
- (2) Se denomina **siniestro la realización del riesgo asegurado**.
- (3) Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consuma la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el **asegurador** responde del **valor de la indemnización** en los términos del contrato.

Pero si se inicia antes y continúa después que los **riesgos** hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro.
- (4) Se entenderán igualmente excluidos del contrato de seguro las pérdidas o daños que sufran los objetos asegurados, o los demás perjuicios causados por:
 - (i) Guerra civil o internacional, motines, huelgas, movimientos subversivos o, en general, conmociones populares de cualquier clase, y

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

- (ii) Erupciones volcánicas, temblores de tierra o cualesquiera otras convulsiones de la naturaleza.
- (5) El asegurador ganará irrevocablemente la prima desde el momento en que los **riesgos** comiencen a correr por su cuenta.
- (6) El seguro de transporte comprenderá todos los **riesgos inherentes al transporte**. Pero el asegurador no está obligado a responder por los deterioros causados por el simple transcurso del tiempo, ni por los **riesgos expresamente excluidos del amparo**.
- (7) Se integra como elemento esencial del contrato de seguro, entre otros, el riesgo asegurable
- (8) Hay pluralidad o coexistencia de seguros cuando éstos reúnan condiciones como la identidad de riesgo, entre otras.
- (9) Los almacenes generales podrán expedir certificados de depósito y bonos de prenda, sobre mercancías en tránsito, siempre que ellos mismos tengan el carácter de destinatarios.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

En este caso, se anotarán en los títulos el nombre del transportador y los lugares de cargue y descargue. Así mismo **las mercancías deberán asegurarse contra los riesgos del transporte**. El almacén no responderá de las mermas ocasionadas por el transporte.

- (10) Las mercancías depositadas deberán asegurarse contra incendio y podrán serlo contra **otros riesgos**. Tanto el tenedor del certificado de depósito como el del bono tendrán sobre el valor de los seguros, en caso de siniestro, los mismos derechos que tendrían sobre las mercancías aseguradas.
- (11) Se entenderá por **riesgos marítimos** los que sean propios de la navegación marítima o incidentales a ella tales como tempestad, naufragio, encallamiento, abordaje, explosión, incendio, saqueo, piratería, guerra, captura, embargo, detención por orden de gobiernos o autoridades, echazón, baratería u otros de igual naturaleza o que hayan sido objeto de mención específica en el contrato de seguro.

En suma, los anteriores son los riesgos que prevé la legislación comercial y como se puede apreciar su configuración corresponde en unos casos a la acción u omisión de las partes y en otros casos a las externalidades imprevisibles o por lo menos imposibles de contener y que se suceden en ejecución del contrato.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

2.3 Los riesgos en Colombia a partir del Estatuto General de Contratación.

En estricto sentido normativo, en la Ley 80 de 1993, la mención específica, a la cobertura de riesgos, se contrae al párrafo segundo del artículo 41, que hace referencia la perfeccionamiento del contrato, señalando que en lo relativo a las operaciones de crédito público, las entidades estatales podrán celebrar las operaciones propias para el manejo de la deuda, tales como la refinanciación, reestructuración, renegociación, reordenamiento, conversión, sustitución, compra y venta de deuda pública, acuerdos de pago, **cobertura de riesgos**, las que tengan por objeto reducir el valor de la deuda o mejorar su perfil, así como las de capitalización con ventas de activos, titularización y aquellas operaciones de similar naturaleza que en el futuro se desarrollen.

Pero son los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la citada Ley 80, los que dan la pauta para la distribución de riesgos, al señalar, que en virtud del principio de economía: (7) La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso y que (12) Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones. Es decir, son los momentos en el proceso contractual indicado para establecer con claridad las reglas de juego y las responsabilidades en torno al tema de riesgos.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

De otra parte, la Ley 1150 de 2007, es mucho más explícita, toda vez, que en su artículo 4 señala:

Artículo 4º. *De la distribución de riesgos en los contratos estatales.* Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

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

También, la Ley 1150 en su artículo 7, al referenciar lo relativo a las garantías contractuales, en el inciso tercero expresa que El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

De otra parte, el artículo 3 numeral 6 del Decreto Nacional No.2474 del 7 de julio de 2008, que reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y dictó otras disposiciones, señala que en desarrollo

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone.

Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener los siguientes elementos mínimos: 6. El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.

El numeral 9 del artículo 8 del mismo decreto No.2474, indica que en materia de publicidad contractual, la entidad contratante será responsable de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva.

La publicidad a que se refiere este artículo se hará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) a través del Portal único de Contratación, cuyo sitio web será indicado por su administrador. Con base en lo anterior, se publicarán, entre otros, el acta de la audiencia de revisión de la asignación de riesgos previsibles.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

De otra parte, el artículo 12 acápite III. del Decreto No.2474, prescribe las condiciones económicas adicionales que para la entidad representen ventajas cuantificables en términos monetarios, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, valor o existencia del anticipo, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones preexistentes en la entidad directamente relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de riesgos previsibles identificados, entre otras.

El artículo 75 numeral 2 del Decreto No.2474, por su parte, al referirse a los criterios de evaluación de intermediarios de seguros, señala que la selección de intermediarios de seguros se realizará por concurso de méritos de conformidad con el procedimiento señalado en el citado Decreto y que la aplicación de los criterios de evaluación incluidos en los pliegos de condiciones seguirá exclusivamente las reglas, allí establecidas, entre otras, la valoración de la propuesta metodológica y plan y cargas de trabajo a que se refiere el numeral 2 del artículo 68 del Decreto⁴⁷, valorando el plan de administración de riesgos, el cual comprenderá tanto el análisis de los riesgos como la propuesta para el manejo de los mismos, teniendo en cuenta los siguientes factores:

⁴⁷ El numeral segundo de artículo 68 del Decreto No.2474 de 2008, señala que para la evaluación de la propuesta técnica la entidad hará uso de factores de evaluación, entre ellos, de la propuesta metodológica y plan con cargas de trabajo para la ejecución de la consultoría.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

- a) Propuesta de cobertura y condiciones. Esta contemplará el plan de trabajo a desarrollar para estructurar los pliegos de condiciones que darán lugar a la selección de la aseguradora con la cual la entidad estatal contratará su programa de seguros, incluyendo en este los criterios técnicos generales que se utilizarán para la estructuración del programa de seguros.

En ningún caso se solicitará dentro de los pliegos la descripción de coberturas, límites, deducibles, cláusulas adicionales, procedimiento para atención de siniestros, etc.;

- b) Programa de prevención de pérdidas. El proponente deberá ofrecer el programa de prevención de pérdidas que permita disminuir los riesgos de la entidad estatal, entendido este como las actividades y recomendaciones tendientes a detectar, prevenir, minimizar o eliminar todos aquellos riesgos potenciales que puedan materializar los riesgos cubiertos por una póliza de seguro. Este programa contemplará la propuesta para minimizar los factores de riesgo y el cronograma de actividades.

Y finalmente el artículo 88 del multicitado Decreto No.2474, señala:

Artículo 88. *Determinación de los riesgos previsibles.* Para los efectos previstos en el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, se entienden como **riesgos involucrados en la contratación** todas aquellas circunstancias que se presenten durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

equilibrio financiero del mismo. El **riesgo será previsible** en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales.

La entidad en el proyecto de pliego de condiciones deberá tipificar los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de cuantificar la posible afectación de la ecuación financiera del mismo, y **señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, o la forma en que se recobrará el equilibrio contractual, cuando se vea afectado por la ocurrencia del riesgo.** Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego, o en la audiencia convocada para el efecto dentro del procedimiento de licitación pública, 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. La presentación de las ofertas implica de la aceptación por parte del proponente de la distribución de riesgos previsibles efectuada por la entidad en dicho pliego.

Parágrafo. A criterio de la entidad, la audiencia a que se refiere el presente artículo podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993⁴⁸, o realizarse de manera previa a la apertura del proceso.

⁴⁸ El numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, señala que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación hasta por seis (6) días hábiles. Esto, no impide que dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

Pero es el Decreto Nacional No.4828 del 24 de diciembre de 2008 que expidió el régimen de garantías en la contratación de la administración pública, la norma que específicamente hace referencia a los mecanismos de cobertura de los riesgos en materia contractual estatal. En principio sólo se hará referencia a sus artículos 1, 2 y 3 que se relacionan con el campo de aplicación de la norma; los mecanismos de cobertura del riesgo y las clases de garantías. En tal dirección, el Decreto No.4828, regula los mecanismos de cobertura del riesgo en los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, por medio de los cuales se garantiza el cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las entidades públicas con ocasión de:

- (i) La presentación de los ofrecimientos, y
- (ii) Los contratos y de su liquidación;
- (iii) Así como los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades públicas contratantes derivados de la responsabilidad extracontractual que para ellas pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de las disposiciones especiales propias de cada uno de los instrumentos jurídicos previsto en el citado Decreto.

pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

El artículo 1 aclara que las normas contenidas en el capítulo primero del decreto No.4828, son aplicables a todos los mecanismos de cobertura del riesgo señalados en allí, salvo los riesgos a que se refiere el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, esto es, los riesgos a amparar derivados del incumplimiento de obligaciones.

En segundo lugar el artículo 2, establece los mecanismos de cobertura del riesgo y dice que se entiende por mecanismo de cobertura del riesgo el instrumento otorgado por los oferentes o por el contratista de una entidad pública contratante, en favor de esta o en favor de terceros, con el objeto de garantizar, entre otros:

- (i) La seriedad de su ofrecimiento;
- (ii) El cumplimiento de las obligaciones que para aquel surjan del contrato y de su liquidación;
- (iii) La responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas; y
- (iv) Los demás riesgos a que se encuentre expuesta la administración según el contrato.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

Pero además, que el mecanismo de cobertura del riesgo es por regla general indivisible, y sólo en los eventos previstos en el Decreto No.4828, la garantía otorgada podrá ser dividida por etapas contractuales. También se señala que cuando el ofrecimiento sea presentado por un proponente plural bajo la figura de Unión Temporal, Consorcio o Contrato de Asociación Futura, la garantía deberá ser otorgada por todos los integrantes del proponente plural.

En tercer lugar, el artículo 3, señala las clases de garantías, indicando que en los procesos de contratación los oferentes o contratistas podrán otorgar, como mecanismos de cobertura del riesgo, cualquiera de las siguientes garantías:

- (i) Póliza de seguros
- (ii) Fiducia mercantil en garantía
- (iii) Garantía bancaria a primer requerimiento
- (iv) Endoso en garantía de títulos valores
- (v) Depósito de dinero en garantía.

Lo anterior, sin perjuicio de que la responsabilidad extracontractual de la administración derivada de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas sólo puede ser amparada mediante póliza de seguro y que además el monto, vigencia y amparos o coberturas de las garantías se determinarán teniendo en cuenta el objeto, la naturaleza y las características de cada contrato, los riesgos que se deban cubrir y las reglas del mismo Decreto.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

Finalmente se establece que en los procesos de contratación, las personas naturales o jurídicas extranjeras sin domicilio o sucursal en Colombia podrán otorgar, como garantías, cartas de crédito stand by expedidas en el exterior.

De otra parte, el artículo 42 numeral 04 del Decreto Nacional No.4881 del 31 de diciembre de 2008, que reglamentó parcialmente la ley 1150 de 2007 en relación con la verificación de las condiciones de los proponentes y su acreditación para el Registro Único de Proponentes a cargo de las Cámaras de Comercio y dictó otras disposiciones, en su artículo 42, al hacer la descripción de especialidades y grupos para el registro de consultores, señaló las especialidades y grupos en las cuales deberán clasificarse los proponentes consultores: 04. Gestión de Proyectos y allí entre muchos otros ítems se señala el manejo de riesgos.

En suma, la configuración final del riesgo le corresponde a la Administración, sin que con esta afirmación se desestime que ha de ser un acto consultado y discutido que forma parte del contrato, en consecuencia el acto mediante el cual se define el riesgo en el curso de la actividad contractual, es un instrumento de regulación del contrato.

SEGUNDA PARTE. TIPOLOGÍA DE LOS RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES EN COLOMBIA.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

Preliminarmente, es clave, acercarnos a varias consideraciones, siguiendo a los expertos⁴⁹, así:

(1) **Antecedentes:**

- a) Contractualmente los riesgos eran distribuidos y/o compartidos entre el sector público y el sector privado con pocos elementos técnicos para el análisis del calculo de contingencias.
- b) La Ley 448 de 1998 y sus Decretos reglamentarios, especialmente el Decreto 1849 de 1999, por medio del cual se creó el Fondo de Pasivos Contingentes.
- c) La Ley 1150 de 2007 y su Decreto Reglamentario No.2474 de 2008, establece la obligación de establecer la distribución de riesgos entre el Estado y los Contratistas.

- (2) **El riesgo técnicamente se define como:** La probabilidad de ocurrencia de eventos que afecten el proyecto. En ese sentido, es necesario: (a) reconocer que los riesgos siempre han existido, existen y existirán; (b) los riesgos no se pueden prever con total certidumbre, pero se pueden mitigar; (c) manejar el riesgo es un negocio, esto quiere

⁴⁹ VARGAS DE VALLE, A., *Riesgos un Análisis Interdisciplinario: Fundamentos Técnicos de Proyectos Basado en Riesgos*”, Cámara Colombiana de Infraestructura, Bogotá D.C., Bogotá D.C., mayo de 2009.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

decir requiere negociación, acuerdo entre las partes, previsión; y (d) la ocurrencia de cualquier riesgo afecta a las partes.

- (3) **El manejo del riesgo técnicamente se define como:** El proceso de identificación y cuantificación del riesgo seguido por la implementación de estrategias para minimizarlo. Lo fundamental en el manejo del riesgo es la identificación de los eventos que puedan generarlo. Los riesgos pueden ser cuantificados de acuerdo con las probabilidades de ocurrencia, basándose en metodologías estadísticas. El manejo del riesgo no es la eliminación de este, es utilizar y/o estructurar mecanismos para su mitigación. Sin embargo, la mitigación nunca eliminará todas las consecuencias de un evento de riesgo. El riesgo siempre será parte integral del proceso de desarrollo de un proyecto.
- (4) **Por qué manejar el riesgo:** Porque los beneficios de la participación privada en proyectos de infraestructura aumentan a medida que se efectúe una adecuada distribución de los riesgos. Cada riesgo se asigna a la parte que está en mejor capacidad de controlarlo y por ende mitigar sus consecuencias.
- (5) **Reflexiones:** El Estado calcula las contingencias de los riesgos que asume, pero además, es frecuente que las entidades cuando diseñan y asignan los presupuestos no tienen en cuenta los riesgos que delega en los Contratistas. Sin embargo la tendencia es

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

hacia la construcción de una cultura de aceptación del manejo del riesgo y el sector privado esta interesado en cuantificar los riesgos

- (6) **Propuestas:** La tendencia hoy en día se dirige a continuar el esfuerzo público – privado para acordar y mantener actualizada la matriz de riesgos. De otra parte, en la estructuración de proyectos de participación público – privada deberán calificarse y cuantificarse todos los riesgos posibles y en el sector privado deberá proponerse ser más activo en el análisis de los riesgos. Esa tendencia puede indicar que a futuro inmediato las estructuraciones de proyectos puedan ser calificadas con aproximaciones de más alta certeza frente a los riesgos directos y por que no con el avance de la ciencia, la tecnología y modelos de planeación contractual más elaborados y disciplinados, algunas previsiones posibles de riesgos indirectos.

TERCERA PARTE. CLASIFICACIÓN DE LOS RIESGOS SEGÚN SU ORIGEN.

Veamos este acápite con un ejemplo concreto relacionado con los contratos de distritos de conservación que corresponde como entidad pública al Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá, así:

- 3.1 RIESGO DIRECTO.** Los riesgos directos suceden durante la fase de ejecución del contrato, así:

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

3.1.1 Riesgos Técnicos: Estos se clasifican en:

- (i) **Riesgo por elección de tecnología.** Consiste en el tipo de maquinarias, equipo y tecnología que ofrece el contratista en la propuesta durante la fase de ejecución del mismo, en consecuencia el riesgo por la elección de la tecnología aplicable en los procedimientos y para la operación y funcionamiento de los equipos lo asume el contratista.
- (ii) **Riesgo por disponibilidad de maquinaria y equipos.** Consiste en la obligación que tiene el contratista de garantizar durante la ejecución del contrato la totalidad de la maquinaria y equipos ofrecidos en la propuesta en cantidad, calidad y especificaciones requeridas, este riesgo lo asume el contratista.
- (iii) **Riesgo por disponibilidad material.** Hace referencia a la cantidad y calidad de los materiales para la construcción, rehabilitación del segmento respectivo de la malla vial objeto del contrato de distrito de conservación
- (iv) **Riesgo operacional por contingencias ocurridas durante la ejecución y desarrollo de la obra.** Consiste en todos aquellos daños que ocurran en bienes del contratista o de terceros o el daño en personas de proyecto de terceros, este riesgo lo asume directamente el contratista.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

- (v) **Riesgo de retraso.** Si el cronograma se retrasa durante la ejecución del contrato, el riesgo lo asume aquella parte que haya ocasionado el incumplimiento en el cronograma del mismo, es decir, en los tiempos o plazo pactado o acordado para realizar las obligaciones contractuales.

El tipo o modalidad de retraso que se considera en este tipo de contratos, se relaciona, así:

- Retraso por autorizaciones administrativas los asume la entidad pública.
- Retraso por incidentes o fallas geológicas las asume la entidad pública.
- Retrasos por mala estimación del contexto local las asume la entidad pública y el contratista, dependiendo de qué parte fue la que hizo la estimación errónea del contexto en que debe ejecutarse el contrato.

- (vi) **Riesgo por falla del subcontratista,** lo asume el contratista.

- (vi) **Riesgo por incremento de tarifa o de creación de nuevos tributos,** lo asume el contratista. Se trata de modificaciones al régimen impositivo luego de haberse celebrado el contrato. Atendiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, este fenómeno es tratado en la teoría general del equilibrio económico del contrato como

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

hecho de príncipe si la carga es creada por la misma entidad pública contratante o, una manifestación de la *teoría de la imprevisión* si el ajuste tributario proviene de otra instancia del Estado. Advierte, entonces la Sala de lo Contencioso Administrativo:

Se deduce de estos antecedentes jurisprudenciales, que sólo en una ocasión, en forma tangencial, se ha aceptado la ocurrencia del hecho de príncipe en razón de los gravámenes o cargas impositivas que afectan la economía o ecuación financiera de los contratos estatales. En los demás casos se ha considerado que las cargas tributarias que surgen en el desarrollo de los contratos estatales, no significan *per se* el rompimiento del equilibrio económico del contrato, sino que es necesario que se demuestre su incidencia en la economía del mismo y en el cumplimiento de sus obligaciones, exigencia que coincide con lo expresado por la doctrina, como se indicó antes⁵⁰.

- (vii) **Riesgo de ocupación temporal o permanente por causa de trabajos públicos,** durante la ejecución de contrato estos riesgos los asume el contratista.

3.1.2 Riesgos Económicos y Financieros.

Dentro de esta modalidad de riesgos los más importantes se clasifican, así:

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de septiembre de 2003, Radicación 15119, CP Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

- (i) **Riesgo de Tasas de Interés⁵¹.** Lo asume el contratista, tanto si utiliza el crédito aprobado y aportado con la oferta, como si no procede en los términos pactados en el contrato, esto es, para presentar en tiempo y conforme al contrato las respectivas cuentas de cobro.
- (ii) **Riesgo Cambiario.** Si como consecuencia del incremento normal del valor de la divisa en Colombia, el valor del contrato se pagará en los términos pactados y en pesos colombianos. El incremento del valor de materiales y equipos por incremento de la divisa los asume el contratista en los términos pactados en el contrato.
- (iii) **Riesgo de Variaciones de Precio de Mercado de los Materiales.** Este tipo de riesgos los asume la entidad estatal, por cambio de año, esto es de vigencia fiscal, hasta el valor del Índice de Precios al Consumidor –IPC- definido por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE-.
- (iv) **Riesgo por Variación –aumento o disminución- de Precios.** Los asume de manera compartida la entidad estatal y el contratista.
- (v) **Riesgo por Variación del Salario Mínimo Mensual.** Los asume la entidad estatal.

⁵¹ En materia de intereses se puede consultar los contenidos normativos de los artículos 1617 numeral 1 y 2332 del Código Civil, los artículos 883 y 884 del Código del Comercio y el artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993 –Estatuto Contractual-.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

3.2 RIESGO INDIRECTO. Los riesgos indirectos se clasifican en:

3.2.1 Riesgos por fuerza mayor o caso fortuito. Corren por cuenta de la entidad pública.

El artículo 64 define la fuerza mayor o el caso fortuito, así:

ARTICULO 64. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO. Artículo subrogado por el artículo 1º. de la Ley 95 de 1890. El nuevo texto es el siguiente: Se llama **fuerza mayor o caso fortuito** el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

Y cabe mencionar el artículo 1616 del mismo Estatuto Civil, cuyo tenor literal es:

ARTICULO 1616. RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR EN LA CAUSACION DE PERJUICIOS. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

Esta norma, indica que el legislador otorgó a las partes la posibilidad de repartir los riesgos derivados de la fuerza mayor o el caso fortuito y de los perjuicios que de allí se puedan

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

originar, en ese sentido el riesgo lo asume la parte que este mejor preparada para conocerlos y preverlos, en dirección a garantizar el equilibrio económico del contrato y la menor afectación posible para la parte que lleva la carga del riesgo.

Ahora bien, por vía jurisprudencial el Consejo de Estado, ha indicado:

La fuerza mayor es un hecho extraño a las partes contratantes, imprevisible e irresistible que determina la inejecución de las obligaciones derivadas del contrato. Constituye causa eximente de responsabilidad porque rompe el nexo causal entre la no ejecución del contrato y el daño derivado del mismo. Fue definido por el legislador como “...el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por el funcionario público, etc. La imprevisibilidad que determina la figura, se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer que es lo previsible resulta necesario considerar las circunstancias particulares del caso concreto; supone verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega el fenómeno liberatorio. La ejecución del contrato estatal puede tornarse imposible por la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor, en cuyo evento la parte incumplida estará eximida de responsabilidad, porque el daño no le resulta jurídicamente imputable⁵².

Lo importante es que los avances jurisprudenciales se dirigen a encontrar en el sentido natural de la definición en el caso concreto si realmente la situación obedece a fuerza mayor o caso fortuito por la razón ya mencionada y es que los avances científicos y tecnológicos hoy

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, Radicación: 14781, MP Dr. Ricardo Hoyos Duque.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

permiten determinar si un terreno es de alto riesgo, si sucederá una temporada invernal de tal magnitud aproximada, o que en zonas sísmicas, han de tomarse en la construcción de obras tales o cuales previsiones de orden técnico etc., tanto en la propuesta como en los pliegos. En ese sentido, ha sido reiterativo el Consejo de Estado, que no solamente se ha de examinar la situación o el caso concreto sino que corresponde al demandante la carga de la prueba, esto es “...cuando se invoca el evento constitutivo de fuerza mayor, deben probarse los elementos que lo determinan...y además, el demandante, debió utilizar todos los mecanismos necesarios para contrarrestar el fenómeno invernal y sus efectos respecto de la topografía”⁵³.

Para ilustrar el tema, el Instituto Nacional de Vías –INVIAS- en el caso de un contrato de concesión de un túnel⁵⁴, ha previsto algunas situaciones de fuerza mayor como asegurables y otros como no asegurables, así:

RIESGO DE FUERZA MAYOR ASEGURABLE	RIESGO DE FUERZA MAYOR NO ASEGURABLE	ASUME
La incertidumbre de ocurrencia de un desastre natural y los resultados en costo, plazo y cantidades de obra en caso de evento.		CONTRATISTA.

⁵³ Consejo de Estado, Radicación 14781.

⁵⁴ Licitación Pública de 2007, INVIAS, Túnel de la Línea.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

La incertidumbre de ocurrencia de
actos terroristas, guerra o eventos
que alteren el orden público, o EL ESTADO – LA NACIÓN.
hallazgos arqueológicos de minas
o yacimientos.

La doctrina colombiana, es esclarecedora, cuando afirma que “La ocurrencia de desastres naturales, debe normalmente ser asumida por el Estado, a no ser que el fenómeno natural sea de usual presencia en la zona donde se desarrolla la obra, esa normalidad del fenómeno conlleva un contratista preparado para adoptar medidas para conjurar los efectos del riesgo y presume un estudio de costos en el que reincluye el valor”⁵⁵.

3.2.2 Riesgos por ruptura y restablecimiento del equilibrio financiero del contrato por la teoría de la imprevisión. Corren por cuenta de la entidad pública.

Particularmente la teoría de la Imprevisión, se refiere al álea económica del contrato, indicando que todas las circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, que afecten o rompan el equilibrio o la educación económica y financiera del contrato, da lugar a su restablecimiento con el fin generar las condiciones propicias para cumplir con el objeto y las obligaciones del

⁵⁵ BECERRA, Salazar, A. D., op. cit. p. 74 y 75.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

contrato y resarcir la aminoración o afectación o el daño patrimonial que se haya ocasionado por la ruptura de dicho equilibrio esencial a la actividad contractual.

En suma, la ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato, para que se aplique la teoría de la imprevisión, debe obedecer, en sentido estricto al acontecer de situaciones imprevistas e imprevisibles, es decir, que las circunstancias que sobrevienen a la ejecución del contrato no se hayan podido, predecir. En ese sentido se pronuncia el artículo 868 del Código del Comercio ya citado. Se entendería como *circunstancias imprevisibles*, las que no ha sido posible predecir, es decir, el factor subjetivo interviene de manera importante en tanto percepción de la ocurrencia de un hecho futuro, integrándose posibilidades reales de conocimiento sobre la ocurrencia de determinado hecho o fenómeno y la diligencia que tenga la parte en términos de la especificidad del contrato y las previsiones que tome para su cabal ejecución, por ejemplo, respecto del contrato de obra pública y la calidad de los materiales que se emplean, los estudios de suelos, los diseños de la obra, las licencias y autorizaciones que se requieren, etc.

En cuanto las circunstancias imprevistas, se puede pensar en situaciones que aun cuando era posible predecir y prever, la magnitud de sus consecuencias ocurrido el hecho o el fenómeno resulta imposible de determinar al momento de celebrar el contrato.

Atendiendo lo precedente, la aplicación de la teoría de la imprevisión se relativiza, en el sentido que la carga probatoria será la que determine a quien efectivamente le corresponde restablecer

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

el equilibrio económico y financiero del contrato de conformidad con las circunstancias concretas del caso.

CUARTO PARTE. CLASIFICACIÓN DE LOS RIESGOS SEGÚN LA ETAPA DEL CONTRATO.

En el caso específico de los contratos de concesión de obra pública y de infraestructura del transporte la doctrina colombiana se ha ocupado del estudio y clasificación de los riesgos contractuales, según la etapa en que se encuentre el contrato, afirmando que “Todo contrato de concesión lleva implícitos riesgos que le son propios y comunes, y el éxito del contrato consiste en la evaluación previa de estos y la manera en que pueden ser administrados. Debe distinguirse los riesgos intrínsecos de proyecto, de los del entorno y clasificarlos de acuerdo a su período de aparición en la vida del proyecto y de su influencia directa o indirecta sobre los flujos de operación”⁵⁶.

En ese orden de ideas hay que diferenciar los riesgos que pueden darse en la fase de concepción/construcción o fase operativa, después, los que pudiesen afectar la fase de operación, y finalmente los riesgos relacionados con el entorno del proyecto.

⁵⁶ MELÉNDEZ, Julio, Inocencio., *Los Contratos de Concesión en el Sistema TransMilenio: Esquema Jurídico y Praxis Contractual*”, Universidad de los Andes, Facultad de Administración, MBA Magíster en Administración: Gestión Pública, Bogotá D.C. 2005, p. 44.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

4.1 LOS RIESGOS DURANTE LA ETAPA DE CONCEPCIÓN/CONSTRUCCIÓN⁵⁷.

En esta etapa pueden sucederse dos tipos de riesgos, están los riesgos técnicos y los riesgos económicos financieros. Así, “Los riesgos de la fase de construcción o fase operativa, se derivan de la elección de las tecnologías y del desarrollo de la obra, y se producen por riesgos de sobrecostos, y por riesgos de retraso en la construcción y entrega de la infraestructura para el inicio de las operaciones”⁵⁸. Son clásicamente riesgos técnicos:

4.1.1 Riesgos Técnicos. Son básicamente los siguientes:

- (i) **Los riesgos de sobrecostos.** Estos pueden tener origen en el retraso de las autorizaciones administrativas y/o entrega de los terrenos, incidente geológico, inadecuada estimación del contexto de contexto local, o falla de algún proveedor contratista. También puede ser el resultado de una estimación baja de los costos de obra y de equipo o de un cambio en la definición inicial del proyecto a solicitud de la autoridad pública.

⁵⁷ MELÉNDEZ, Julio, I., op. cit., p. 45 a 47.

⁵⁸ MELÉNDEZ, Julio, I., op. cit., p. 45.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

- (ii) **Riesgos Tecnológicos.** Al respecto con toda claridad la doctrina precisa que “Los factores de riesgo en la concepción en el marco partenariado público/privado y en donde la recuperación y la remuneración de los financiamientos recaen principalmente sobre los beneficios futuros, se debe resistir a la tentación de la mal denominada innovación tecnológica. En efecto, el empleo de una tecnología no probada conlleva riesgos de lanzamiento por falta de capacidad, de dificultad de operación, que pueden incluso plantear problemas de compatibilidad o de desempeño que podrían resultar fatales”⁵⁹.

En esa dirección surge la recomendación acertada de tener prudencia con nuevas tecnologías, que no indica desconocer su utilidad, pues es una herramienta esencial al desarrollo de la concesión, pero si hay que tener en cuenta que el factor de riesgo de una buena ejecución, proviene a la vez del riesgo tecnológico y de la capacidad del constructor para realizar la obra, sobre todo cuando regularmente se trata de mega o macro proyectos, es decir de obras complejas y monumentales. En consecuencia, este riesgo puede conducir a un riesgo de retraso o de sobre costo, ya que este puede estar unido a la incapacidad del constructor de garantizar el adecuado y eficiente desarrollo del proyecto, pero también a otros factores de interacción e interrelación con otros actores.

⁵⁹ MELÉNDEZ, Julio, I., op. cit., p. 45.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

- (iii) **El Riesgo de Interfaz.** Ocurre cuando en el proyecto intervienen varios constructores, ya sea por unión temporal⁶⁰ o por subcontratación en donde cada uno de ellos, responde por el riesgo que asume en la ejecución de su cuota parte contractual. En ese sentido, existen riesgos imprevisibles, lo que se relacionan con condiciones exteriores en las que se ubica la infraestructura del proyecto de concesión y que se identifican como los riesgos relativos a las condiciones del clima y a las condiciones del subsuelo, etc.

4.1.2 Los Riesgos Económicos Financieros. Entre ellos se destacan:

Aquellos relacionados con el montaje del proyecto, y su consecuencia inmediata que puede ser sobrecosto o retraso y por lo tanto un mayor costo del proyecto y una pérdida de rentabilidad económica de conjunto. Estos riesgos se clasifican, así:

⁶⁰ El artículo 7 numeral 2 de la Ley 80 de 1993, establece: *De los Consorcios y Uniones Temporales*. Para los efectos de esta Ley se entiende por: 2. **Unión Temporal:** cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

(i) Los riesgos ligados a los parámetros financieros de referencia de contrato.

Comprende el riesgo de indexación⁶¹, que se presentan en los contratos de tracto sucesivo de largo plazo, cuyo precio no es fijo pero está indexado a parámetros económicos como es el IPC o índice de precios al consumidor, al índice de precios al productor o al índice de precios al constructor, entre otros.

(ii) Riesgo de tasa de interés. Este surge cuando el funcionamiento establecido para el período de construcción es de tasa variable y el riesgo cambiario se presenta cuando los gastos y los ingresos se efectúan en divisas diferentes.

(iii) Cumplimiento de los compromisos y el refinanciamiento. El riesgo de refinanciamiento como tal, se puede dar cuando están garantizados los compromisos y el propio refinanciamiento por el período de ejecución de las obras, y se materializa si al finalizar el período, el proyecto no puede acceder a financiamientos a largo plazo para tomar el relevo de los que se vencen.

(iv) Riesgo de contrapartida. Este puede surgir no sólo como consecuencia de una mala evaluación de la capacidad financiera del constructor, sino también de una mala

⁶¹ La Corte Constitucional en Sentencia SU-400 del 28 de agosto de 1997, MP Dr. José Gregorio Hernández Galindo, ha indicado: “(...) Otra cosa acontece con la indexación, que resarce también un perjuicio -el ocasionado por la depreciación del dinero en una economía inflacionaria-, pero que no exige el análisis de cada caso concreto para establecer si existen o no, en las circunstancias del peticionario, otra clase de perjuicios, pues siempre los montos por pagar tendrán que indexarse para sostener su valor real. (...)”.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

evaluación de los subcontratistas, trayendo como consecuencia que el constructor se vea en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones contractuales, lo que conlleva a un riesgo de retraso.

4.2 LOS RIESGOS DURANTE LA FASE DE OPERACIÓN⁶².

La doctrina, indica que “Una vez construida la infraestructura para la prestación del servicio de transporte e instalada la red de operaciones, es decir, culminada la etapa de formulación e iniciada la implantación del proyecto, viene la etapa de ejecución de mismo –igualmente denominada fase operativa-, en el que se pueden presentar riesgos que recaen sobre los costos de operación, siendo esta más grande en cuanto se extiende durante todo el horizonte o plazo del proyecto, lapso durante el cual no puede garantizarse la precisión de las previsiones”⁶³.

En consecuencia los riesgos durante la etapa de ejecución u operación del proyecto, se clasifican así:

- (i) **El riesgo sobre el ingreso.** Se puede clasificar en riesgo de frecuencia puro y en riesgo de precio. El riesgo de frecuencia puro, es característico de los proyectos de infraestructura principalmente para las obras de transporte completamente nuevas, en

⁶² MELÉNDEZ, Julio, I., op. cit., p. 48 a 49.

⁶³ MELÉNDEZ, Julio, I., op. cit., p. 47 y 48.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

tanto es mayor que en el mejoramiento, rehabilitación y mantenimiento de infraestructura existente, sobre todo si la obra o servicio está en competencia con otros gratuitos o cuyo uso es menos oneroso. Lo anterior produce caída en los ingresos, y es lo que viene a denominarse riesgos directos de caída de los ingresos indirectamente ligados al nivel de la demanda y flexibilidad del precio.

Hay que tener en cuenta, que los ingresos por si solos, sin aumento de los costos de operación, pueden resultar insuficientes, con ocasión de varias causas, así:

- a) Desempeño del operador o de algunos proveedores.
- b) Interrupción del servicio.
- c) Huelga.
- d) Fallas técnicas.
- e) Falta de pago total o parcial de los subsidios.
- f) Falta de abastecimiento de insumos dentro de las condiciones del contrato de concesión.
- g) Falta de pago de concesionario a los operadores cuando la orden del pago por transferencia la hace un concesionario recaudador por orden de concedente.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

(ii) Los riesgos de aumento en los costos de operación. En la ejecución del proyecto también los costos de operación pueden elevarse, por muchas y variadas razones, entre las que se cuentan:

- a) Gestión menos rentable de lo previsto.
- b) Omisión o subestimación de alguna categoría de costos.
- c) Aumento en el precio de las materias primas o de ciertas compras.
- e) Imprevistos climatológicos excepcionales.
- f) Subestimación de los costos de conservación, de mantenimiento mayor y de renovación de equipo.
- g) aumento de monto entregado al concedente sin una contrapartida o bien de mayores exigencias del poder público, y
- h) Subcontratación de una parte de la operación lo que pudiera crear riesgo de interfaz.

(iii) Los riesgos financieros. Se presentan de igual forma que en la fase o etapa pre-operativa. Estos son:

- a) Riesgos de tipo de cambio y de tasas de interés. Se mantienen entre más elevado sea el plazo de contrato y de los reembolsos.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

- b) Riesgo de indexación, los contratos de operación son negociados en valor constante y revaluados a una tasa periódica mensual, bimensual, semestral o anualmente.

4.3 LOS RIESGOS PERMANENTES SEGÚN EL ENTORNO EN QUE SE EJECUTA EL CONTRATO DE CONCESIÓN.

Estos riesgos no se atribuyen a las partes del contrato, sino al hecho de un tercero, pero pueden producir impacto y consecuencias financieras y comerciales sobre socios privados, así como repercutir en el desempeño del servicio y tener implicaciones en los costos del proyecto para la autoridad concedente. Estos son:

- (i) **Riesgos de fuerza mayor y caso fortuito.** Se refieren a hechos imprevisibles e irresistibles, como se ha indicado anteriormente pueden ocasionarse por fenómenos naturales, tales como, terremotos, deslizamientos, derrumbes o de otra índoles, como prohibición de permisos de trabajo para expertos extranjeros por parte de las autoridades nacionales, etc. Sin duda, esto tiene una afectación sobre la ejecución del contrato y particularmente genera disminución de ingresos e interrupción de la prestación del servicio.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

- (ii) **Riesgos macroeconómicos.** Se definen por el entorno económico nacional o internacional, para ilustrar este tipo de riesgos, las crisis financieras de América Latina y Asiática han mostrado las consecuencias de la caída de las divisas y tienen repercusiones directas sobre la rentabilidad de los proyectos. Muy seguramente la crisis financiera mundial surtirá un impacto importante en estas materias.
- (iv) **Riesgos jurídicos.** Estos pueden surgir por el incumplimiento de la legislación nacional o local, debido a repentinos cambios legales y reglamentarios, que se suceden estando una ley vigente al momento de formular, implementar e iniciar las operaciones en disciplinas como:
- Derecho Mercantil.
 - Derecho Bancario.
 - Derecho Fiscal.
 - Derecho Ambiental.
 - Derecho Arbitral.
 - Derecho Procesal.
 - Legislaciones Especiales del sector en el que se desarrolla la actividad concesionada.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

QUINTA PARTE. LOS RIESGOS ESPECÍFICOS Y LAS HERRAMIENTAS PARA LA ATENUACIÓN Y LIMITACIÓN DE LOS RIESGOS⁶⁴.

5.1 LOS RIESGOS ESPECÍFICOS PARA EL SOCIO PRIVADO. El operador privado corre riesgos propios al negocio o actividad concesionada, que se conocen como el riesgo político y que se pueden abreviar, así:

- a) Expropiación, nacionalización, decomiso y embargo.
- b) Cambio en las prioridades gubernamentales, legislación retroactiva, cambio del contexto institucional, prácticas la primera y tercera que son habituales en Colombia por no haber Políticas de Estado, sino de gobierno.
- c) Incapacidad de transferencia o de convertibilidad de los ingresos de un proyecto.
- d) Incumplimiento de las autoridades públicas de los cumplimientos específicos asumidos con el fin de favorecer el partenariado, especialmente aquellas obligaciones contractuales de la autoridad pública concedente para con el

⁶⁴ MELÉNDEZ, Julio, I., op. cit., p. 50 a 55.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

concesionario privado para lograr la realización y el funcionamiento de la concesión y su respaldo por parte de los aseguradores.

Estos compromisos son muy importantes para la eficiente marcha del proyecto y se pueden mencionar algunos de ellos como:

- a) La libre aplicación de las tarifas.
- b) Los compromisos de no competitividad.
- c) El otorgamiento a tiempo de todos los permisos y autorizaciones administrativas necesarias.
- d) La puesta a disposición de la infraestructura y de la red.
- e) La puesta a disposición de los terrenos.
- f) La no interferencia en la realización, el financiamiento o la operación.
- g) La indemnización en caso de compra o rescisión unilateral sin que haya culpa de operador privado.

5.2 LOS RIESGOS ESPECÍFICOS PARA EL PODER PÚBLICO O EL ENTE CONCEDENTE.

El poder público al confiar la operación del servicio, como por ejemplo, de transporte corre el riesgo de fomentar un monopolio privado que puede quedar fuera de control, desconociendo

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

los principios de base o fundamentales del servicio público, tales como la continuidad, adaptabilidad, transparencia e igualdad de acceso para todos.

Atendiendo lo anterior, el poder público se encuentra frente a los siguientes riesgos:

- a) Riesgos de interrupción de los trabajos y servicios.
- b) Riesgos de sobrecostos.
- c) Riesgos políticos respecto de los ciudadanos y los usuarios.
- d) Riesgos de recuperación del proyecto.
- e) Riesgos de falta de desempeño.
- f) Riesgos de imposibilidad de reemplazar al concesionario.
- g) Riesgos de congelamiento de las opciones futuras de acondicionamiento o desarrollo.

5.3. ATENUACIÓN DE LOS RIESGOS. Estos se pueden minimizar y los riesgos residuales que son aquellos imposibles de prever se pueden distribuir de manera óptima. Los principios que permiten limitarlos en un contrato de concesión y que deben acatarse son los siguientes:

- (i) **Expedición de cuerpo normativo reglamentario sólido y estable.** El marco legal debe armonizarse para la regulación de los contratos de concesión en distintas

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

generaciones, hasta llegar a la consolidación de un marco normativo estable y con normas universalmente aceptadas.

- (ii) **Prever la flexibilización** en lo que atañe a la renegociación de los contratos, los ingresos mínimos, los plazos contractuales, etc.
- (iii) **Procesos Licitatorios con transparencia.** As reglas de la licitación y los criterios de selección y decisión deben ser lo más objetivo posible, de tal manera que se pueda asociar a los eventuales competidores a la redacción de los pliegos de condiciones definitivos, así como la necesaria asesoría que debe recibir la autoridad pública de los profesionales que estructuran la cuestión legal, técnica y financiera del proyecto.
- (iv) **Exigencia de garantía a una entidad financiera,** con la finalidad de asegurar los recursos para invertir en el proyecto, esto es, el futuro concesionario debe garantizarle al estado que cuenta con los recursos necesarios para financiar el proyecto.

5.4 LA LIMITACIÓN DE LOS RIESGOS EN LA FASE DE FORMULACIÓN⁶⁵.

La doctrina hace la siguiente estimación:

⁶⁵ MELÉNDEZ, Julio, I., op. cit., p. 53 y 54.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

- a) Elaboración de una buena definición técnica que permita evitar cambios durante la realización del proyecto, es decir seguridad y sostenibilidad son criterios centrales.
- b) Acudir a una tecnología ya aprobada.
- c) Recurrir a un consorcio que agrupe a contratistas con competencia técnica y una solidez financiera reconocidas.
- d) Utilizar el procedimiento de los contratos llave en mano y con precios y plazos globales.
- e) Establecer instrumentos de tasa fija o estabilizada por instrumentos de cobertura y cubriendo a la vez el período de construcción y el reoperación.
- f) Controlar en lo posible el riesgo de cambio tanto en la etapa de construcción como en el de operación.
- g) Instaurar una comunicación fluida con los futuros usuarios de proyecto con el fin de tomar en cuenta sus preocupaciones.

5.5 LA LIMITACIÓN DE LOS RIESGOS EN LA FASE DE OPERACIÓN.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

Se toman previsiones que reducen sustancialmente los riesgos y que se pueden sinterizar, así:

- a) Recurrir a un operador experimentado y con solidez financiera suficiente que sea capaz de garantizar a concesionario y a los prestamistas los costos de operación.
- b) Haber realizado varios estudios de sensibilidad sobre los parámetros fundamentales de proyecto y optar por el montaje que más ventajas económicas, financieras y sociales suministre, con un mínimo de riesgos.
- c) Desarrollar una acción comunicativa eficaz y profunda con los clientes – usuarios y con la sociedad civil.
- d) Prever en las tarifas cláusulas de indexación y negociar entre los diferentes actores garantías de cambio.
- e) Negociar entre el consorcio - concesionario y el concedente y las autoridades de tutela:
 - Las cláusulas de estabilidad legal y contractual.
 - Las cláusulas de renegociación que permitan a un contrato de un plazo amplio la adaptación a evoluciones tales como aumento de costos, baja de los ingresos, etc.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

- Las cláusulas de indemnización, en caso de cambio en el marco legislativo reglamentario por rescisión de la concesión, que los aseguradores nacionales, multilaterales o privados especializados cubran en sentido amplio el riesgo político de inversión y,
- Distribuir el mercado entre varios operadores, lo que permite tener referencias y reducir el riesgo político ampliado.

SEXTA PARTE. LA ASIGNACIÓN ADECUADA O DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS⁶⁶.

En todo caso es necesario afirmar, que los riesgos se pueden disminuir o minimizar o limitar, pero estos no desaparecen totalmente. En consecuencia, los llamados riesgos residuales, es decir, aquellos que aparecen luego de haber previsto todos los posibles deben ser asumidos por el socio más apto para controlarlos, así:

6.1 Asignación de los riesgos en la fase de concepción/construcción.

⁶⁶ MELÉNDEZ, Julio, I., op. cit., p. 55 a 57.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

- (i) **Riesgos de sobrecostos y de retraso.** Estos deben ser asumidos por el concesionario, ya que es el más apto para controlar este riesgo. El constructor debe garantizar la entrega de la obra dentro de los plazos y presupuesto previstos. Los accionistas del proyecto también deben asumir, tales como la garantía de los préstamos de los accionistas durante la construcción, el financiamiento de los sobrecostos por los accionistas, ya sea por un aumento del capital o por un financiamiento temporal, por parte de los accionistas bajo la forma de deuda subordinada al reembolso previo de sus préstamos.
- (ii) **El riesgo de interfaz y de subcontratación.** Debe ser asumido por el constructor, ya que puede controlar a los subcontratistas, y el riesgo de contrapartida debe asumirlo el constructor, ya que este depende de su capacidad financiera que está avalada por garantía bancaria.
- (iii) **El riesgo de indexación, de tasas de interés y el cambiario,** debe ser asumido por los accionistas y los prestamistas debido a que son los que tienen conocimiento para la negociación de acuerdo a las fluctuaciones del mercado.

7.1 **Asignación de los riesgos en la fase de operación.** En esta fase se pueden apreciar los siguientes riesgos:

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

- (i) **Riesgo de frecuencia pura, de volumen y de precio.** Se reparten entre accionistas del proyecto, los operadores privados y el poder público concedente; no obstante cuando el riesgo es muy alto y se requiere la implementación de una política pública con grandes dividendos sociales, pueden ser asumidos por el estado a través de una garantía mínima de ingresos.
- (ii) **Riesgo de aumento de los costos de operación o de baja de los ingresos.** Pueden ser asignados en principio a los operadores, pero si se asignara a los usuarios y al concedente, debe establecerse una fórmula financiera que estructure el riesgo, de tal manera que se asigne en una justa circunstancia de equilibrio.
- (iii) **Riesgos financieros de contrapartida.** Deben ser asumidos por los operadores, accionistas, compradores, proveedores.
- (iv) **Riesgo de indexación.** Debe ser asumido por todos los agentes del sistema concesional con una misma fórmula financiera.
- (v) **Riesgo de tasa de interés.** Debe ser asumido por instrumentos financieros.
- (vi) **Riesgo de cambio.** Al ser un riesgo político soberano debe ser asumido por la entidad pública concedente.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

- (vii) **Riesgos indirectos permanentes ligados al contrato.** Deben ser asumidos por las partes, al punto de no pérdida.
- (viii) **Riesgos macroeconómicos.** Estos deben ser asumidos por la autoridad pública concedente.
- (ix) **Riesgos jurídicos.** Los asume el estado concedente cuando haga uso del hecho del príncipe, si con ello se altera el equilibrio financiero del contrato en contra del concesionario.
- (x) **Riesgos jurídicos residuales.** Al no poderse prever hacen parte de aquellos derechos disponibles sobre los cuales se pueden establecer cláusulas de arreglo directo o arbitral.

SÉPTIMA PARTE. OTROS RIESGOS A AMPARAR.

7.1 Los riesgos a amparar derivados del incumplimiento de las obligaciones.

El Decreto Nacional No.4828 ya citado, establece en su artículo 4 que la garantía deberá amparar los perjuicios que se deriven del incumplimiento del ofrecimiento o del incumplimiento del contrato, según sea el caso, y que, de manera enunciativa se señalan, así:

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

- (i) **Riesgos derivados del incumplimiento del ofrecimiento:** La garantía de seriedad de la oferta cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento del ofrecimiento, en los siguientes eventos:
- a) La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del proponente seleccionado.
 - b) La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el término previsto en los pliegos para la adjudicación del contrato se prorrogue o cuando el término previsto para la suscripción del contrato se prorrogue, siempre y cuando esas prórrogas no excedan un término de tres meses.
 - c) La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado, de la garantía de cumplimiento exigida por la entidad para amparar el incumplimiento de las obligaciones del contrato.
 - d) El retiro de la oferta después de vencido el término fijado para la presentación de las propuestas.
 - e) La falta de pago de los derechos de publicación en el Diario Unico de Contratación previstos como requisitos de legalización del contrato.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

- (ii) **Riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales:** La garantía de cumplimiento de las obligaciones cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del contratista, así:
- a) Buen manejo y correcta inversión del anticipo. El amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la entidad estatal contratante, de los perjuicios sufridos con ocasión de (i) la no inversión; (ii) el uso indebido, y (iii) la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato. Cuando se trate de bienes entregados como anticipo, estos deberán tasarse en dinero en el contrato.
 - b) Devolución del pago anticipado. El amparo de devolución de pago anticipado cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios sufridos por la no devolución total o parcial, por parte del contratista, de los dineros que le fueron entregados a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.
 - c) Cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria, cuando se hayan pactado en el contrato. El amparo de cumplimiento del contrato cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

defectuoso, cuando ellos son imputables al contratista garantizado. Además de esos riesgos, este amparo comprenderá siempre el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado.

- d) Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales. El amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado.
- e) Estabilidad y calidad de la obra. El amparo de estabilidad y calidad de la obra cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de cualquier tipo de daño o deterioro, independientemente de su causa, sufridos por la obra entregada, imputables al contratista.
- f) Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados. El amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado, (i) derivados de la mala calidad o deficiencias técnicas de los bienes o equipos por él suministrados, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato,

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

o (ii) por el incumplimiento de los parámetros o normas técnicas establecidas para el respectivo bien o equipo.

- g) Calidad del servicio. El amparo de calidad del servicio cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado que surjan con posterioridad a la terminación del contrato y que se deriven de (i) la mala calidad o insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de consultoría, o (ii) de la mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato.
- h) Los demás incumplimientos de obligaciones que la entidad contratante considere deben ser amparados.

Ahora bien, en virtud de lo señalado por el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la garantía de cumplimiento cubrirá los perjuicios causados a la entidad estatal como consecuencia de la conducta dolosa o culposa, o de la responsabilidad imputable a los particulares, derivados de un proceso de responsabilidad fiscal, siempre y cuando esos perjuicios deriven del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato amparado por la garantía.

7.2 Cubrimiento de otros riesgos.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

El artículo 5 del citado Decreto No.4828 se ocupa de esta cobertura, así:

En adición a las coberturas de los eventos mencionados en el artículo anterior, la entidad pública deberá exigir en los contratos de obra y en aquellos en que por su objeto o naturaleza lo considere necesario, el otorgamiento de pólizas de seguros que la protejan de las eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista.

Cuando en algunos de los contratos de que trata el parágrafo anterior la entidad contratante autorice previamente la subcontratación, se exigirá al contratista que en la póliza de responsabilidad extracontractual se cubran igualmente los perjuicios derivados de los daños que sus subcontratistas puedan causar a terceros con ocasión de la ejecución de los contratos, o en su defecto, que acredite que el subcontratista cuenta con un seguro de responsabilidad civil extracontractual propio para el mismo objeto.

Lo anterior sin perjuicio de que la entidad contratante deba evaluar los demás riesgos a que puede estar expuesta, en cuyo caso exigirá al contratista las demás garantías que la mantengan indemne frente a esos eventuales daños.

7.3 Excepciones al otorgamiento del mecanismo de cobertura del riesgo.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

De otra parte, el artículo 8 de citado Decreto No.4828, señala que las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro, y en los contratos cuyo valor sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía prevista para cada entidad, caso en el cual corresponderá a la entidad contratante determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago.

La entidad estatal podrá abstenerse de exigir garantía de seriedad de la oferta para participar en procesos cuyo objeto sea la enajenación de bienes, en procesos de subasta inversa para la adquisición de los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, así como en los concursos de mérito en los que se exige la presentación de una propuesta técnica simplificada.

7.4 Excepciones al principio de indivisibilidad de la garantía.

Finalmente, el artículo 9 de Decreto No.4828, determinó que en los contratos de obra, operación, concesión y en general en todos aquellos en los cuales el cumplimiento del objeto contractual se desarrolle por etapas subsiguientes y diferenciadas o cuya ejecución en el tiempo requiere de su división en etapas, la entidad podrá dividir la garantía, siempre y cuando el plazo del contrato sea o exceda de cinco (5) años. En este caso, el contratista otorgará garantías individuales por cada una de las etapas a ejecutar.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

La garantía así constituida deberá tener por lo menos la misma vigencia del plazo establecido en el contrato para la ejecución de la etapa correspondiente. En el evento en que el plazo de ejecución se extienda deberá prorrogarse la garantía por el mismo término.

Los riesgos cubiertos serán los correspondientes al incumplimiento de las obligaciones que nacen y que son exigibles en cada una de las etapas del contrato, incluso si su cumplimiento se extiende a la etapa subsiguiente, de tal manera que será suficiente la garantía que cubra las obligaciones de la etapa respectiva.

Los valores garantizados se calcularán con base en el costo estimado de las obligaciones a ejecutar en la etapa respectiva.

El valor base de los amparos durante la etapa de operación y mantenimiento, será el valor anual estimado de las prestaciones del contratista durante dicha etapa. Estos amparos podrán otorgarse por períodos sucesivos de uno (1) a cinco (5) años, con la obligación de obtener la correspondiente prórroga o una nueva garantía, con anticipación al vencimiento del plazo de la misma.

Antes del vencimiento de cada una de las etapas contractuales, el contratista está obligado a prorrogar la garantía de cumplimiento o a obtener una nueva garantía que ampare el cumplimiento de sus obligaciones para la etapa subsiguiente. En todo caso, será obligación del

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

contratista mantener vigente durante la ejecución y liquidación del contrato, la garantía que ampare el cumplimiento. En el evento en que el garante de una de las etapas decida no continuar garantizando la etapa siguiente, deberá informarlo por escrito a la entidad contratante con seis meses de anticipación a la fecha de vencimiento de la garantía correspondiente. En caso contrario, el garante quedará, obligado a garantizar la siguiente etapa. En caso de que el contratista incumpla la obligación de prorrogar u obtener la garantía para cualquiera de las etapas del contrato, la entidad deberá prever en el mismo, el mecanismo que proceda para restablecer la garantía, sin que se afecte la garantía expedida para la etapa, en lo que tiene que ver con dicha obligación.

OCTAVO TEMA. DISEÑO DE MATRIZ DE RIESGO APLICABLE A UN CONTRATO ESTATAL DE OBRA PÚBLICA Y DE CONCESION DE INFRAESTRUCTURAS DEL TRANSPORTE.

Como aproximación, se presenta la siguiente matriz⁶⁷ que comprender el riesgo aplicable al contrato estatal de obra y de concesión de infraestructuras de transporte.

ASIGNACIÓN DE RIESGOS		
RIESGO	DEFINICIÓN	ASIGNACIÓN
* General	* Cantidades de Obra, Precios y Plazo.	CONCESIONARIO.

⁶⁷ VARGAS DE VALLE, A., op.cit. p. 7 a 10.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

CONSTRUCCIÓN	* Insumos	* Precios de los Principales insumos. * Acceso a fuentes de materiales.	CONCESIONARIOS.
	* Geológico	* Túneles. * Superficies y Taludes.	VARIABLE DEPENDIENDO DE PREVISIBILIDAD.
	*Servicios Públicos.	* Redes de Servicios Públicos.	GOBIERNO.
OPERACIÓN		* Indicadores de Servicios.	CONCESIONARIO.
		* Costos de Operación y mantenimiento mayores a los proyectados.	

ASIGNACIÓN DE RIESGOS

	RIESGO	DEFINICIÓN	ASIGNACIÓN
FUERZA MAYOR	* Asegurable	* Su ocurrencia conlleva la suspensión.	CONCESIONARIO.
	* No asegurable	* Suspensión de las obligaciones del contrato.	GOBIERNO.
COMERCIAL O DE MERCADO		* Ingresos operativos.	
		* Imposibilidad de cobro de tarifas.	CONCESIONARIO.
		* Tasas y derechos por factores de mercado.	
FINANCIACIÓN	* Fuentes.	* Plazos y Tasas.	
	* Cambiario.	* Depende de la tasa de cambio.	CONCESIONARIO.

ASIGNACIÓN DE RIESGOS

	RIESGO	DEFINICIÓN	ASIGNACIÓN
SOCIAL	* Tarifario.	* Conflictos con las comunidades de carácter tarifario.	
	* Casetas.	* Conflictos con las comunidades por la ubicación de casetas.	GOBIERNO.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

	*Obras Adicionales.	* Conflictos con las comunidades por generación de obras adicionales no previstas.	GOBIERNO (Gestión concesionario).
AMBIENTAL	* Consecución de licencias.	* Conflictos por la no consecución de licencias ambientales.	GOBIERNO (Gestión Concesionario).
	* Modificación o adiciones a licencias.	* Conflictos por la modificación o adición de una licencia ambiental.	CONCESIONARIO.

ASIGNACIÓN DE RIESGOS

	RIESGO	DEFINICIÓN	ASIGNACIÓN
NORMATIVO	* General	* Diferencial tarifario.	CONCESIONARIO.
	* Tributario.	* Eventual variación en la normatividad tributaria.	CONCESIONARIO Y GOBIERNO.
PREDIOS		* Costo de los predios y disponibilidad oportuna.	GOBIERNO (Gestión Concesionario).

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

CONCLUSIONES

De la presente investigación es dable concluir:

- (1) La administración pública cada vez recurre con mayor fuerza al capital privado, a través del sistema de concesión, con la finalidad de encontrar un sistema de financiación que le permita realizar obras públicas e infraestructuras de gran calado para la comunidad y centrar financieramente su presupuesto en gasto público social, que en Colombia, realmente se concentra ese gasto más en gasto militar que en inversión social.
- (2) Los proyectos de infraestructura del transporte en Colombia, que por su dimensión dada su topografías y los riegos de orden público, requieren cada vez más inversión presupuestal siendo indispensable la inversión privada y la atracción de capitales nacionales y extranjeros.
- (3) En ese orden de ideas, el concesionario s convierte en un colaborador d la administración pública, acometiendo sus funciones, esto es como particular que presta servicios públicos, relacionando con el Estado contractualmente de acuerdo a lo establecido en la Le 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 y sus Decretos Reglamentarios que integran el Estatuto Contractual de la Administración Públicas.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

- (4) Por principio de igualdad de las cargas públicas del rol de colaborar del particular con el Estado implica que se comparten la literalidad de contrato lo que se ha denominado la asignación, tipificación y distribución de riesgos contractuales.
- (5) En cada caso contractual ha de examinarse cual es la parte que puede soportar mejor el riesgo, de tal manera que la ejecución de contrato se pueda desarrollar de la forma más eficiente posible y además se debe velar la protección del patrimonio público teniendo una adecuada planeación y estimación de forma preventiva de los posibles riesgos que puedan acaecer durante la ejecución de contrato.
- (6) Resulta llamativo para la inversión privada en proyectos particularmente de infraestructura que en la medida en que mejor se prevean y distribuyan los riesgos entre las partes mayor es la posibilidad de que el particular participe de la gestión pública.
- (7) La valoración de contingencias por parte de la administración pública conduce a la reducción del riesgo y con ello en el marco de las garantías que establece la Constitución y la Ley, el sector privado encuentra mayores espacios de participación toda vez que los riesgos son claramente identificados y asignados.
- (8) También una adecuada valoración de las contingencias conduce a que el mecanismo de inversión privada en el desarrollo de proyectos de infraestructura a través de contratos

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

de concesión, minimicen el impacto producido por tales formas d contratación en un país donde además de los riesgos clásicos de la contratación surgen otros especiales como son los que resultan de estar en un conflicto armado interno y de tener condiciones geográficas complejas.

- (9) En todo caso, el riesgo está determinado por la reunión d un conjunto de variables que pueden afectar la rentabilidad esperada de un determinado proyecto.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

BIBLIOGRAFÍA

BECERRA, Salazar, A. D., *Los Riesgos en la Contratación estatal, Estimación, Tipificación y Asignación*, Editorial LEYER, Bogotá D.C. 2008.

PALACIO, JOUVE & GARCÍA, ABOGADOS, *Esquema de Asignación de Riesgos*, Pontifica Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá D.C., 2008.

PINTO, S., F., *La Distribución de Riesgos en los Contratos de Concesión de Obra*, Bogotá D.C. 2003.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, Dirección general de Crédito Público, División de Pasivos Contingentes, *Manual para la Valoración de Pasivos Contingentes, Proyectos de Infraestructura*, Bogotá D.C. , 2003.

CONPES 3107, *Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura*, DNP: DIE –GEINF, Ministerio de Hacienda Público, Bogotá D.C., 2001.

CONPES 3133, *Modificaciones a la Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura Establecida en el Documento CONPES 3107 de 2001*, DNP: DIE –GEINF, Ministerio de Hacienda Público, Bogotá D.C., 2001.

CONPES 3167, *Política para Mejorar el Servicio de Transporte Público Urbano de Pasajeros*, Ministerio de Transporte DNP: DIE – GEINF, Bogotá D.C., 2002.

LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

CONPES 3260, *Política Nacional de Transporte Urbano Masivo*, Ministerio de Transporte, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, DNP: DIE – GEINF, Bogotá D.C., 2003.

CONPES 3305, *Lineamientos para Optimizar la Política de Desarrollo Urbano*, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, DNP – DDUPA, Bogotá D.C., 2004.

CONPES 3368, *Política Nacional de Transporte Urbano y Masivo – Seguimiento*, DNP: DIES-GEINF, Ministerio de Hacienda y Crédito Público: DGPM _ GPP, Bogotá D.C., 2005.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, *Cartilla Guía de Administración del Riesgo*, Bogotá D.C., 2001.

DEL CASTILLO, E., *La Reforma a la Contratación Pública, Interpretación y Alcance de la Ley 1150 de 2007 y sus Decretos Reglamentarios*, Bogotá D.C., 2008.

MELÉNDEZ, Julio. Inocencio., *Los Contratos de Concesión en el Sistema TransMilenio: Esquema Jurídico y Praxis Contractual*, Universidad de los Andes, Facultad de Administración, MBA Magíster en Administración: Gestión Pública, Bogotá D.C., 2005.

PROGRAMA DE REHABILITACIÓN DE LA RED VIAL NACIONAL NO CONCESIONADA, Ministerio del Transporte, Bogotá D.C., Informe 2009.

VARGAS DE VALLE, A., *Riesgos un Análisis Interdisciplinario: Fundamentos Técnicos de Proyectos Basado en Riesgos*, Cámara Colombiana de Infraestructura, Bogotá D.C., Bogotá D.C., mayo de 2009.

VICEPRESIDENCIA DE REFINACIÓN Y PETROQUÍMICA, Dirección General de Planeación – Dirección de Gestión de Proyectos, Análisis de Riesgos PMC, Bogotá D.C., 2008.