

Documento Conpes

Consejo Nacional de Política Económica y Social
República de Colombia
Departamento Nacional de Planeación



3714

DEL RIESGO PREVISIBLE EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA

DNP: PRAP, OAJ

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO: DGCPTN, SG

Versión aprobada

Bogotá D.C., 01 de diciembre de 2011

Resumen

El presente documento establece una serie de lineamientos básicos para el entendimiento del concepto de “*riesgo previsible*” en el marco de las adquisiciones sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

De esta forma, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, las entidades públicas deberán incluir en los procesos de selección, la *tipificación, estimación, y asignación* de los riesgos previsible involucrados en la contratación; y, generar un espacio de discusión del ejercicio realizado, para poder hacer la respectiva revisión con los particulares interesados en el proceso respectivo.

La propuesta de lineamientos para las entidades públicas y los proponentes, tiene como propósito convertirse en una herramienta para el mejoramiento continuo en la aplicación de la normativa existente; buscar el establecimiento de reglas claras frente a posibles alteraciones del equilibrio financiero de los contratos; generar seguridad jurídica; y, en general, sentar las bases para el fortalecimiento y la homogenización de los pasos que se surten en la etapa precontractual para el establecimiento de los riesgos previsible de la contratación.

Clasificación: 0611

Palabras claves: Riesgos previsible, contratación pública, compras públicas, política de contratación, asignación de riesgos.

Contenido

I. INTRODUCCIÓN.....4

II. ANTECEDENTES.....6

III. DIAGNÓSTICO10

**A. Desarticulación de la actividad contractual de las entidades en materia de riesgos
previsibles con los fines de la política de contratación pública. 10**

**IV. LINEAMIENTOS PARA EL MANEJO DEL RIESGO PREVISIBLE EN EL
MARCO DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA13**

V. PLAN DE ACCIÓN.....37

VI. RECOMENDACIONES37

I. INTRODUCCIÓN

El Departamento Nacional de Planeación, a través del Programa de Renovación de la Administración Pública –PRAP–, ha liderado, en desarrollo de lo previsto en el documento CONPES 3249 de 2003 “*Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial*”, la reforma transversal a la Contratación Pública, la cual busca lograr la eficiencia y la transparencia en la gestión contractual de las entidades estatales, mediante el replanteamiento del sistema de adquisiciones en Colombia.

En este sentido, por medio del Proyecto de Contratación Pública –que hace parte del PRAP–, se lideró la reforma al marco legal de la contratación por medio de la presentación al Congreso de la República del proyecto de Ley que posteriormente se convertiría en la Ley 1150 de 2007; junto con la reglamentación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP–, referida a las diferentes modalidades de selección del contratista; el desarrollo de los principios de publicidad y de selección objetiva; la enajenación de bienes del Estado; el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública; la verificación de las condiciones de los proponentes y su acreditación para el Registro Único de Proponentes a cargo de las Cámaras de Comercio; el establecimiento de criterios de desempate en el marco de los procesos de selección de ofertas para el apoyo de la industria nacional y de las Mipymes; la modalidad de selección de Mínima Cuantía; el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, entre otros.

La mencionada Ley 1150 de 2007 y su posterior reglamentación, profundizaron en la obligación de las Entidades Estatales de cumplir con los principios de planeación contractual y de selección objetiva, en el desarrollo de las actividades administrativas, jurídicas y financieras de la entidad, que constituyen la gestión contractual, consagrando así, deberes específicos para las Entidades. Dentro de dichos deberes específicos, se encuentran por ejemplo, la elaboración de los “Estudios y documentos previos” en los cuales, de manera previa a la apertura del proceso de selección, se indica el fundamento de la necesidad de realizar el proceso de contratación para la

adquisición del bien o servicio; el tipo de contrato a celebrar; la modalidad de selección a utilizar para la escogencia del contratista; la disponibilidad presupuestal; la razón de ser de las condiciones incluidas en los pliegos de condiciones para el proponente y para la oferta; así como el soporte que permite la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles que puedan alterar el equilibrio económico del contrato; entre otros.

Asimismo, y en atención a que las normas que reglamentan los riesgos previsibles establecen que la presentación de las ofertas implica la aceptación por parte de los proponentes de la distribución de riesgos previsibles efectuadas por la entidad en estudios y documentos previos que acompañan los Pliegos Definitivos, lo cual implica que el proponente debió haberlos discutido y definido con la Entidad en el marco de su deber de colaboración con el Estado, se hace imprescindible establecer lineamientos básicos respecto de los “riesgos previsibles” en el marco de la política de Contratación Pública.

Para el efecto, el Proyecto de Contratación Pública, preparó con el apoyo y soporte técnico de la Subdirección de Riesgos y la Secretaría General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹ y con el acompañamiento de la Comisión Intersectorial de Contratación Pública,² cuya secretaría técnica se encuentra a cargo del Departamento Nacional de Planeación, el presente documento, con el propósito de continuar con la generación de herramientas para la adecuada gestión contractual.

De esta manera, se presentan los lineamientos básicos para el manejo del riesgo previsible en los contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración

¹ En atención a la experiencia que dicha Subdirección tiene en la gestión y medición de los riesgos de los contratos indicados en el artículo 22 de la Ley 185 de 1995, se apoyó el proceso de tipificación estimación y asignación de los riesgos presentados en éste documento.

² Dicha Comisión tenía entre sus objetivos la formulación de parámetros que orienten a las entidades a una adecuada gestión precontractual y contractual pública; y, la búsqueda del fortalecimiento de la planeación contractual. Así como, la preparación para consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social, los documentos relacionados con la política de contratación de la Administración Pública. (Decretos 3620 de 2004 y 485 de 2009). Fue derogada mediante Decreto Ley 4170 de 2011 para dar paso a la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente.

Pública, así como la propuesta de política para su tipificación, estimación y asignación en el marco de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

II. ANTECEDENTES

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contiene varias disposiciones respecto del equilibrio económico de los contratos sometidos a dicho régimen. Una de ellas, se refiere a la *Ecuación Contractual*, contenida en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993:

*“Allí se dispone que en los contratos estatales se debe mantener la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, ordenando que si dicha equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deben adoptar en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”*³.

En este sentido, se incluyó dentro de la contratación pública la *Teoría de la imprevisión*, prevista ya en el Derecho Comercial en el artículo 868 del Código de Comercio⁴; pero diferenciándose de esta en que *“en el derecho comercial, para que se presente imprevisión se requiere que se presenten situaciones extraordinarias, imprevistas o imprevisibles; en el régimen de contratación pública, basta con que se presente una diferencia entre derechos y obligaciones, independientemente de que las causas que lo originen sean ordinarias o*

³ Ospina Bernal, Camilo. “El equilibrio económico de los contratos. Cómo lograr la ampliación efectiva, práctica, equitativa y transparente de esta institución”. En *Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública*. Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2002. Tomo I. Pág. 435

⁴ Código de Comercio. Artículo 868. Revisión del contrato por causas 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.

*extraordinarias, para que proceda la aplicación del equilibrio de la ecuación contractual*⁵, garantizándose adicionalmente la “obtención de utilidades [por parte del contratista,] cuya protección [garantizaba] el Estado” tal y como lo indicaba el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en atención a las conclusiones incluidas dentro de la *Misión de Contratación*⁶, el Proyecto de Ley 20 de 2005 Senado, buscó, “*orientar a las entidades hacia el fortalecimiento de los procesos de planeación permitiendo la estimación anticipada de las contingencias que puedan producirse en su ejecución*”⁷. Proyecto de Ley que luego de su trámite legislativo, culminó con la expedición de la Ley 1150 de 2007.

Así, se incluyeron dentro de la Ley 1150 y su reglamentación, normas precisas para la distribución de riesgos previsible en los contratos estatales que fortalecen el deber de colaboración a cargo de los particulares (artículo 4), y se deroga la expresión “además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado” del inciso 2 del artículo 3 de la Ley 80 de 1993 (artículo 32).

De los Riesgos Previsibles

Como medida para el fortalecimiento de los procesos de planeación precontractual; dar claridad en las reglas de participación de los oferentes en los procesos contractuales; contribuir a la reducción de controversias judiciales y extrajudiciales en contra del Estado; y lograr que las partes del Contrato Estatal puedan hacer las previsiones necesarias para la mitigación de los riesgos efectivamente asumidos, el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007 incluyó la obligación de incorporar en los pliegos de condiciones la “*estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible involucrados en la contratación estatal*”.

⁵ Ospina Bernal, Camilo. Pág. 436

⁶ *Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública*. Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2002.

⁷ Congreso de la República. Gaceta del Congreso No. 458. Pág. 8

Así, los diferentes actores del proceso contractual, deben, bajo la propuesta y dirección de las Entidades Estatales, tipificar, estimar y asignar aquellas circunstancias, que siendo potenciales alteraciones del equilibrio económico, puedan preverse por su acaecimiento en contratos similares; por la probabilidad de su ocurrencia en relación con el objeto contractual o por otras circunstancias que permitan su previsión. Dicha previsibilidad genera la posibilidad de establecer responsabilidades y tratamientos específicos de asignación y mitigación.

Con lo anterior, se busca la determinación de responsabilidades en cabeza de cada una de las partes frente a la posible ocurrencia de riesgos propios de la ejecución del objeto contractual y el establecimiento de condiciones y reglas claras en materia de riesgos previsibles que, al incluirse dentro de los derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar, excluyan dichas circunstancias –si ocurren– de la posibilidad de alegar desequilibrios económicos de los contratos, reduciendo las consecuencias económicas y litigiosas frecuentes en los mismos.

En desarrollo de lo anterior, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, establece que el soporte de la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles hace parte de los estudios y documentos previos que a su vez, en virtud de los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, son los documentos definitivos que sirven de fundamento para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones y que deberán ponerse a disposición de los interesados junto con éste, para que en una discusión conjunta y en aplicación del deber de colaboración de los particulares con la administración, se establezca la asignación definitiva de los riesgos de acuerdo a su tipificación y estimación.

Lo anterior, teniendo en cuenta que: *“El particular que contrata con el Estado si bien tiene legítimo derecho a obtener un lucro económico por el desarrollo de su actividad, no puede perder de vista que su intervención es una forma de colaboración con las autoridades en el*

logro de los fines estatales y que además debe cumplir una función social, la cual implica obligaciones”⁸.

En este sentido, la normativa busca *“que desde el inicio mismo de los procesos de selección y del planteamiento del negocio que se trate, las partes expongan clara y lealmente sus posiciones, minimizando con ello, en la medida de lo posible, que se presenten futuras confrontaciones o conflictos o reclamaciones, producto del silencio o falta de nitidez en un aspecto tan determinante como el de los riesgos, que entre otras cosas es factor que incluye radicalmente en el precio [...lo cual] implicará muy seguramente un gran esfuerzo no sólo de quienes elaboran y estructuran los pliegos de condiciones o sus equivalentes, sino de los propios oferentes, quienes requerirán también un claro compromiso para clarificar lo que puede ser calificado como riesgo previsible”⁹.*

Con lo cual, *“la revisión y ajuste definitivo de la repartición de los riesgos previsibles se hace de manera conjunta entre la entidad contratante y los proponentes, durante el proceso de selección de manera previa al cierre. [Pretendiendo] que el ‘colaborador de la administración’ acuda en su ayuda desde la concepción misma del negocio, pero, además, que ante la existencia de pliegos débiles, el contratista no guarde silencio con el propósito de efectuar reclamaciones posteriores. Así, se espera que la reforma arroje como resultado el que el juez del contrato entienda que la carga de diligencia que pesa sobre el contratista como profesional que es de la actividad, lo obligue a advertir los riesgos que resultaban previsibles”¹⁰.*

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de octubre de 2001. Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade
Ver también sentencias C-568 de 1998, y del Consejo de Estado la sentencia del 3 de noviembre de 1992, de la Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (Consejero Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta.

⁹ Palacio Jaramillo, María Teresa. “Derogatoria de la garantía de utilidad del contratista frente al reconocimiento del equilibrio económico del contrato”. En *V jornadas de Contratación Estatal*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008. Pág. 17

¹⁰ Suárez Beltrán, Gonzalo. *La nueva Contratación Pública en Colombia*. Bogotá: Legis, 2009. Pág. 58.

A manera de conclusión, la norma contenida en la Ley 1150 de 2007 contiene tres aspectos de especial trascendencia para el manejo de los riesgos previsibles: la necesidad de que las entidades hagan un adecuado ejercicio de planeación y establecimiento de los riesgos previsibles; que el ejercicio realizado por la entidad sea debidamente compartido, valorado y complementado por los particulares en virtud del deber de colaboración con la administración pública que se materializa en el aporte de su experiencia, conocimientos y especialidad para la realización de los fines del Estado; y, que una vez hecha una estimación anticipada de las contingencias que puedan producirse en su ejecución, sean asignadas contractualmente y se entiendan incorporadas dentro de la ecuación contractual.

III. DIAGNÓSTICO

A. Desarticulación de la actividad contractual de las entidades en materia de riesgos previsibles con los fines de la política de contratación pública.

El artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 y su posterior reglamentación supuso la inclusión en el EGCAP, de una herramienta para permitir, de manera previa a la suscripción del contrato, el establecimiento de reglas frente a la asunción de determinadas circunstancias previsibles que pudieran alterar el equilibrio económico del contrato.

Sin embargo, por tratarse de una norma contenida dentro de la reforma a la Contratación Pública, que tiene implicaciones en materia procedimental, algunas entidades públicas han presentado dificultades en la estructuración de las bases de sus procesos de selección, definiendo el riesgo previsible como aquella situación que pudiese tener un impacto en el patrimonio de la entidad pública, involucrando en este ejercicio, por ejemplo, riesgos imprevisibles o confundiéndolo con los incumplimientos enmarcados en la responsabilidad contractual.

El Departamento Nacional de Planeación en conjunto con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, realizó un análisis de matrices de riesgos vinculadas a procesos de selección de obra pública, consultoría, suministro y prestación de servicios, elegidas al azar en el Sistema

Electrónico para la Contratación Pública –SECOP–, y que constituyen una muestra de la tendencia de las entidades en la materia. En las mismas, se encontraron por ejemplo, las siguientes diferencias en la estructuración del ejercicio de identificación, tipificación, estimación y asignación:

1. Respecto de la Identificación del Riesgo Previsible
 - a. Se relaciona como riesgo previsible, el hecho de sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad del contratista según lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993 y violaciones al régimen de conflictos de intereses, los cuales a pesar de ser circunstancias que pueden alterar las condiciones de un contrato tienen un tratamiento propio dentro del EGCAP.
 - b. Se confunden los riesgos previsible en la contratación con otros conceptos que cuentan con tratamiento propio en el marco de la responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual o cumplimiento de las obligaciones contractuales. Por ejemplo, incumplimientos del contratista, la responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas, los cuales se encuentran cobijados por el Régimen de Garantías previsto en el Decreto 4828 de 2008.
 - c. Se incluyen aleatoriamente riesgos con el supuesto objetivo de cumplir con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, desconociendo la realidad contractual específica que puede llevar a concluir que no existen riesgos previsible en algunos contratos.
2. Respecto del ejercicio de Tipificación, Estimación y Asignación.
 - a. Se presentan casos en los cuales sólo se realiza el ejercicio de tipificación y asignación de los riesgos, dejando de lado la estimación.
 - b. Se incluye la estimación (cuantificación) de los riesgos, presentando porcentajes, sin referir el valor sobre el cual están calculados y dejando el valor del riesgo indefinido. Por ejemplo, no se menciona si el porcentaje es sobre el valor del contrato o sobre el presupuesto inicial del factor del riesgo, entre otros.

- c. En la estimación se incluyen porcentajes, aclarando que se refieren al grado de responsabilidad que tiene cada una de las partes al momento de la ocurrencia del riesgo.
- d. Se presenta como ejercicio de identificación, estimación y asignación de riesgos, la definición de cada una de éstas actividades de forma genérica, sin entrar a analizar el contrato específico al que hacen referencia.
- e. Se trasladan los riesgos al contratista sin tener en consideración el nivel de información entregado y la capacidad de las partes para administrarlo y mitigarlo. En las audiencias no se cuenta con particulares que se interesen por hacer una contrapropuesta o explicar las deficiencias de la propuesta contenida.

En atención a la necesidad de articular el contenido del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, con lo dispuesto en los artículos 14 y 27 de la Ley 80 de 1993, los decretos reglamentarios y su aplicación en los procesos contractuales sometidos al EGCAP; y, teniendo en cuenta que la normativa vigente contiene obligaciones para el manejo de riesgos previsibles a cargo de los diferentes actores del proceso contractual, se hace necesario el establecimiento de lineamientos de política pública sobre riesgos previsibles y un conjunto de bases para la definición del alcance del ejercicio de tipificación, estimación y asignación de los riesgos en la contratación, para apoyar a las entidades a lograr una adecuada comprensión de las implicaciones que tiene la realización del ejercicio mencionado.

Los lineamientos de política serán aplicables a la contratación sometida al EGCAP, lo cual no implica necesariamente que en todos los contratos que celebra la Administración Pública puedan identificarse todos los tipos de riesgos que aquí se ejemplifican o que la identificación realizada en el presente documento abarque todos los riesgos que pueden presentarse en cada contrato, por lo cual en cada caso la entidad deberá determinar sus respectivos riesgos de conformidad con el objeto, las condiciones contractuales, el plazo, entre otros¹¹ y si es del caso

¹¹Para los proyectos que se estructuren bajo el esquema de participación público-privada en infraestructura, deberá complementarse la política contenida en el presente documento, con la del documento Conpes 3107

justificar en los estudios y documentos previos la no existencia de riesgos previsible en el contrato específico.

IV. LINEAMIENTOS PARA EL MANEJO DEL RIESGO PREVISIBLE EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Con el fin de clarificar el concepto de *Riesgo Previsible*, se clasificarán los riesgos contractuales desde su concepto general hasta llegar a la definición de riesgo previsible, en el marco del artículo 4 de la Ley 1150.

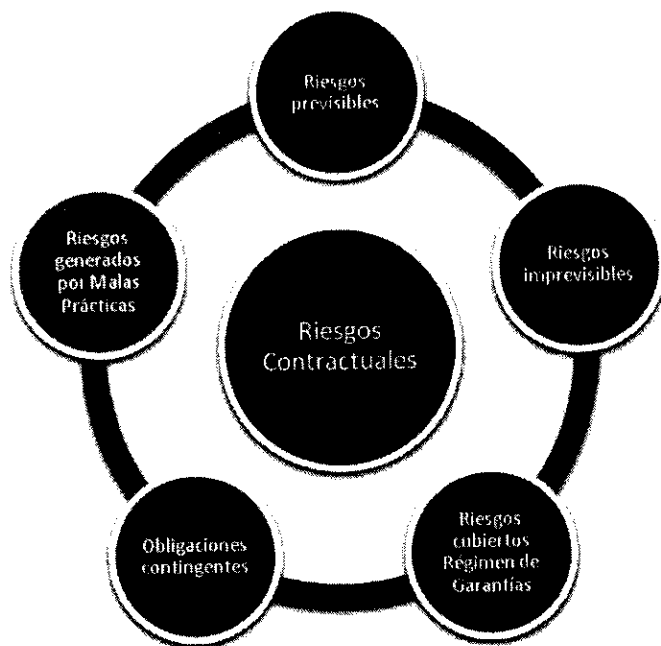
De los Riesgos Contractuales

El riesgo en forma general, es una medida de la variabilidad de los posibles resultados que se pueden esperar de un evento¹².

El riesgo contractual en general es entendido como todas aquellas circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo y ha tenido una regulación desde cinco ópticas, asociadas con el proceso de gestión que se requiere en cada caso.

¹² Oscar Bravo Mendoza, Gestión Integral del riesgo Tomo I 2006

FIGURA 1
Riesgos Contractuales



Así, los “*riesgos previsibles*”, son todas aquellas circunstancias que se presenten durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales.

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

Por su parte, los “*riesgos cubiertos bajo el Régimen de Garantías*” en la Contratación Pública, contenidos en el Decreto 4828 de 2008, son aquellos relacionados con la seriedad de la oferta, el cumplimiento de las obligaciones contractuales, la responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas; y de forma general, los demás riesgos a que se encuentre expuesta la

Administración según el tipo de contrato y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007.

Respecto de los “*riesgos imprevisibles*”, el Consejo de Estado ha sostenido que la teoría de la imprevisión es aquella que “*regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible*”¹³.

Por tanto el “*equilibrio puede verse alterado durante la ejecución del contrato, por las siguientes causas*”¹⁴: *actos o hechos de la administración contratante, actos de la administración como Estado y factores exógenos a las partes del negocio jurídico (teoría de la imprevisión) [...entendiendo que, los...] actos de la administración como Estado, se refiere fundamentalmente al denominado ‘Hecho del Príncipe’, entendido como expresión de la potestad normativa, constitucional y legal, que se traduce en la expedición de leyes o actos administrativos de carácter general, los cuales pueden provenir de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado*”¹⁵.

Las “*obligaciones contingentes*” generadas por contratos estatales, se regulan en el Decreto 423 de 2001 y son entendidas como aquellas obligaciones en virtud de las cuales una entidad, 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 evento futuro e incierto. A diferencia de los riesgos antes enunciados, tienen un proceso de gestión

¹³ Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 13 de agosto de 2009, expediente 1952

¹⁴ En este sentido ver, entre otras, sentencia del 21 de junio de 1999, expediente No. 14.943 y sentencia del 13 de julio de 2000, expediente No.12.513.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de 2002, expediente 21588.

especial, desde la identificación y valoración, hasta la mitigación y el seguimiento. En todo caso se aclara que puede haber riesgos previsibles que correspondan a obligaciones contingentes pero no todas las obligaciones contingentes son riesgos previsibles.

Finalmente, los “*riesgos generados por malas prácticas*”, son aquellos sucesos que pueden ocasionarse por acciones negativas en la contratación o por riesgos operacionales que se manifiestan durante el proceso precontractual y que afectan la ejecución del contrato. Por su proceso de gestión y su relevancia en la contratación colombiana, este tipo de riesgos se abordan en el *Manual de las Buenas Prácticas de la Contratación Estatal*.¹⁶

¿Qué no son riesgos previsibles?

En el ejercicio de tipificación es especialmente importante hacer el análisis y exclusión de aquellos hechos que aunque se pueden encontrar en la conceptualización de la teoría general del riesgo, no reúnen los presupuestos para ser considerados **riesgos previsibles**, bien por no tener las consideraciones incluidas en la reglamentación o por estar cobijados por regulaciones particulares contenidas en el marco de los riesgos contractuales “no previsibles” ilustrados anteriormente.

En este sentido, no son riesgos previsibles, por ejemplo:

- El incumplimiento total o parcial del contrato, en la medida en que compromete la responsabilidad contractual de quien asuma tal conducta, teniendo como consecuencia la exigibilidad de la garantía de cumplimiento y la eventual

¹⁶ El Proyecto de Contratación Pública del PRAP en el año 2004 elaboró este Manual, con el fin de generar una herramienta para los gestores de la contratación pública, el cual tuvo su fundamento en el análisis del universo de pronunciamientos judiciales (sentencias, providencias aprobatorias de acuerdos conciliatorios y laudos arbitrales) proferidos hasta diciembre de 2004, en los cuales se analizaba la Ley 80 de 1993 y se condenaba a la administración con ocasión de su actividad. Disponible en versión digital en www.contratos.gov.co

indemnización de perjuicios por el exceso de lo cubierto por la garantía, según lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 4828 de 2008.

- Los hechos derivados de la responsabilidad extracontractual, que se encuentren cubiertos mediante garantías especiales como la póliza de responsabilidad extracontractual, regulada principalmente en el Decreto 4828 de 2008.
- Los que corresponden a la teoría de la imprevisión, los cuales escapan de la definición de riesgo previsible, y de acuerdo a lo dispuesto en el reglamento son aquellas circunstancias que no pueden ser identificables o cuantificables.
- Las inhabilidades e incompatibilidades¹⁷ sobrevinientes; entendidas estas como la presencia en el contratista o en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal de alguna o algunas de las causales previstas en la Constitución o la Ley para las inhabilidades e incompatibilidades con posterioridad a la adjudicación del contrato, caso en el cual, deberá cederse el respectivo contrato, renunciar a su ejecución o ceder su participación a un tercero según corresponda.

En este contexto, el análisis de riesgos contractuales al que se refiere el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, se restringe única y exclusivamente a los “Riesgos Previsibles”. Así, el ejercicio propuesto en la Ley 1150 de 2007, busca extrapolar del ámbito del equilibrio económico de los contratos, los riesgos previsible plenamente tipificados, estimados y asignados por las partes de un contrato estatal, con el fin de que hagan parte de las condiciones del mismo. De esta forma, los riesgos previsible tienen un tratamiento propio regido por las reglas consignadas en el contrato, incluyéndolos así dentro de la ecuación contractual, con lo

¹⁷ Definidas jurisprudencialmente como “imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades”. Departamento Administrativo de la Función Pública. Escuela Superior de la Administración Pública. Inhabilidades e incompatibilidades de los Servidores Públicos. Versión 2. Serie. Cartillas de Administración Pública. Bogotá: 2009. Pág 135

cual, en caso de acaecer en la ejecución del contrato no afectarían el equilibrio económico y por tanto, no procedería su restablecimiento.

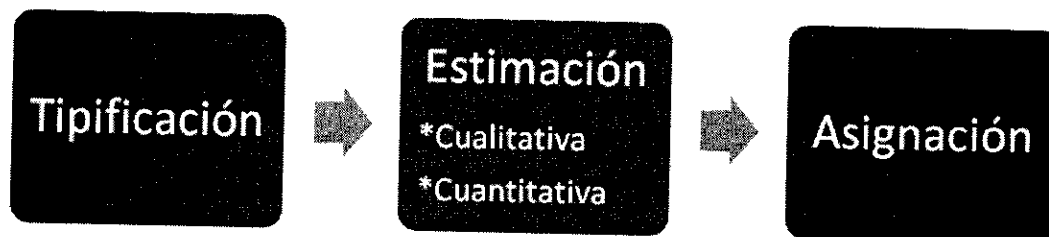
Dicha previsibilidad va ligada a la posibilidad de la **identificación y cuantificación del riesgo** en condiciones normales, teniendo en cuenta que entre mayor probabilidad del evento mayor previsibilidad del mismo. Dichas condiciones deben hacer parte de los estudios y documentos previos del proceso de contratación de acuerdo a lo previsto en la normativa.

De esta forma, la asunción de riesgos previsibles de manera anticipada dentro del contrato, atiende a la posibilidad que tienen las partes, por el principio de autonomía de la voluntad, de incluir cláusulas extensivas de responsabilidad, donde las partes asumen por su voluntad obligaciones específicas indicando la extensión de la responsabilidad.

Finalmente, los riesgos previsibles identificados y trabajados para cada proceso de selección, deberán ser discutidos obligatoriamente en audiencia pública en el caso de la utilización de la modalidad de licitación pública, pero, dada la naturaleza participativa de los procesos de selección, será posible en las demás modalidades de selección recibir las observaciones que sobre el particular deseen formular los interesados tanto en la publicación del Proyecto de Pliego y Pliego Definitivo, como en las aclaraciones a los mismos pudiendo incluso citar a audiencia si se considera necesario. Lo anterior, en atención a su experticia en el objeto contractual y la gestión de los riesgos inmersos en él.

DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES

Con el fin de presentar una guía básica para realizar la distribución de los Riesgos Previsibles en los Contratos Estatales, la cual incluye el ejercicio de tipificación, estimación y asignación de riesgos, se presentan los lineamientos de cada uno de estos conceptos y un esquema de actividades para llevarlo a cabo:



CRITERIOS PARA LA TIPIFICACIÓN

La tipificación es el proceso de caracterización de los riesgos que puedan preverse en las diferentes etapas del contrato¹⁸, agrupándolos dentro de diferentes clases que presenten características similares. Así, la tipificación de los riesgos previsible podrá consistir en la identificación de los distintos riesgos que pueden ocurrir durante la ejecución del contrato y su incorporación en una clase si ella existe.

Adicionalmente, se propone utilizar para la tipificación del riesgo previsible, las principales clases y/o especies de riesgos a que puedan verse expuestas las partes en la ejecución de los contratos.

A continuación se presenta de manera enunciativa la siguiente propuesta de clasificación, la cual no exime a la Entidad Estatal del estudio que debe realizar para la estructuración de cada proceso contractual y el análisis de sus particularidades para determinar la existencia, o no, de los riesgos propios de cada proceso de selección:

¹⁸ Se recuerda que en atención al objeto contractual, a su forma de ejecución o a otras particularidades, es posible que en algunos Contratos Estatales no existan Riesgos Previsibles bajo la órbita del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, caso en el cual deberá incorporarse en los estudios y documentos previos el análisis que permitió dicha conclusión.

1. **Riesgos Económicos**: Son aquellos que se derivan del comportamiento del mercado, tales como la fluctuación de los precios de los insumos, desabastecimiento y especulación de los mismos, entre otros.

Por ejemplo, es usual que en contratos que involucran la ejecución de actividades en cuya estructura se ha definido un marco cambiario, se identifiquen alteraciones por el comportamiento de la moneda o por circunstancias colaterales que imponen una incidencia crítica. Así mismo, en los contratos de suministro de bienes o prestación de servicios, donde no es posible llevar a cabo el objeto del contrato por desabastecimiento o especulación dentro del mercado propio de los insumos. Su inclusión dependerá de la posibilidad de previsión del mismo.

2. **Riesgos Sociales o Políticos**: son aquellos que se derivan por cambios de las políticas gubernamentales que sean probables y previsibles, tales como cambios en la situación política, sistema de gobierno y cambio en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato.

También suelen presentarse por fallas en la manera en que se relacionan entre sí, el Gobierno y la población, grupos de interés o la sociedad. Por ejemplo los paros, huelgas, actos terroristas, etc. Para la determinación de su previsibilidad, la entidad podrá acudir a las autoridades públicas competentes en la recopilación de datos estadísticos o fuentes oficiales (POLICIA NACIONAL, FUERZAS ARMADAS DE COLOMBIA, MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, etc)

3. **Riesgos Operacionales**: Son aquellos riesgos asociados a la operatividad del contrato.

Entre estos encontramos: la posibilidad de que el monto de la inversión no sea el previsto para cumplir el objeto del contrato. También se presenta la extensión del plazo, cuando los contratos se realizan en tiempos distintos a los inicialmente programados por circunstancias no imputables a las partes. Adicionalmente, se presenta por la posibilidad de no obtención del objeto del contrato como consecuencia de la existencia de inadecuados procesos, procedimientos,

parámetros, sistemas de información y tecnológicos, equipos humanos o técnicos sin que los mismos sean imputables a las partes.

Dichos riesgos hacen parte del riesgo operacional siempre y cuando no sean obligaciones de las partes y se materialicen durante la ejecución del contrato¹⁹. En general no son riesgos operacionales las especificaciones de materiales o servicios incorrectos, fallas en el embalaje, manipulación, transporte o descarga del bien suministrado, insuficiencia en los proveedores, pérdida o destrucción de los bienes a suministrar, daño, hurto o pérdida de materiales o equipos para la ejecución del contrato, obtención o renovación de licencias o permisos, entre otros.

Para reducir la incidencia de este tipo de riesgos, es necesario contar durante la etapa de estructuración de los contratos con los estudios respectivos y adelantar actividades que permitan contar con un adecuado nivel de información sobre las especificaciones de los diferentes objetos contractuales, con el fin de fortalecer el análisis de costos, lo cual reduce los factores de riesgos que inciden sobre el contrato.

4. **Riesgos Financieros**: Este riesgo tiene dos componentes básicos: el riesgo de consecución de financiación o riesgo de liquidez, y el riesgo de las condiciones financieras.

El primero se refiere a la dificultad de conseguir los recursos financieros, ya sea en el sector financiero o el mercado de capitales, para lograr el objetivo del contrato. El segundo hace referencia a los términos financieros de dichos recursos, entre estos encontramos plazos, tasas, garantías, contragarantías, refinanciaciones entre otros.

¹⁹ El riesgo predial no se incluye dentro del documento, ya que es un riesgo operacional y es parte fundamental dentro de la operatividad del contrato, en especial en los contratos de obra. Adicionalmente, con la publicación del manual de buenas prácticas este tipo de riesgo no debería existir por ser obligaciones propias de la estructuración de los contratos.

5. **Riesgos Regulatorios**: Son los posibles cambios regulatorios o reglamentarios que siendo previsibles, afecten el equilibrio contractual.

Por ejemplo, cambios en las tarifas, mercados regulados, cambios en los regímenes especiales (regalías, pensional), designación de zonas francas, planes de ordenamiento territorial, expedición de normas de carácter técnico o de calidad, entre otros.

6. **Riesgos de la Naturaleza**: Son los eventos causados por la naturaleza sin la intervención o voluntad del hombre, que aunque pueden ser previsibles por su frecuencia o diagnóstico están fuera del control de las partes. Para la determinación de su existencia y/o previsibilidad, se podrá acudir a las autoridades públicas o entidades competentes en la recopilación de datos estadísticos o fuentes oficiales (INSTITUTO AGUSTIN CODAZZI, INGEOMINAS, IDEAM, etc)

Para el ejercicio de tipificación, éstos se refieren a los hechos de la naturaleza que puedan tener un impacto sobre la ejecución del contrato, por ejemplo los temblores, inundaciones, lluvias, sequías, entre otros, siempre y cuando los mismos puedan preverse.

7. **Riesgos Ambientales**: Se refiere a las obligaciones que emanan de las licencias ambientales, de los planes de manejo ambiental, de las condiciones ambientales o ecológicas exigidas y de la evolución de las tasas retributivas y de uso del agua. Por ejemplo, cuando durante la ejecución del contrato se configuren pasivos ambientales causados por mala gestión de la licencia ambiental y/o el plan de manejo ambiental o el costo de las obligaciones ambientales resulte superior al estimado no siendo imputables a las partes.

8. **Riesgos Tecnológicos**: Se refiere a eventuales fallos en las telecomunicaciones, suspensión de servicios públicos, advenimiento de nuevos desarrollos tecnológicos o estándares que deben ser tenidos en cuenta para la ejecución del contrato así como la obsolescencia tecnológica.

Una vez hecha la clasificación por tipo de riesgo se recomienda hacer una definición concreta de cada uno de los riesgos que se incluyan, conforme al lenguaje común de los mismos;

y al significado que tengan en el marco del contrato de que se trate en búsqueda de una absoluta claridad en las condiciones. Los riesgos que no lograron la condición de previsibilidad para ser incluidos en el ejercicio del artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, en todo caso, deben ser analizados por las Entidades con el fin de que cuenten con un tratamiento propio en el marco de la gestión contractual.

CRITERIOS PARA LA ESTIMACIÓN

En el ámbito del riesgo previsible, la estimación consiste en valorar la probabilidad de ocurrencia y el nivel de impacto de los riesgos que han sido tipificados, y que teniendo en cuenta su materialidad, requieren una valoración. En virtud de lo dispuesto en el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008 se exige *“cuantificar la posible afectación de la ecuación financiera del mismo.”*

Para los efectos del presente documento, la estimación es una técnica que permite dar una aproximación de la magnitud del riesgo previsible de acuerdo con su probabilidad e impacto.

Se recomienda a las entidades realizar el ejercicio mediante un trabajo interdisciplinario que reúna a las personas a cargo de los aspectos jurídicos, técnicos y financieros de la contratación a realizar y con fundamento en aspectos tales como la ocurrencia de hechos similares, el impacto que haya tenido su ocurrencia, así como la posibilidad de afectación para el proyecto sobre el cual se trabaja. El resultado del ejercicio que realicen las entidades públicas debe tener una aproximación real del impacto económico que tendría la materialización del riesgo. Esta estimación es inescindible con respecto de la requerida planeación que deben tener los contratos, con el fin de lograr objetos contractuales concretos y procesos de selección con reglas absolutamente claras para las partes.

Para facilitar la labor de estimación, se sugiere a las entidades desarrollar sus propias metodologías de valoración, las cuales podrán ser sometidas a la consideración de la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, que prestará la asesoría necesaria en su desarrollo, si la entidad lo estima conveniente. En caso de no contar con

metodologías, se expone la siguiente propuesta para realizar la estimación cualitativa y cuantitativa del riesgo a partir de los siguientes conceptos:

Estimación Cualitativa

La propuesta en esta etapa es trabajar los riesgos para una estimación cualitativa mediante rangos que permitan al servidor público calificar los riesgos en una matriz, en diferentes niveles de probabilidad e impacto, tal y como se presenta en el siguiente esquema:

Tipos de Riesgo	Probabilidad				Impacto			
	Alta	Media - Alta	Media - Baja	Baja	Alto	Medio - Alto	Medio - Bajo	Bajo
riesgo 1								
riesgo 2								
riesgo 3								
...								
riesgo n								

A continuación, se da una breve descripción de los dos criterios básicos del análisis cualitativo de riesgos, probabilidad e impacto.

Probabilidad

La probabilidad es generalmente entendida como una medida de la creencia o conocimiento que se tiene acerca de la ocurrencia futura (o pasada) de un evento y generalmente se puede estimar como la frecuencia con la que se obtiene un resultado en un experimento aleatorio. Por ejemplo, para estimar la probabilidad de ocurrencia de un riesgo, se puede tomar una muestra de contratos de similares condiciones y calcular, en términos relativos, en cuántos de estos contratos se presenta el evento generador del riesgo. La frecuencia relativa estimada es

generalmente interpretada como la probabilidad de ocurrencia de ese riesgo y cuantifica el conocimiento adquirido del pasado acerca de la ocurrencia del riesgo.

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

Impacto o severidad

El impacto es la medida de la magnitud de las consecuencias monetarias de un evento generador de riesgo sobre el objeto del contrato. Por ejemplo, un acontecimiento, una disposición de la autoridad, una noticia, pueden generar serias consecuencias monetarias que

afectan el equilibrio económico y obligan a la adopción de correctivos. Para el cálculo del impacto por los diversos riesgos se puede tomar una muestra de contratos similares y calcular cuál fue el porcentaje del sobrecosto sobre el valor total del contrato²⁰, en caso de firmarse otrosíes, modificaciones o adendas, se debe llevar cabo la valoración del sobrecosto de lo inicialmente contratado como porcentaje del valor total inicial para los contratos en los cuales se presentó el evento generador.

DESCRIPCIÓN DE LA CLASIFICACIÓN DEL RIESGO POR LA SEVERIDAD O IMPACTO			
ALTO	MEDIO - ALTO	MEDIO - BAJO	BAJO
Perturba la ejecución del contrato de manera grave, generando un impacto sobre el valor del contrato en más del treinta por ciento (30%), imposibilitando la consecución del objeto contractual.	Obstruye la ejecución del contrato sustancialmente, pero aún así, permite la consecución del objeto contractual, con un incremento del valor del contrato entre el quince (15%) y el treinta por ciento (30%).	Afecta la ejecución del contrato de manera moderada, pero sin afectar considerablemente el equilibrio económico. Generando un impacto sobre el valor del contrato entre el cinco (5%) y el quince por ciento (15%).	Dificulta la ejecución del contrato de manera leve, de forma que aplicando medidas mínimas se pueden lograr el objeto contractual. Los sobrecostos no representan más del cinco por ciento (5%) del valor del contrato

²⁰ Valor total del contrato incluye entre otros, el CAPEX, OPEX, inversión, mantenimiento, esto dependiendo del tipo de contrato.

Para estimar el impacto y probabilidad de ocurrencia de un evento que afecte de manera adversa y representativa el desarrollo del contrato, es posible considerar fuentes de información como:

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

Estimación Cuantitativa

Siguiendo con el esquema propuesto, después de que la entidad haya llevado a cabo la calificación cualitativa, ésta debe realizar la valoración cuantitativa, incorporando los criterios evaluados en la etapa cualitativa y realizando una aproximación numérica de dichos criterios. Con el fin de elaborar la estimación cuantitativa de los riesgos la entidad podrá recurrir a las diferentes herramientas tendientes a valorar el impacto económico de los riesgos previamente identificados y cualificados:

- De acuerdo con la experiencia en contratos de objetos similares y datos históricos, relacionados con el factor de riesgo a evaluar, se puede inferir el comportamiento futuro del mismo y cuantificar las posibles consecuencias del riesgo.
- Teniendo en cuenta la evidencia empírica y prácticas en el sector dentro del cual se desarrolla el objeto contractual, se puede asignar un valor numérico tanto a la probabilidad como al impacto de los riesgos, previamente cualificados.
- Se puede recurrir a publicaciones y estudios técnicos en los cuales se proponen modelos y procedimientos para valorar ciertas clases de riesgos, entre ellos se encuentran las metodologías elaboradas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público que se encuentran

a disposición de todas las entidades públicas en la página web <http://www.minhacienda.gov.co>

- Se puede utilizar la herramienta de valoración de riesgos contractuales disponible en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública - SECOP, el cual se encuentra en el sitio <http://www.contratos.gov.co>, el cual proporciona una aproximación general del valor del riesgo.
- Se puede recurrir a las opiniones de expertos en el objeto contractual, con el fin de que emitan conceptos relacionados con la cuantificación de las posibles consecuencias económicas que tendría la ocurrencia de un determinado riesgo.

Es importante resaltar que la entidad efectuará la valoración siguiendo su propio criterio, integrando los aportes de un equipo interdisciplinario y acudiendo a las herramientas que más se adapten a la información disponible y a las particularidades de cada contrato.

CRITERIOS PARA LA ASIGNACIÓN

La asignación es el proceso de distribuir los riesgos de acuerdo con la capacidad de cada una de las partes para gestionarlo, controlarlo, administrarlo y mitigarlo.

De acuerdo con lo anterior, y en armonía con lo dispuesto en la reglamentación, corresponderá a la entidad estatal en el proyecto de pliego de condiciones, proponer la asignación de los riesgos, esto es, señalar cuál de los sujetos contractuales tendrá que soportar total o parcialmente el riesgo en caso de presentarse para luego discutir su distribución definitiva con los interesados en la audiencia de riesgo, sin perjuicio de la posibilidad que tienen los proponentes de manifestar sus opiniones ante la Entidad desde la publicación del proyecto de pliego de condiciones.

Esta asignación, al incluir los riesgos previsibles dentro de la ecuación contractual, permite dar un tratamiento específico a los mismos, suprimiendo la posibilidad de alegar posibles alteraciones al equilibrio económico.

Para el ejercicio de asignación de los riesgos previsibles y teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 423 de 2001 para la política del riesgo, se recomienda tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. El tipo y modalidad de contrato son relevantes para la determinación del nivel de transferencia de responsabilidad al Contratista (por ejemplo, en un contrato de obra común, existirán mayores limitaciones para la transferencia efectiva del riesgo que en el contrato llave en mano²¹ que, por la naturaleza de las prestaciones, admite un mayor grado de riesgo para el contratista).²²
2. La transferencia de los riesgos debe ser proporcional a la cantidad de información con la que se cuente para su mitigación.
3. Se sugiere la realización del ejercicio de asignación de los riesgos previsibles atendiendo a las capacidades de los contratistas para su administración y a la existencia en el mercado de garantías que constituyan soporte o respaldo financiero o asegurador del proyecto.
4. El traslado del riesgo no tiene connotaciones infinitas por lo que se recomienda no incluir en los pliegos de condiciones y en las matrices de riesgos traslados de riesgo o de responsabilidad en abstracto sin tipificación y estimación o cuantificación.

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

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

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

Adicionalmente se presentan las siguientes recomendaciones de asignación, de acuerdo a cada riesgo:

1. **Riesgos Económicos**: Se recomienda que por regla general y bajo la premisa de contar con información suficiente y con las condiciones necesarias para llevar a cabo el objeto contractual, el riesgo se traslade al contratista en atención a su experticia en el manejo y posibilidad de administración efectiva de los riesgos económicos. Desde luego, ello no podrá hacerse en relación con riesgos que el mismo no pueda controlar, como condiciones macroeconómicas no previsibles, las cuales por ser imprevisibles escaparían de la órbita de aplicación del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.
2. **Riesgos Sociales o Políticos**: Se recomienda que por regla general el riesgo previsible de esta naturaleza lo asuma la entidad contratante que en atención a su condición, se presume que cuenta con un manejo y posibilidad de administración efectiva del mismo. De manera excepcional se puede trasladar el riesgo cuando por ejemplo, existan mecanismos de cobertura en el mercado.
3. **Riesgo Operacional**: Por regla general y bajo la premisa de contar con información suficiente, los riesgos operacionales se transfieren al contratista, en la medida en que cuenta con mayor experiencia y conocimiento de las variables que determinan el valor de la inversión y tendrá a su cargo las actividades propias del contrato. En aquellos contratos donde se presente un alto componente de complejidad técnica, las entidades estatales pueden considerar la posibilidad de utilizar como mecanismo de mitigación el

otorgamiento de garantías parciales para cubrir eventuales sobre costos asociados a la complejidad identificada.

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

5. **Riesgos Regulatorios**: Se recomienda que por regla general, el riesgo lo asuma la parte que cuenta con un manejo y posibilidad de administración efectiva de los riesgos regulatorios por su naturaleza y en virtud de las normas propias de cada regulación.

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

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

- Cuando se cuente con licencia ambiental debidamente ejecutoriada y/o plan de manejo ambiental, antes del cierre de la licitación, el contratista asumirá los costos implícitos en el cumplimiento de las obligaciones definidas en dicha licencia y/o plan de manejo ambiental.
- Cuando se cuente con licencia ambiental debidamente ejecutoriada antes del cierre de la licitación y ésta sea modificada por solicitud del contratista, él asumirá los costos que implique esta modificación.
- El riesgo de que, durante la ejecución, la operación y el mantenimiento de las obras, se configuren pasivos ambientales causados por el incumplimiento o la mala gestión de la licencia ambiental y/o el plan de manejo ambiental será asumido por el contratista.

- Cuando no se cuente con licencia ambiental debidamente ejecutoriada y/o plan de manejo ambiental, antes del cierre de la licitación, los costos por obligaciones ambientales se deberán estimar y prever en los contratos acorde con la naturaleza y magnitud del objeto contractual. En estos casos la entidad estatal podrá asumir el riesgo de que los costos por obligaciones ambientales resulten superiores a lo estimado.
- Cuando por la naturaleza del proyecto no se requiera licencia ambiental, los costos para realizar un adecuado manejo ambiental se deben estimar y prever en los contratos acorde con la naturaleza y magnitud del proyecto. En estos casos, la entidad estatal podrá asumir el riesgo por los costos de las obligaciones adicionales resultantes de la exigencia de un plan de manejo posterior al cierre de la licitación, sólo cuando la exigencia no surja del mal manejo ambiental del proyecto.

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

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

La parte seleccionada de acuerdo con los criterios identificados bajo las premisas anteriores, tendrá la posibilidad de incluir en la planeación de sus obligaciones contractuales, las medidas para reducir su vulnerabilidad respecto a los riesgos asumidos, así, podrá buscar alternativas para atenuar los potenciales daños o consecuencias de la ocurrencia de los riesgos y/o, reducir la probabilidad de ocurrencia del evento generador del riesgo.

De forma enunciativa se podrán tener en cuenta las siguientes tipos de respuesta frente al riesgo:

- Evitar el riesgo: La parte que asume el riesgo toma medidas que le permiten de una manera consistente y sistemática, eludir o eliminar el riesgo ya sea eliminando la fuente del riesgo o eludiendo la participación en contratos en los que se expone al riesgo.
- Prevenirlo: Consiste en tomar medidas conducentes a reducir la probabilidad de ocurrencia del riesgo. Por ejemplo, en una obra que presente inestabilidad en el terreno, se podrían incluir obras de estabilización y manejo de aguas, previo a la iniciación de la obra principal en dicho terreno.
- Transferirlo o Compartirlo: se transfiere a la parte que mejor puede manejarlo (i.e. al menor costo).
- Retenerlo: Asumir el riesgo en el momento que se presente, comunmente en los casos en los cuales el valor del riesgo es menor al costo de gestionarlo. También, se puede aceptar el riesgo cuando la probabilidad de una perdida es tan baja que se acerca a cero (0). Todos los riesgos que no son evitados o transferidos, son retenidos como regla general.
- Mitigarlo: Consiste en tomar medidas conducentes a amortiguar el impacto ante la ocurrencia del riesgo. Una alternativa utilizada para reducir la exposición a los riesgos de tasa de interés, tasa de cambio o precios de los commodities, es utilizar derivados financieros.

Política de manejo presupuestal de los riesgos previsibles

Si los riesgos previsibles son asignados al contratista, se deberán entender siempre incorporados en la propuesta del mismo. Así, en caso de que el riesgo que se materialice haya sido aceptado por el contratista, no podrá alegarse por parte de este algún desequilibrio económico del contrato.

Si de acuerdo a la asignación realizada, el riesgo queda a cargo del contratante, la entidad en virtud de lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 deberá constituir las reservas y compromisos presupuestales necesarios para atender las obligaciones derivadas de

la asunción de los riesgos. Igualmente, deberá adoptar las medidas para el manejo de obligaciones contingentes²³ de las Entidades Estatales, dispuestas en las Leyes 448 de 1998 y 819 de 2003, así como los Decretos que las reglamenten, con el fin de evitar volatilidades futuras en su presupuesto y al mismo tiempo, promover la disciplina y transparencia fiscal.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante incorporar dentro del análisis del impacto fiscal, las obligaciones contingentes contraídas en virtud de contratos estatales, bajo una óptica más amplia, es decir, incorporando otras clases de contratación diferentes a la participación público privada. Con éste fin, es recomendable realizar los ajustes normativos a que haya lugar e incentivar a las entidades para que realicen un ejercicio juicioso de análisis sobre los riesgos que han de asumir en el marco de la contratación y tomen las medidas necesarias para su manejo y control.

De igual forma, para contratos que tengan una duración superior a una vigencia fiscal, deberá la Entidad con el objeto de cumplir la normativa, revisar la estimación realizada con el fin de determinar si se hace necesaria una actualización de la misma, teniendo en cuenta los cambios de circunstancias en el desarrollo del contrato, y el mayor nivel de información disponible.

Las contrataciones que requieran extensión y se adicionen por necesidad y de acuerdo a la normativa mediante la suscripción de un otrosí, deberán incluir junto con la justificación de la adición, un nuevo análisis de la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles de acuerdo a la nueva realidad contractual para que haga parte de las nuevas condiciones acordadas.

²³ El riesgo previsible se entiende como una obligación contingente atendiendo a la definición contenida en el artículo 6 del Decreto 423 de 2001, de acuerdo con la cual, una Entidad Estatal 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.

AUDIENCIA DE RIESGOS

Dentro de los deberes de los contratistas, enlistados de forma general en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993, se establece que éstos “*colaboran con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto se cumpla y que éste sea de la mejor calidad*”; así como que deberán obrar “*con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales*”.

En este sentido, y en atención a la naturaleza participativa de los procesos contractuales, el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 estableció, en el caso de la licitación pública, un espacio de diálogo para analizar y elaborar la propuesta definitiva de tipificación, estimación y asignación de riesgos previsibles, por medio de la realización de una audiencia especial, que deberá tener lugar con posterioridad al acto que ordena la apertura del proceso y de manera previa al inicio del plazo para la presentación de las respectivas ofertas.

Así, y en atención a la participación que se espera de los proponentes en los diversos espacios previstos en el procedimiento para tal efecto, el ejercicio definitivo de tipificación, estimación y asignación -con el cual se regirá el proceso contractual-, se encuentra en la práctica, elaborado en conjunto por las entidades contratantes y los oferentes. Suponiendo así que, la presentación de las ofertas implica la aceptación por parte del proponente de la distribución de riesgos previsibles contenida en los Pliegos definitivos.

Por su parte, en las demás modalidades de selección diferentes a la licitación pública en los cuales no existe la obligación legal de celebrar ésta audiencia, las entidades podrán, en virtud de los principios de la Función Administrativa y aquellos contenidos en el EGCAP, tanto generar una audiencia especial para escuchar a los contratistas; como utilizar el mecanismo que consideren adecuado para que los interesados se pronuncien sobre el particular.

En todo caso, las entidades deberán atender y considerar las solicitudes de los proponentes, relacionadas con los riesgos previsibles que sean objeto de consideraciones de fondo; y, si es del caso, reconsiderar los elementos estructurales de los procesos de selección.

Por su parte, si la reconsideración de los elementos estructurales afecta la esencia de la contratación, teniendo en cuenta que el ejercicio de riesgos es un documento previo que no puede ser cambiado con la modificación de los pliegos de condiciones mediante adenda en sus aspectos esenciales, la misma implicará la revocatoria del acto de apertura del proceso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo.

Deberes Adicionales

- ✓ Es fundamental que en todos los procesos de selección se tenga en consideración el nivel de información entregado y la correcta tipificación, estimación y asignación para que sea válida la premisa contenida en el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, según la cual la presentación de las ofertas implica su aceptación.
- ✓ De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 8 del Decreto 2474 de 2008, las entidades deberán publicar en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – Secop– el acta de la audiencia de revisión de la asignación de riesgos previsibles.

Aspectos de Carácter Institucional

- ✓ Se recomienda al representante legal de cada entidad atender los lineamientos de la política de manejo de los riesgos previsibles en los contratos estatales en aplicación de lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007, a partir de la cual se realice el ejercicio de tipificación, estimación y asignación para cada contrato en la fase de elaboración de estudios y diseños previos.
- ✓ Parte fundamental de la política de “Manejo de los Riesgos Previsibles de los Contratos Estatales”, será la definición de quiénes serán las dependencias responsables de la definición integral de los riesgos previsibles y de coordinar con los especialistas a nivel interno y/o externo para la realización de la estimación y la asignación.