

Los riesgos, su identificación, asignación y amortización en los contratos del Estado

Risks, Identification, Distribution, and Mitigation in State Contracts

95
dossier

Patricia Mier Barros^a

PALABRAS CLAVES

Asignación de riesgos, contratación pública, contrato estatal.

RESUMEN

Este artículo presenta el entorno normativo de la contratación pública en Colombia, el modo que es entendido y aplicado, y las conductas e interpretaciones de las partes contractuales, lo cual ha dado lugar a la problemática que hoy aqueja al sistema contractual público en Colombia, alejado cada vez más de los propósitos perseguidos por la Constituyente de 1991 y de las leyes que han procurado eliminar los obstáculos que impedían la gestión del Estado Empresario y la llegada del capital privado a los fines estatales en el desarrollo de la infraestructura de servicios. Se hace especial énfasis en la adecuada estructuración del proyecto, la debida distribución de los riesgos y la atención a la realidad técnica, financiera, social y económica en la cual se desarrollan los proyectos.

KEY WORDS

Public hiring, risk distribution, state contracts.

ABSTRACT

This article describes the legal environment for public hiring in Colombia. Specifically, it investigates the way public contracts are understood and applied, as well as the behavior and interpretations of the contractual parties. The public hiring system in Colombia grows more and more controversial as it distances itself from its 1991 constitutional mandate, removing obstacles that impede the management of a business State. The article also examines the effect of private capital in support of State development projects and service infrastructure. Special emphasis is given to adequate project structuring, due risk distribution, and attention to technical, financial, social, and economic realities involved in project development.

a Abogada y especialista en Derecho Administrativo. Profesora de cátedra, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Consultora privada. Bogotá D.C., Colombia.
✉ patriciamier13@hotmail.com

Las reflexiones que me dispongo someter a este foro en relación con el entorno normativo de la contratación pública en Colombia —y particularmente, en cuanto hace a la asignación de riesgos en el contrato estatal— no están encaminadas a proponer críticas a un sistema legal que, a mi juicio, ha sido debidamente estructurado, al procurar dotar al Estado colombiano y a sus contratistas de los instrumentos y herramientas jurídicas que garanticen el adecuado desarrollo de los servicios públicos. Lo anterior siempre atendiendo los fundamentos constitucionales de la actividad pública, en ella comprendida la contractual, como uno de los mecanismos principales de gestión de la administración y, sobre todo, como una de las alternativas más importantes consagradas en nuestro ordenamiento jurídico para garantizar el cumplimiento de un mandato superior: la vinculación de los particulares al progreso y al desarrollo de la sociedad. Esto descansa sobre un postulado que no es posible eludir: el Estado Social de Derecho, concepto constitucional que nos atribuye a todos —Estado y administrados— la responsabilidad del cumplimiento de sus cometidos.

He venido aquí para proponer algunas inquietudes que me surgen, en mi condición de profesional del derecho dedicada a la contratación estatal, no de los textos legales sino del modo en que ellos se entienden y aplican por la administración pública, desvirtuando las finalidades normativas, y por los particulares contratistas que en muchas ocasiones distorsionan el contenido de las disposiciones en procura de provechos o utilidades que no les han sido garantizadas por el legislador y que, por lo mismo, no constituyen patentes a su favor en el negocio de la contratación estatal. Son estas conductas e interpretaciones de las partes contractuales las que han dado lugar a la problemática que hoy aqueja al sistema contractual público en Colombia, cuya realidad de ejecución, se aleja cada vez más de los propósitos perseguidos por la Constituyente de 1991 y de las leyes que han procurado eliminar los obstáculos que otrora impedían la gestión del Estado Empresario y la llegada del capital

privado a los fines estatales en el desarrollo de la infraestructura de servicios.

Para el desarrollo del tema que me ha sido asignado, tomaré como guía los interrogantes en los intervinientes —públicos y privados— de la contratación estatal. Las preguntas que naturalmente surgen en el lector desprevenido de la reforma de la Ley 80 de 1993 [1], es decir, el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 [2], son:

¿LAS DIFICULTADES QUE SE HAN PRESENTADO EN LA CELEBRACIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO OBEDECEN A AUSENCIAS REGULATORIAS FRENTE A LA ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS “PREVISIBLES” QUE PUDIERAN MATERIALIZARSE EN SU DESARROLLO?, POR EL CONTRARIO, ¿ENCUESTRAN ORIGEN EN EL CONTENIDO MISMO DEL DOCUMENTO CONTRACTUAL?, ¿SE TRATA ACASO DE LA IGNORANCIA CONCEPTUAL DE LOS ACTORES DE LA CONTRATACIÓN SOBRE LA MATERIA?, ¿DEBEMOS CREER QUE LOS CONFLICTOS SURGEN DE LAS OMISIONES ADMINISTRATIVAS EN EL AGOTAMIENTO DEL “PRINCIPIO DE PLANEACIÓN” QUE PARTE DE LA DEBIDA “PLANEACIÓN PRESUPUESTAL”, QUE SIEMPRE RESULTA INSUFICIENTE?

Las dificultades que la ejecución del contrato estatal plantea en la actualidad —y la asignación de riesgos en particular— no derivan de la regulación legal, que en nada se opone al éxito de los proyectos que constituyen su objeto. Por el contrario, múltiples y constantes han sido los esfuerzos legislativos desde 1991 [1, 2 y 3] para hacer del contrato público una verdadera herramienta de desarrollo. Se ha intentado liberar al Estado de las amarras que en el pasado lo ataban sin remedio a procedimientos anquilosados y eternos, y le negaban cualquier posibilidad de acudir a criterios de conveniencia comercial o de empresa, que hicieran del contrato estatal un verdadero y buen negocio para el Estado. Es decir, que se tradujera en la rentabilidad social que debía perseguir, sin descuidar los legítimos

intereses económicos del Estado Empresario en un mundo donde cada vez más debe llevar ese ropaje, puesto que de ello dependerá su supervivencia en el mercado de bienes y servicios. El funcionario responsable de la contratación se encontraba condenado a asumir el criterio legal vigente, por equívoco o inconveniente que resultare para los intereses que le habían sido encomendados o para la adecuada ejecución de un proyecto determinado.

Las causas de los conflictos y de las dificultades que hoy enfrentamos se encuentran, de modo primordial, en el contenido de los documentos contractuales y en el diseño mismo del proyecto, que parte precisamente del divorcio de la normativa que permite a la entidad responsable —es más la autoriza y casi le impone [1, 2 y 3]— la adecuada estructuración del proyecto, con la debida distribución de los riesgos, atendiendo la realidad técnica, financiera, social y económica en la cual habrá de desarrollarse. Para este efecto, deberán necesariamente observarse, entre otros, postulados y principios, que no derivan de un precepto normativo, sino que hacen parte de la esencia misma del contrato estatal, cuya garantía de ejecutabilidad depende del acierto con que se atribuyan los riesgos del contrato, siempre bajo la consideración esencial de que el éxito de un proyecto debe medirse en punto a la obtención por las partes de la rentabilidad esperada, desde la óptica de la asignación de riesgos en términos de “mutua tolerancia”. No es, pues, un problema de ley; es un problema de concepto y, sobre todo, de conocimiento de la naturaleza del negocio contractual público.

¿EXISTE UN CONCEPTO LEGAL DE “RIESGO CONTRACTUAL”? ¿DEFINE LA LEY EL “RIESGO ASIGNABLE”? ¿ES EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO UN “RIESGO” ASIGNABLE? ¿SON LOS RIESGOS ASIGNABLES AQUÉLLOS QUE PUEDEN PERTURBAR EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL?

No existe una definición legal de “riesgo”, a pesar de la importancia de su contenido como noción presente

en las relaciones bilaterales y en el despliegue de cualquier actividad que pudiera generar resultados lesivos para su autor, destinatarios o terceros, aunque constituya un concepto determinante en la tipificación de las categorías de los contratos en nuestro ordenamiento civil y no obstante se erija como factor esencial de atribución de responsabilidad en el derecho de daños, en materia contractual y extracontractual. El legislador enuncia “riesgo” y lo da por concebido cuando impone —expresa o implícitamente— su asignación, su asunción y los deberes de la amortización de sus efectos a los intervinientes en las relaciones jurídicas que surgen del intercambio de bienes y servicios.

En lo que sí puso empeño el legislador, en materia contractual pública, fue en calificar y tipificar el tipo de riesgo trasladable al contratista estatal, partiendo siempre de la categoría jurídica conmutativa del contrato estatal, al excluir la aleatoriedad incuantificable y al establecer el marco normativo preciso y los límites que deben gobernar la asignación de los riesgos de la contratación pública.

La Ley 80 de 1993, se refirió a los “riesgos contractuales” para imponer una prohibición: trasladar al contratista estatal aquéllos cuyos efectos fueren inmensurables o incuantificables [1]. Esto es así, puesto que, por expreso mandato legal, en los contratos estatales no pueden existir “contingencias inciertas” que determinen el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes y de sus derechos derivados de la celebración del contrato. Por el contrario, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 [4] impone el establecimiento y determinación precisa del objeto de las prestaciones contractuales; prohíbe la inclusión de condiciones y exigencias de imposible cumplimiento o el pacto de exenciones de la responsabilidad derivada de la información que suministre la entidad contratante; de igual manera, prohíbe el legislador la definición de reglas oscuras, ambiguas o poco claras que induzcan a error a los proponentes en una licitación ya los futuros contratistas, o determinen ofrecimientos de extensión ilimitada o cuya realización dependa de la exclusiva voluntad de la entidad contratante.

Como sanción a la contravención de las disposiciones transcritas, el artículo 24, numeral 5, inciso final de la Ley 80 de 1993 [4], declara como ineficaces, de pleno derecho, las estipulaciones de los pliegos de licitación y de los contratos que contravengan estas precisas disposiciones, norma que no hace otra cosa que reiterar los principios generales del derecho civil sobre la materia. Pretender lo contrario y negar las limitaciones derivadas de la ley que impone límites a la actuación administrativa en la asignación de riesgos del contrato público, implicaría aceptar que esta actividad pudiera someterse igualmente a las reglas del contrato aleatorio, que no tiene cabida en los contratos del Estado gobernados por el Estatuto Contractual de la Administración Pública.

No es posible convertir el contrato estatal de obra pública, definido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 [5], —o ningún otro regulado por el Estatuto Contractual Público¹— so pretexto de la asignación de riesgos y de la asunción expresa por el contratista del mismo, en un contrato aleatorio, por la sencilla razón de que este contrato estatal, como todos los celebrados por la administración pública, es esencialmente conmutativo. Es precisamente esta conmutatividad o equivalencia prestacional la que está llamada a garantizar el principio del equilibrio económico del contrato, que no podría concebirse en el contrato estatal si su régimen fuese aleatorio. Por ello, en el contrato estatal de obra pública (por cualquier sistema) no es jurídicamente viable la asunción por el contratista de un área ilimitada, indeterminada, incierta o extraordinaria.

Cosa distinta son los pactos que lícitamente les están permitidos a las partes, derivados de la autonomía de la voluntad, y expresamente autorizados en la ley. Es cierto que no existe norma positiva que prohíba en forma expresa la asunción de riesgos por el contratista de la administración pública, silencio legislativo que pudiera inducir a pensar que sería factible el traslado de riesgos al contratista dentro del principio de transparencia que la ley ordena. Por el contrario, hoy con-

tamos con disposiciones que imponen la asignación de riesgos en el contrato estatal previa su celebración, como en seguida veremos. Y ello es válido, legal y legítimo en la medida en que la estipulación traslativa de los riesgos al contratista sea explícita desde la invitación a contratar, aceptada expresamente por éste y que, por lo mismo, tenga la opción de ser cubierta adecuadamente en la propuesta y, por supuesto, en el contrato. En otras palabras, la estipulación ha de ser tal que permita al contratista medir, cuantificar, pesar y sopesar los efectos de la eventual materialización de los riesgos que asume, con conocimiento y responsabilidad. En otros términos, desde la invitación a contratar, deberá permitir el ente estatal la formulación de propuestas coherentes, completas, adecuadas y, sobre todo, ciertas, correspondientes con los riesgos y compromisos que asume el contratista. De allí derivará validez el ofrecimiento.

La Ley 80 de 1993 [1] en su momento significó el gran cambio normativo en materia contractual pública con la adopción del concepto unívoco del Contrato Estatal. Definió los contratos del Estado como todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad [5], ubicándolos en la categoría de los contratos bilaterales-conmutativos-onerosos [4, 7 y 8]. Pero nada dijo dicha ley y de modo expreso sobre la necesidad de asignar los riesgos del contrato a las partes, según las actividades a cargo de cada una de ellas. Sin embargo, fue claro el legislador al estructurar lo que me aventuro en denominar la “Matriz Legal de Riesgos del Contrato Público”, partiendo de su definición normativa, y al establecer las directrices y parámetros dentro de los cuales los cocontratantes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, debían proceder a su asignación [4, 7, 8, 9 y 10].

Por su parte, la Ley 1150 de 2007 [2], se refiere a los riesgos previsibles, para expresar e imponer al Estado

1 Integrado por las Leyes 80 de 1993 [1] y 1150 de 2007 [6].

la obligación de hacerlos expresos, típicos, cuantificados y asignarlos previamente a la celebración del contrato, de modo tal, que pareciere ser el entendimiento legislativo pues con dicha asignación queda establecida indefectiblemente la ecuación contractual [9 y 11].

De este modo, es el reglamento el que aventura una especie de “definición de riesgo contractual” al entender por tal aquellas circunstancias que pudieran afectar el equilibrio económico del contrato, olvidando que la ley en esta materia [10] previó que tal situación sólo puede darse en dos precisos eventos: el incumplimiento del ente público contratante o ante la ocurrencia de circunstancias imprevistas. Ninguno de estos dos participa de la noción de riesgo asignable, que es la que pretende reglamentar la norma en cita, que, por expresa voluntad legislativa, es la circunstancia previsible, que por su misma definición mal pudiera tener la entidad de desequilibrar la ecuación económica contractual.

Es la doctrina, y no la norma legal, la que abundantemente ha aventurado definiciones de “riesgo” como noción jurídica determinante de la asignación de responsabilidades en las relaciones contractuales. En efecto, de conformidad con el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, “riesgo”, en sentido amplio, “es la contingencia o proximidad de un daño, que puede suceder o no suceder, que puede ser previsto o imprevisto”. El mismo diccionario se aproxima al concepto de previsibilidad al definir el verbo prever como: “ver con anticipación. Conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. Disponer o preparar medios contra futuras contingencias” [12].

En un sentido más jurídico, el riesgo se ha definido como aquel peligro de naturaleza especial, a consecuencia del cual alguien está obligado a soportar la pérdida o el deterioro que una cosa sufre por caso fortuito o fuerza mayor [13]. Asimismo, se define como la posibilidad de destrucción material o de deterioro de una cosa debida [14]. En materia contractual, el “riesgo” se ha observado desde diversos ángulos: i) se habla del riesgo del incumplimiento, cuando

una de las prestaciones no resulta ejecutada por un hecho voluntario o culposo del deudor, por intervención de un tercero, por *factum principis* o por un caso fortuito; ii) el riesgo de la pérdida o de la disminución de la expectativa económica del negocio, sea por la preexistencia o el acaecimiento de circunstancias previstas, previsibles o no previsibles, que no comportan un incumplimiento en sentido técnico sino un cambio de la economía originaria del negocio [15].

En nuestro derecho positivo, la primera hipótesis relativa al incumplimiento de las prestaciones constituye el fundamento de la responsabilidad contractual, base del derecho sancionatorio, y es ajena al concepto mismo de “riesgo”, que no incluye como supuesto el incumplimiento del contrato. La segunda hipótesis, referida al acaecimiento de circunstancias no previstas que impacten la economía del contrato, es, por una parte, el supuesto de la “imprevisión” que en materia contractual encuentra solución normativa en nuestro ordenamiento [16] y por tanto debe descartarse como elemento tipificante del “riesgo asignable”, que parte de una expresa condición jurídica: la previsibilidad.

Por otra parte, en materia contractual pública, las “circunstancias imprevistas” que afecten la economía del negocio constituyen el sustrato fáctico de la figura del Desequilibrio Económico del contrato estatal, cuya ocurrencia impone al Estado contratante el restablecimiento de la ecuación, sin que para tal fin se requiera de previa asignación acordada de riesgo alguno, puesto que es la ley la que atribuye al Estado esta obligación, como deber natural suyo en el desarrollo de su actividad contractual [10]. Es por ello que los fundamentos fácticos del desequilibrio económico del contrato, incumplimiento e imprevisión no participan de la noción de riesgo asignable, al tenor de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 [2], y por la misma razón encontramos antitécnica la pretendida definición que de “riesgo asignable” trae el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008 [17].

¿CUÁL HA SIDO LA POLÍTICA PÚBLICA DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN MATERIA CONTRACTUAL Y CÓMO SE HA REFLEJADO EN LA LEY?

Para responder este cuestionamiento habremos de referirnos a las expectativas del Gobierno Nacional frente a la evolución de la noción de “riesgo” dentro del contrato estatal y al sistema concesional como medio de contratación que, por sus especiales características —y en especial por tipificar este sistema la ejecución del objeto contractual “por cuenta y riesgo del contratista concesionario”—, constituyó la génesis del empeño estatal por encontrar el método de asignación de riesgos en la contratación pública que permitiera la incursión del capital privado en la construcción de infraestructura de servicios, especialmente, en la infraestructura vial.

El origen del “problema” de la contratación estatal, en general, y de las dificultades que la contratación de obras públicas en infraestructura de transporte, en particular, pudiera ubicarse en dos hechos fundamentales. El primero gira en torno al esquema de distribución de riesgos del contrato, entendido como la base del equilibrio contractual. En efecto, la problemática o las divergencias contractuales que continuamente han afectado la ejecución de los proyectos nace en la descontextualización que se ha pretendido hacer del contrato de obra pública (por cualquiera de sus modalidades) del marco normativo general de la contratación estatal y de la realidad socioeconómica del país en la que deben necesariamente ejecutarse los proyectos. Este aspecto es de especial sensibilidad, puesto que el éxito de la ejecución de un contrato de esta índole dependerá de la consonancia entre los postulados contractuales que contienen el cúmulo obligacional de las partes y la realidad económica, cuyas variables serán determinantes del equilibrio del contrato; medido éste, por una parte, en la recuperación de la inversión realizada por el contratista en la construcción de una obra pública, y por otra, en la realización de la finalidad estatal perseguida con la celebración del contrato dentro de las condiciones de

tiempo y calidad pretendidas por la entidad responsable, en términos de equivalencia prestacional.

La construcción de obra pública fue y es un típico contrato estatal, y como tal, hasta tanto no cuente con una regulación especial que lo destipifique (si cabe la expresión) encontrará su régimen jurídico en el estatuto de contratación de la Administración Pública. Por esta razón, este contrato se informa de los principios rectores consignados en dicho estatuto, incluido, por supuesto, el de la autonomía de la voluntad que garantiza a la entidad contratante el diseño de un negocio en el que, para decirlo coloquialmente, todos ganen: contratista, Estado contratante y la comunidad destinataria de la obra, dentro de un marco lícito de libertad negocial que atienda las condiciones reales de ejecución del proyecto. De esta forma, entendida la construcción de obra pública en su legítima aceptación de contrato público, es posible estructurar, con fundamento en la normativa que gobierna la actividad contractual del Estado, un proyecto viable.

El otro hecho generador de conflicto en el tratamiento contractual de la obra pública radica en la inestabilidad de la política pública y, en muchas ocasiones, en la discontinuidad de su ejecución. Entendemos que este documento no tiene como propósito el diagnóstico de la evolución de la política estatal en el tratamiento de la concesión, pero debemos referirnos a ella, puesto que fue su regulación la que motivó, recién expedido el Estatuto Contractual de la Administración, la formulación de una política pública en materia de riesgos, a la que hoy acuden los operadores jurídicos como directrices formales en la tarea de asignación de los riesgos en los contratos estatales. Debemos señalar que, a pesar de los esfuerzos iniciales para construir una plataforma jurídica sólida que diera confianza al capital privado para incursionar en el negocio público, la regulación contractual no ha respondido a una política coherente, continuada y con una evolución lógica y regular, sino que por el contrario ha sido variable, discordante y contradictoria, según las necesidades de los planes de gobierno. Contradicción y discordancia en las que reside el ger-

men principal de las controversias surgidas en torno a la eficacia no sólo del sistema concesional, para el que particularmente fuera concebida, sino de la contratación pública en general en la que pretende ser aplicada.

Desde 1992, el Gobierno Nacional, con fundamento en las políticas de Estado consignadas en documentos CONPES [18, 19, 20 y 21] que sirvieron de apoyo al despegue del sistema concesional, inició un proceso de apertura de licitaciones a fin de entregar por el sistema de concesión algunos proyectos para el desarrollo de la infraestructura vial del país. Fueron constantes en la política estatal de los contratos de concesión de primera y segunda generación:

- La evidente necesidad del país de realizar grandes inversiones en infraestructura vial para fortalecer el proceso de apertura, puesto en marcha por la Constituyente de 1991, e inicialmente desarrollado por el gobierno ejecutor de sus preceptos².
- La concentración de la acción del gobierno central en el desarrollo del Plan Vial Nacional y el énfasis en la descentralización de las vías regionales.
- El sistema concesional como alternativa de financiación de los proyectos, ante la notoria escasez de recursos públicos que requería de inversión complementaria para la ejecución de obras con alta demanda y mayores índices de congestión.
- El reiterado empeño del Estado de guardar para sí el “control” en términos de alcances de los proyectos predefinidos por la entidad contratante, asumiendo con ello la responsabilidad jurídica derivada, entre otros, de las informaciones suministradas por ella y que resultaban determinantes de las propuestas económicas de los concesionarios; los prediseños y trazados predefinidos, que constituían el punto de partida de un diseño definitivo a cargo del concesionario, se conjugaban sin equivalencia real alguna con las garantías de tráfico o ingreso correspondientes.
- El énfasis en adelantar licitaciones de proyectos con el mayor nivel de especificidad técnica y contractual posible, con un esquema de riesgos definido previamente.
- Contar con mecanismos financieros de largo plazo que permitieran reducir las tarifas a los usuarios.
- La transferencia al contratista privado de la mayoría de los riesgos asociados a los proyectos correspondientes, que han sido asumidos tradicionalmente por el sector público.
- La asignación de riesgos entre el inversionista privado y el público ha sido preocupación constante en la política de participación privada en este sector. En este aspecto, se consideró —en un análisis que conserva plena vigencia en la actualidad aunque se pretenda ignorar en la estructuración de los nuevos proyectos concesionales— que “Los proyectos de infraestructura se caracterizan por tener diversas clases de riesgos que involucran tanto al sector público como al privado. Una deficiente asignación de ellos puede limitar el atractivo de la inversión para el agente privado o, en el extremo opuesto, generar unos sobrecostos injustificados para el sector público. La asignación de los riesgos debe estar de acuerdo con los mecanismos de mitigación y el nivel de control que sobre ellos tenga cada una de las partes. De esta manera, el sector público debe asumir, en principio, aquellos riesgos que dependen estrictamente de sus acciones, en tanto que el sector privado debe asumir aquéllos que estén bajo su control” [19].
- Si bien el traslado de riesgos al sector privado fue y es una constante en el diseño de los contratos, el proceso de participación privada en infraestructura no se apoyó en una política predefinida de asignación de riesgos y otorgamiento de garantías. En términos de garantías, y como incentivo al sector privado, el Gobierno Nacional hizo pública³ su política sobre el tema, frente a los distintos tipos de

2 Período presidencial de César Gaviria.

riesgos identificados en los proyectos por concesión. Era claro para el Gobierno de entonces que “las condiciones sociales y políticas de cada país demandan del gobierno anfitrión garantías que cubran los diferentes tipos de riesgo identificados y mantengan los retornos esperados, y por supuesto las tarifas, en niveles manejables para el mercado de capitales y para la sociedad en general. Las garantías se diseñaron para disminuir las primas por riesgo que se aplicarían al retorno esperado de un proyecto (...)” [22]. En cuanto tocaba con el cubrimiento de sobrecostos, el Estado contratante asumía —con las garantías otorgadas⁴— los riesgos relativos a construcción, tránsito mínimo y ajuste de las tarifas contractuales de peaje⁵.

- El sistema concebido falló, no por resultar ineficaz o insuficiente en sí mismo, sino por no atender en su estructuración a un estudio real, actual y serio de las variables sobre las cuales se construyó; omisión que llevó a concebir como excepcionales circunstancias de normal ocurrencia en nuestra realidad socioeconómica, lo cual constituyó entonces el supuesto esencial de las proyecciones económicas tanto de la entidad contratante como del mismo concesionario. Prueba de ello se encuentra en diversos fallos arbitrales que acogieron las pretensiones de revisión de los contratos de concesión por su base, con fundamento en los principios rectores de la contratación pública, por cuanto se demostró que aquellos aspectos tenidos en cuenta por la entidad en la distribución de riesgos contractuales sencillamente no obedecían a la realidad vigente al inicio del contrato⁶, dando al traste con la estructura económica de los proyectos.

Desde entonces, múltiples han sido los intentos estatales por encontrar un norte en el sistema concesional que permita tanto hacer de este contrato un negocio atractivo para el sector privado, como asegurar al Estado la construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura vial al menor costo y con la mínima asunción de riesgos posible [23, 24, 25, 26, 27, 28 y 29]. Del esfuerzo estatal en la formulación de políticas de asignación de riesgos en la contratación pública, destacamos por su vigencia las siguientes:

DOCUMENTO CONPES 3107 DE ABRIL DE 2001.
 “POLÍTICA DE MANEJO DE RIESGO CONTRACTUAL
 DEL ESTADO PARA PROCESOS DE PARTICIPACIÓN
 PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA” [26]

Este documento CONPES, quizás el más completo en esta materia, constituye hoy la directriz esencial del tema de riesgos en la política estatal, y es constantemente invocado por la Administración y los estructuradores de los proyectos de infraestructura en la tarea de asignación de los riesgos contractuales. Su contenido en la actualidad goza de absoluta vigencia y los parámetros en él consignados debieran no sólo representar los instrumentos y herramientas con las que cuenta el Estado gestor en su actividad contractual, sino además constituir los postulados en los que debe apoyarse el operador jurídico al interpretar y aplicar las normas de contratación pública que le imponen la obligación de definir, tipificar, valorar y asignar los riesgos previsible para las partes del contrato estatal.

3 Guillermo Gaviria, por entonces Director de INVIAS.

4 Ingresos mínimos, sobrecostos de construcción.

5 A esta filosofía respondieron los primeros proyectos de carreteras por concesión conocidos como de “Primera generación” (1.994 y principios de 1.997).

6 El fallo más representativo de esa época es quizás el Laudo Arbitral del 24 de agosto de 2001. Partes: CONCESIÓN SANTA MARTA PARAGUACHÓN S.A. vs. INVIAS. Contrato de Concesión No. 445 del 2 de agosto de 1994.

DOCUMENTO CONPES 3413 DE MARZO DE 2006.
"AUTORIZACIÓN A LA NACIÓN PARA CONTRATAR
EMPRÉSTITOS EXTERNOS CON LA BANCA
MULTILATERAL HASTA POR USD 2500 MILLONES
O SU EQUIVALENTE EN OTRAS MONEDAS CON
DESTINO AL FINANCIAMIENTO DE APROPIACIONES
PRESUPUESTALES PRIORITARIAS DEL GOBIERNO
NACIONAL" [30]

En este documento, la política de asignación de riesgos consignada en el CONPES 3107 de abril de 2001, se confirma en los siguientes términos:

"C. Asignación de riesgos en proyectos de participación privada. La Ley 448 de 1998 y su Decreto reglamentario 423 de 2001 establecieron medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y encargaron al Conpes definir los lineamientos de política de manejo de riesgo contractual del Estado en procesos de participación privada en infraestructura. La política definida por el Conpes se fundamentó en los siguientes principios:

- i) contar con información confiable para reducir la percepción de los riesgos;
- ii) identificar y asignar de forma clara los riesgos a las partes en los contratos;
- iii) asignar los riesgos de manera que se minimice el costo de su mitigación; y
- iv) asignar cada riesgo a la parte que mejor lo pueda controlar." [30].

Debemos en este punto aventurar una primera conclusión de los documentos CONPES que vienen de reseñarse, especialmente si se considera que la expedición de los primeros de ellos, particularmente el CONPES 3107 [26], fueron expedidos con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007: la necesidad de la asignación expresa de los riesgos obedece a postulados de conveniencia negocial y no de cumplimiento de preceptos normativos. De esta manera, quien mejor pueda remediar los riesgos de su ejecución debe asumirlos; lo cual redundará en la economía del proyecto, con las consecuentes ventajas para ambas partes.

¿EN LA ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS SE DEBE INCLUIR EL COSTO DE SU AMORTIZACIÓN?, ¿ESTA PREVISIÓN ENCARECERÍA EL PROYECTO?, ¿QUÉ SUCEDERÍA SI EL RIESGO NO SE MATERIALIZA?

El problema de la asignación de riesgos en la actividad contractual pública del Estado colombiano radica precisamente en la ausencia de esa previsión. En efecto, las entidades estatales contratantes se afanan en cumplir con el postulado legal que les impone la asignación de riesgos; los tipifican y cuantifican los efectos de su eventual materialización. Pero no se realizan pactos contractuales tendientes a regular las medidas que deben adoptarse por quien asume el riesgo en cuestión, para mitigar sus efectos, y así mismo cuantificarlas. En general, esta tarea implicaría la afectación del precio inicialmente concebido, pero redundaría en claros beneficios para el proyecto, toda vez que de materializarse el riesgo previsto, las partes estarían preparadas para reaccionar sin impactos negativos al proyecto, tales como suspensiones en los trabajos y la formalización de negociaciones y contratos adicionales para atender las calamidades.

De esta manera, la no atención integral de los efectos de la materialización de un riesgo asumido, representaría un claro incumplimiento contractual, en cuyo caso operarían las previsiones contractuales y/o legales para este supuesto.

En caso de no materializarse el riesgo previsto y asignado, sencillamente deben operar los mecanismos contractuales pactados por las partes para el supuesto de que se hubiesen incluido en el precio recursos con ese destino. De lo contrario, deberán prever las partes, en su libertad negocial, ventajas económicas a favor de la parte que asumió el riesgo y que, contractualmente —porque esa era obligación suya en el contrato— siempre estuvo preparado para atender el evento durante la ejecución del proyecto.

No bastan en este caso las pólizas, que no han hecho cosa distinta que contribuir con la política, a mi juicio insana, de equiparar el cubrimiento de un siniestro a

través de una garantía con la asunción jurídica de un riesgo contractual, fenómenos que en nada se compadecen.

EN LA PRÁCTICA, ¿CUÁLES SON LOS CRITERIOS O ASPECTOS QUE DEBEN CONSIDERARSE EN LA ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS CONTRACTUALES?

En la definición y asignación de los riesgos contractuales, deben, en mi criterio, considerarse los siguientes aspectos:

- La definición y la distribución de los riesgos del proyecto deben hacerse de manera clara, medible y expresa en los pliegos de condiciones, incluyendo el costo de su amortización y de la puesta otra vez en funcionamiento de la obra o servicio afectados.
- La distribución de los riesgos del proyecto debe obedecer a un único criterio: partiendo de la licitud de su asignación, deben atribuirse a quien esté en mejores condiciones de afrontar y manejar su materialización, asumiendo la carga correspondiente. Esta situación que de ser conocida, medida y valorada por quien los asuma desde el inicio de la relación contractual, evitará gravar el proyecto con costos excesivos por concepto de cubrimiento.
- Los eventos que participen de las nociones de Imprevisión y Fuerza Mayor deben tener regulación contractual, sólo en el supuesto de que su acaecimiento no implique la terminación del contrato, pues en este caso las partes deberán acudir a los mecanismos pre pactados, que les permita abandonar la ejecución en términos de equidad e indemnidad.
- El riesgo administrativo o de la “administración del contrato”. Debemos concluir que en la actualidad la contratación estatal comporta un alto riesgo

atribuible a la incertidumbre, no de la regulación vigente sino de la aplicación que de la misma hacen los entes responsables y operadores jurídicos. Lo cual se traduce en condiciones contractuales ambiguas⁷ que inducen a los proponentes a “jugársela” en la aventura de la contratación pública, apostándole a la postre que ante el conflicto se abrirá paso la primacía de principios que, como el del equilibrio económico del contrato estatal, le asegurarán “el punto de no pérdida”.

Es claro entonces que en cuanto hace a la distribución de los riesgos entre las partes del contrato estatal, como en cualquier contrato conmutativo [8], la misma debe atender, de manera prevalente, los principios legales sobre los que se construye la normativa rectora de la contratación pública, siempre dentro de criterios de razonabilidad, proporcionalidad y equivalencia, según la capacidad jurídica y material de las partes contractuales para su manejo. “Los riesgos debe asumirlos quien mejor preparado esté para resistir su materialización en hechos concretos con capacidad perturbatoria de la normal ejecución del contrato, de manera tal que pueda reaccionar adecuadamente y prevenir o remediar sus efectos nocivos sobre la ecuación económica contractual” [32]. Éste un tema esencialmente negociable por las partes, obviamente dentro de los límites legales del principio de la autonomía de la voluntad, que en materia estatal, como en el derecho privado, no podrá violentar principios de orden público [33].

Deben recordarse en el tratamiento de este tema, las pautas básicas de la hermenéutica jurídica en punto a la interpretación de las normas legales. De la preceptiva del Código Civil colombiano sobre la materia (Capítulo IV “Interpretación de la Ley”, artículos 25 a 32) se resalta el contenido de las disposiciones

7 Debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo preceptuado por el Código Civil colombiano, artículo 1624: “en todo contrato las cláusulas ambiguas se interpretarán a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella” [31].

consignadas en los artículos 26, 27, 28 y 31 de ese estatuto [34].

Cabe recordar que, en cuanto al contenido mismo del contrato estatal, éste, además de incluir las reglas de origen normativo propias de la contratación estatal en general, así como las particulares previstas en la ley para este tipo de contratos [5, 25 y 36], podrá contener las estipulaciones que “de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza”, y todas las “modalidades y condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración” [37].

Por ello, a efectos de diseñar el contenido del contrato estatal y la matriz de riesgos del mismo, deberá considerarse que el negocio jurídico en cuestión se concibe, se especifica y se estructura por la entidad pública responsable. De esta manera —y a fin de lograr los propósitos perseguidos con la contratación que adelante dentro de márgenes razonables de seguridad jurídica— desde los pliegos de condiciones o invitación a contratar, deberá definir la distribución especial de los riesgos previsible, el alcance y el contenido de las obligaciones a cargo de las partes contractuales, las condiciones de todo orden vigentes a la época de la invitación y aquéllas en las cuales se desarrollará el contrato bajo las previsiones razonables de la entidad, según su conocimiento y experiencia, las calidades requeridas del contratista para la ejecución de las labores que constituyen el objeto del contrato, así como las condiciones de calidad del mismo. En esta tarea, resultarán determinantes para la asignación de riesgos en el contrato público, la percepción de la entidad pública en relación con las condiciones sociales, políticas y económicas del país al momento de confeccionarse los pliegos de condiciones y su previsión en los documentos del contrato, con el propósito de que las mismas constituyan la base de un ofrecimiento serio que responda al nivel de conocien-

tos requerido por quien asume válidamente el riesgo asignado.

De todo lo anterior debemos concluir que es lícito garantizar el retorno de la inversión privada destinada a la construcción de infraestructura pública; que concebir mecanismos o instrumentos contractuales que permitan asegurar o, mejor, preservar el capital privado en condiciones adecuadas de rentabilidad en nada atenta contra el ordenamiento jurídico o la seguridad patrimonial del Estado. La obra siempre será pública; nunca ingresará al patrimonio particular; y por ello, el bien público nacido de la inversión privada nunca podrá constituir garantía o prenda de su retorno. Y por ello los recursos destinados a su construcción, lo quiera o no el Estado, pase lo que pase con el contrato, permanecerán al servicio de la comunidad destinataria de la obra. De esta forma, lo que sí resulta ilícito y violenta el ordenamiento constitucional es el desconocimiento del retorno adecuado de la inversión privada que fue invertida y por ello permanecerá destinada al beneficio público.

Recuérdese que la infraestructura de transporte, su construcción y regulación son actividades privativas del Estado. A él compete la responsabilidad de su desarrollo y, por lo mismo, el particular mal pudiera entrar a “todo riesgo” en la realización de actividades cuya ejecución escapa a su control y voluntad. No es la construcción de obra pública una licencia para el desarrollo de una actividad económica libre, en la que el particular arriesga su capital y le apuesta a la expectativa de ganancia o pérdida, y de la cual pudiera desistir a voluntad. No. La construcción de obras públicas es la confianza de los recursos y el capital privado puesta a disposición del Estado para que él cumpla con su cometido, sin que le sea permitido a ese capital un destino distinto a aquél determinado en el contrato, esto es, el interés general, destino y afectación que es ajeno al derecho patrimonial del particular.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- [1] “Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Congreso de Colombia.
- [2] “Artículo 4. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Ley 1150 de 16 de julio de 2007”. Congreso de Colombia.
- [3] “Artículos 3 y 8. Decreto 2474 de 2008”. Presidencia de la República de Colombia.
- [4] “Artículo 24. Del principio de transparencia. Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Congreso de Colombia.
- [5] “Artículo 32. De los contratos estatales. Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Congreso de Colombia.
- [6] “Ley 1150 de 16 de julio de 2007”. Congreso de Colombia.
- [7] “Artículo 27. De la ecuación contractual. Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Congreso de Colombia.
- [8] “Artículo 28. De La Interpretación De Las Reglas Contractuales. Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Congreso de Colombia.
- [9] “Artículo 4. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Congreso de Colombia.
- [10] “Artículo 5. De los derechos y deberes de los contratistas. Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Congreso de Colombia.
- [11] “Artículo 88. Determinación de los riesgos previsibles. Decreto 2474 de 2008”. Presidencia de la República de Colombia.
- [12] Real Academia Española. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Disponible en: <http://rae.es/rae.html>
- [13] **F. Consentini.**
Rischio, Teoria Generale. II. Digesto Italiano, XX, Torino, 1916.
- [14] **R. Demogue.**
Traité des obligations en général. Citado por M. Morales, G. Ramírez y L. E. Romano. “Distribución del riesgo en el contrato de construcción. Perspectiva internacional.” *Revista e Mercatoria*. Vol. 8, No. 2, 2009.
- [15] **G. Alpa.**
Enciclopedia del Diritto, Vol. XL, Italia, Giuffrè, 1981, p. 1146.
- [16] “Artículo 868. Revisión del contrato por circunstancias extraordinarias. Código de Comercio”. Presidencia de la República de Colombia.
- [17] “Artículo 88. Decreto 2474 de 2008”. Presidencia de la República de Colombia.
- [18] “Documento CONPES 2597. Contratos de obra pública por el sistema de concesión”. Junio 15 de 1992.
- [19] “Documento CONPES 2775. Participación del sector privado en infraestructura Física”. Abril de 1995.
- [20] “Documento CONPES 2852. La participación privada en proyectos de infraestructura. Seguimiento” Junio 26 de 1996.
- [21] “Documento CONPES 2928. La participación privada en infraestructura. Seguimiento”. Junio 11 de 1997.
- [22] **G. Gaviria.**
“El diagnóstico de los procesos de concesión al sector vial”. *Simposio Participación del Sector Privado en el Financiamiento de la Infraestructura Nacional*, Bogotá, Biblioteca Luis Angel Arango, 27 y 28 de enero de 1995. Banco Mundial y Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

“Foro: Requisitos para realizar grandes proyectos de infraestructura en Colombia”. De izquierda a derecha: Hernando Vargas Caicedo, Editor Invitado; Néstor Roa, Jefe de la División de Transporte del Banco Interamericano de Desarrollo; Patricia Mier, Abogada y consultora independiente. Autor: Christian Castillo.



- [23] “Documento CONPES 3150. Modificación al CONPES 3084 del 14 de julio de 2000 – Aspectos técnicos y de programación para la ejecución del proyecto Túnel de la Línea”. Diciembre 20 de 2001.
- [24] “Documento CONPES 3137. Autorización a la Nación para contratar un empréstito externo hasta por US\$120 millones con el fin de financiar el aporte de la Nación en la concesión de la Red Férrea del Pacífico”. Octubre 9 de 2001.
- [25] “Documento 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 abril de 2001”. Septiembre 3 de 2001.
- [26] “Documento CONPES 3107. Política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura”. Abril 3 de 2001.
- [27] “Documento CONPES 3084. Autorización a la Nación para contratar créditos externos hasta por US\$ 218.2 millones, destinados a Financiar el Proyecto Túnel de la Línea”. Julio 14 de 2000.
- [28] “Documento CONPES 3045. Programa de Concesiones Viales 1998-2000. Tercera generación de concesiones”. Agosto 17 de 1999.
- [29] “Documento CONPES 2997”. Abril 16 de 1998.
- [30] “Documento CONPES 3413. Autorización a la Nación para contratar empréstitos externos con la Banca multilateral hasta por USD 2500 millones o su equivalente en otras monedas con destino al financiamiento de apropiaciones presupuestales prioritarias del Gobierno Nacional”. Marzo 6 de 2006.
- [31] “Artículo 1624”. *Código Civil Colombiano*.
- [32] “Laudo Arbitral del 24 de agosto de 2001. Tribunal de Arbitramento Concesión Paraguachón Santa Marta S.A. vs. INVIAS”
- [33] “Artículo 16”. *Código Civil Colombiano*.
- [34] “Capítulo IV. Interpretación de la Ley”. *Código Civil Colombiano*.
- [35] “Artículo 19. De la reversión. Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Congreso de Colombia.
- [36] “Artículo 32. De los contratos estatales. Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Congreso de Colombia
- [37] “Artículo 40. Del contenido del Contrato Estatal. Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Congreso de Colombia