

La Estructuración del Contrato Estatual y el Riesgo

La teoría de la previsión y la asunción planeada de
riesgos negociales

La teoría de la imprevisión y la asunción forzada de riesgo

Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Profesor Universidad Externado de Colombia

Consejero de Estado

Twitter: [j_o_santofimio](#)

jaime.santofimio@uexternado.edu.co



INTRODUCCIÓN

Antecedentes normativos de los riesgos en la estructuración de los contratos estatales:

- ◆ Código Civil.- Artículos 1498 y 1616 (Autonomía de la Voluntad)
- ◆ Ley 448 de 1998.- Artículos 1
- ◆ Decreto 423 de 2001.- Artículos 15 y 16
- ◆ Documentos conpes Nos 3107 de 2001 y 3133 de 2001
- ◆ Ley 80 de 1993.- Artículos 4 Nos 3 y 8; 25 Nos 6, 7, 12; 26 No 3; 28
- ◆ Decreto 2170 de 2002.- Artículo 8.
- ◆ Ley 1150 de 2007.- Artículo 4 (Norma de carácter imperativo)

1.- La estructuración de los negocios del Estado como actividad vinculante sujeta a los principios rectores de las actividades administrativas:

1.1.- El principio del interés general y la necesidad de orden, lógica, coherencia en los negocios estatales.

1.2.- El principio de la planeación como determinante material del contenido de los negocios estatales.

1.2.1.- La ruptura a la improvisación.

1.2.2.- La consolidación de la necesidad pública y los intereses de la comunidad como presupuesto inevitable a las respuestas ofrecidas a través de los negocios estatales

CONTINUACIÓN PUNTO 1

1.3.- El principio de legalidad en la base de la estructuración de los negocios del Estado

1.3.1.- La imperatividad de la estructuración de los negocios estatales

1.3.2.- La discrecionalidad en la base de la estructuración de los negocios del Estado.

1.4.- El principio de la conmutatividad del contrato estatal

2.- La teoría de la previsión y la asunción planeada de riesgos negociales

2.1.- La previsión como la regla general en la actividad estructuradora de los negocios estatales y base determinante de los riesgos.

2.2.- La previsión como actividad vinculante a la estructuración de los negocios del Estado con el objeto de visualizar o estimar, tipificar la plenitud de las hipótesis afectantes de su ejecución en consecuencia de las contingencias que puedan alterar el contrato. El riesgo tipificado y estimado.

2.3.- La previsión como actividad directa y efectiva de asignación de riesgos a las partes del contrato.

Continuación punto 2.

2.4. – La previsión como actividad de diseño e implementación de correctivos a ser aplicados durante la ejecución del contrato con el propósito de que los riesgos no se materialicen o de minimización de los costos de su mitigación.

2.5. – La previsión como actividad tendiente a consolidar el contrato del estado como un contrato de contingencias completas.

2.6.- La previsión como instrumento previo idóneo y oportuno para visualizar el mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

3.- La teoría de la previsión y el concepto de riesgo previsible

3.1.- El riesgo previsible reductor y excluyente del oscuro mundo de la imprevisión en los negocios estatales.

3.2.- El concepto jurídico de riesgo previsible.

3.3.- Documento conpes 3107 de 2001, entre otros muchos. Definición de generaciones en materia de infraestructura.

4.- La teoría de la previsión y las metodologías sugeridas para estimación, tipificación y asignación de riesgos en los contratos estatales

4.1.- Desde la perspectiva jurídica el carácter abierto y discrecional de los criterios doctrinales para el ejercicio de estas actividades

4.2.- El carácter técnico de las metodologías vinculadas a la naturaleza de cada una de las actividades contractuales y negócias del Estado

Continuación punto 4

4.3.- Actividades sugeridas y usuales para la identificación y tipificación de riesgos en los contratos:

- ◆ Identificación de factores que pueden frustrar los resultados previstos de un negocio
- ◆ Identificación de variables que influyan de alguna manera en la afectación a los resultados esperados en todos sus aspectos
- ◆ Utilización de la mejor información posible, la mas confiable y de mejor calidad en torno al correspondiente negocio, incluso la surgida de antecedentes históricos contractuales de la entidad
- ◆ Manejo y evaluación de información conocida, procesada y alta calidad
- ◆ Evaluación de diferentes escenarios en torno a la probabilidad de ocurrencia de contingencias
- ◆ Identificación de las particularidades de cada riesgo para determinar los mecanismos tendientes a mitigar su impacto.

Continuación punto 4

4.4.- Actividades sugeridas para la asignación de riesgos previsibles en los contratos:

- ◆ Evaluación de que parte del contrato tiene la mejor capacidad para sopórtalos, gestionarlo, administrarlo en virtud de su experiencia, manejo de información, disposición para controlarlo
- ◆ Analizar cada riesgo en particular para determinar la causa que lo puede originar y en consecuencia quien podría mejor soportarlo
- ◆ Apliación de las reglas de la proporcionalidad como determinantes de la asignación.-

Continuación punto 4

4.4.- Actividades sugeridas para la asignación de riesgos previsibles en los contratos:

- ◆ Juicio de adecuación: la asignación de riesgos debe ser adecuado para alcanzar los fines de la contratación
- ◆ Juicio de necesidad: la asignación propuesta debe ser la medida menos lesiva posible para alcanzar los fines y propósitos de la contratación
- ◆ Juicio propiamente de proporcionalidad: la asignación de riesgo no podrá afectar los intereses de la parte a la cual se le asigna de manera desproporcionada en relación con los beneficios generales que se pretenden obtener

5.- Posición de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado entorno a la vincularidad de la asignación contractual de riesgos.

1. Sentencia 14577 del 29 de mayo del 2003, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hotos Duque. Hecho del príncipe – riesgo regulador – hecho del legislador – riesgos de imprevistos dentro del AIU.

Críticas: carece de un mapa de riesgos. El análisis es eminentemente doctrinal. No existe referentes objetivos claros en la estructuración del negocio para determinar el porcentaje de imprevistos. Fórmula subjetiva de riesgos reprochable ante una estructuración técnica de riesgos que implica a partir de referentes objetivos o al menos de la mejor información confiable.

5.- Posición de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado entorno a la vincularidad de la asignación contractual de riesgos.

2. Sentencia 15119 del 18 de septiembre del 2003, Sección Tercera, C.P. Ramiro Saavedra. Hecho del príncipe - riesgo regulador – hecho del legislador – riesgos imprevistos dentro del AIU

Críticas: carece de un mapa de riesgos. El análisis es eminentemente doctrinal. No existe referentes objetivos claros en la estructuración del negocio para determinar el porcentaje de imprevistos. Fórmula subjetiva de riesgos reprochable ante una estructuración técnica de riesgos que implica a partir de referentes objetivos o al menos de la mejor información confiable.

5.- Posición de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado entorno a la vincularidad de la asignación contractual de riesgos.

3. Sentencia 18080 del 31 de agosto del 2011, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa. Riesgo relativo a la intangibilidad de las prestaciones (riesgos normales y anormales). Construcción de hipótesis posiblemente anormales que puedan impactar la ejecución de un contrato por vía jurisprudencial

Críticas: carencia de un mapa de riesgo del contrato – carencia de distribución de riesgos para tener referente objetivo en relación con el cual determinar el riesgo anormal o normal del negocio. Se trata de un planteamiento teórico de riesgos devenido de la doctrina sobre lo que es el riesgo normal o anormal, que en el caso concreto resulta difícil determinarlo ante la carencia de elementos objetivos en la estructuración del negocio. Por lo tanto el caso se resuelve por vía judicial de acuerdo con las pruebas aportadas tratando de construir escenarios de riesgos normales de este tipo de contratos y de riesgos anormales a partir de las pruebas que se alleguen al proceso, a partir de los hechos

5.- Posición de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado entorno a la vincularidad de la asignación contractual de riesgos.

4. Sentencia 21990 del 28 de junio del 2012, Sección Tercera, Subsección b, C.P. Ruth Stella Correa. Hecho del príncipe - riesgo regulador – hecho del legislador – riesgos de imprevistos dentro del AIU.

Críticas: carece de un mapa de riesgos. El análisis es eminentemente doctrinal. No existe referentes objetivos claros en la estructuración del negocio para determinar el porcentaje de imprevistos. Fórmula subjetiva de riesgos reprochable ante una estructuración técnica de riesgos que implica a partir de referentes objetivos o al menos de la mejor información confiable.

5.- Posición de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado entorno a la vincularidad de la asignación contractual de riesgos.

5. Sentencia 20524 del 14 de marzo del 2013, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Carlos Alberto Zambrano. Riesgo económico – previsibilidad (variación de precios) – mecanismo de reajuste y revisión de precios: mecanismo contractual para enfrentar el riesgo

6. Sentencia 37566 del 4 de junio del 2015, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. La cláusula de riesgo como cláusula de la naturaleza del contrato – distribución de riesgos en los contratos de concesión – criterios para la distribución de riesgos – asunción de riesgos en la estructuración del negocio – activación de la cláusula de riesgos - riesgos normales y anormales.

5.- Posición de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado entorno a la vincularidad de la asignación contractual de riesgos.

7. Sentencia 54614, sentencia del 7 de febrero del 2017, Sección Tercera, Subsección C. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Caso Consorcio Pozos de Bogotá.

8. Sentencia 22464 Fondo de Caminos Vecinales, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Referencia

9. Sentencia 41783 del 24 de agosto del 2016 C.P.(E) Jaime Orlando Santofimio Gamboa y 48061 sentencia del 22 de octubre del 2015 C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa Ecopetrol. Distribución de riesgos en contratos de concesión petrolera – distribución legal.

5.- Posición de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado entorno a la vincularidad de la asignación contractual de riesgos.

11. Sentencia 21642 C.P. Ramiro Pazos, 29 de julio del 2013. Riesgo financiero

12. Sentencia 24164, sentencia del 26 de julio del 2012, C.P. Stella Conto. Riesgo de ejecución del objeto del contrato

13. Sentencia 24845, del 27 de marzo del 2014, C.P. Maurocio Fajardo. Riesgos en cláusula de precio global, riesgo absoluto desconoce principios constitucionales – proscripción de riesgos absolutos

5.- Posición de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado entorno a la vincularidad de la asignación contractual de riesgos.

14. Sentencia del 18 de julio del 2012, expediente 21573, C.P. Mauricio Fajardo. Reiteración álea normal y anormal del contrato.

15. CONCEPTO No. 2260 de 2015, Sala de Consulta y Servicio Civil. Álvaro Namén.

16. CONCEPTO No. 2264 de 2015, Sala de Consulta y Servicio Civil. Álvaro Namén.

6.- Análisis del fallo del Pozos de Bogotá

Sentencia 54614

- ◆ **Regla 1. Concepto estructural del principio de planeación**
- ◆ **Regla 2. Concepto estructural de los pliegos de condiciones.**
- ◆ **Regla 3. Norma imperativa:** artículo 4 de la Ley 1150 del 2007
- ◆ **Regla 4. deber de la Administración:** entidades deben incluir en los pliegos de condiciones la tipificación, estimación y asignación de los riesgos.
- ◆ **Regla 5. Instrumento de interpretación y ejecución del contrato**

- ◆ **Regla 6. Doble naturaleza:** deber de tipificación – derecho de discusión conjunta
- ◆ **Regla 7. Previsibilidad en los contratos estatales:** determinar, prever la ocurrencia de circunstancias o acontecimientos que puedan generar una ruptura del equilibrio económico del contrato.
- ◆ **Regla 8. Asunción del riesgo:** quien se encuentra en la mejor posición para gestionarlo, mitigarlo, controlarlo, administrarlo.
Regla general

7.- Algunos modelos de distribución y asignación de riesgos.

Ver cuadro de riesgos concesiones en infraestructura

Jaime Guasch.

Ver Cuadro de riesgos

Ruiz Díaz y García Godos.