



## Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:  
**Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)**

Para leer el texto completo de la licencia, visita:  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

### Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra  
hacer obras derivadas

### Bajo las condiciones siguientes:



**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



**No Comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

# Avances jurídicos recientes para la administración del riesgo previsible en la contratación pública en Colombia

Javier Padua<sup>1</sup>

## Resumen

El reconocimiento y tratamiento del riesgo previsible dentro de los diferentes esquemas de contratación pública en Colombia, corresponde a una temática cuyo interés por parte de la administración resulta relativamente reciente, teniendo en cuenta que con anterioridad se consideraba inviable prever el riesgo para asignar responsabilidades jurídicas sobre este tipo de riesgos. Sin embargo, cada vez son más extendidos los análisis del derecho público colombiano, en los que se ha planteado que el riesgo tiene cierto grado de previsibilidad, y en ese sentido, se ha planteado la necesidad de reglar este. De esta manera, se encuentra que existe una normatividad sobre el riesgo previsible la cual inicia en Ley 1150 de 2007, desarrollando posteriormente otras disposiciones normativas, las cuales conforman el acervo jurídico actualmente vigente en el país sobre el tema. Conforme a lo anterior, el objeto del actual documento consiste en generar un balance de aplicabilidad de mencionada normatividad, con el fin de reconocer los avances y puntos de mejora sobre la reglamentación del riesgo previsible en Colombia, a la luz de lo planteado en la teoría sobre este.

**Palabras claves:** Contratación pública, riesgo previsible, riesgos del equilibrio económico, riesgos en la ejecución de contratos, responsabilidad jurídica derivada del riesgo.

## Summary

The recognition and treatment of the foreseeable risk within the different schemes of public procurement in Colombia, corresponds to a topic whose interest on the part of the administration is relatively recent, considering that previously it was considered unfeasible

---

<sup>1</sup> Estudiante del programa de derecho de la Universidad Católica de Colombia. Artículo presentado como requisito parcial para optar al título de abogado de la misma universidad. Bajo la dirección del Dr. Ricardo Arturo Ariza López. Correo institucional: jpadua75@ucatolica.edu.co

to foresee the risk to assign legal responsibilities on this type of risk. However, the analysis of Colombian public law is increasingly widespread, in which it has been suggested that the risk has a certain degree of predictability, and in that sense, the need to regulate this has been raised. In this way, it is found that there is a regulation on the foreseeable risk which begins in Law 1150 of 2007, developing subsequently other regulatory provisions, which make up the legal acquis currently in force in the country on the subject. In accordance with the foregoing, the purpose of the current document is to generate a balance of applicability of said regulations, in order to recognize the progress and improvement points on the regulation of the foreseeable risk in Colombia, considering what is stated in the theory about this.

**Key words:** Public contracting, foreseeable risk, risks of economic equilibrium, risks in the execution of contracts, legal liability derived from risk.

## **Sumario**

**Introducción. 1. El riesgo jurídicamente reconocible. 2. Responsabilidad sobre el daño en el desarrollo contractual de los contratos. 3. El riesgo previsible a partir de la Ley 1150 de 2007. 4. Estimación, tipificación y asignación del riesgo previsible en la contratación pública colombiana. Conclusiones. Referencias.**

## **Introducción**

En la cada vez más denotada relación entre la economía y el derecho, que desde la ciencia jurídica se acuña en el denominado análisis económico del derecho, se han generado una serie de debates relativamente recientes entre los cuales se encuentra la asignación de responsabilidades jurídicas en la atribución del riesgo (Bahamón, 2018), cuyo alcance tiene connotada aplicación el ámbito del derecho privado, aunque en lo más reciente se ha pretendido ser extendido al derecho público (Sarmiento, 2016).

En consecuencia, se puede afirmar que el derecho público le ha dado espacio a la asignación del riesgo en el diseño y desarrollo precontractual, contractual y liquidatorio de los contratos públicos que, para el caso colombiano, se puede hacer evidente a partir de la reciente tarea de expedición de normas que reglan todo lo concerniente a la responsabilidad jurídica sobre el riesgo previsible (Charris y Llamas, 2016).

Sobre la base de esta evolución contractual del derecho público, se desarrolla el actual documento, a través del cual se busca exponer las bases que soportan la realización casuística en la asignación de responsabilidades jurídicas sobre la determinación del riesgo en la contratación estatal. Para el caso, se acude a la revisión de la experiencia colombiana en el tema, apelando al análisis del desarrollo normativo que se soporta en la expedición de la Ley 1150 de 2007, y posterior desarrollo jurisprudencial.

Esta primera aproximación temática permite introducir el problema jurídico de investigación que se tiene a bien desarrollar en el actual documento, el cual puntualiza en determinar: ¿Cuáles son los avances y puntos de mejora que se identifican en la reciente adopción del riesgo previsible dentro la contratación pública colombiana?, considerado que su delimitación permite precisar de manera sólida en la relación existente entre riesgo previsible y contratación estatal.

Para su logro, se pretende dar una revisión jurídico-dogmática y normativa del tema que, entre otros aspectos, contemple la profundidad y análisis en tres factores de riesgo centrales, siendo estos a saber: a) condiciones previas, b) buena fe objetiva y, c) razonabilidad. Se parte de una deducción hipotética, por medio de la cual se sostiene que el daño es en sí efecto del riesgo, y en efecto, un factor económico para el Estado y los contratistas, que hace que sea relevante contemplar la mitigación del daño, posición a su vez planteada, por autores como Felipe Suescún (2018).

Reconociendo la pertinencia que se le puede atribuir a la discusión internacional relacionada con el tema objeto de estudio en su aplicación al contrato estatal y, su extensión al caso colombiano, el riesgo ha tendido a tener un mayor interés en lo más reciente de la literatura, siendo para ello necesario agotar la caracterización y naturaleza del riesgo, desde

su aplicación reciente en el campo del derecho administrativo (Forero, 2017), en tarea que se desarrolla en las siguientes secciones del documento.

## **1. El riesgo jurídicamente reconocible**

Al hacer referencia al concepto del riesgo, se pueden considerar la existencia de una variedad de aproximaciones, siendo por ello que resulta de importancia de establecer la caracterización de este desde una lectura lo más jurídica posible, sin descartar de tajo el aspecto económico, pues como se ha planteado, este es un tema cuyo análisis a su vez corresponde a los debates propios del derecho económico y, en suma, el riesgo jurídico tiende a ser valorado económicamente (Bejarano, 1999).

Como lo explica Evaristo Diez (2006), de manera generalizada, el riesgo en términos jurídico-económicos puede ser considerado como una probabilidad de ocurrencia futura de eventos y situaciones las cuales se derivan de un pacto contractual, pero que no resultan fácil de identificar en el momento que este se signa, de allí que la afectación por lo general resulte impactando de manera negativa el desarrollo de contractual de lo pactado.

En este sentido, el riesgo puede ser comprendido como un mecanismo de afectación al equilibrio económico del contrato, aunque, de manera jurídica pasa de más allá de la caracterización, a la imposición; esto es, y como lo explica, Patricia Mier (2010), el legislador ha dado por sentado que existe una comprensión clara del riesgo, y en este sentido se ha centrado más en tramitar la asignación jurídica de este en distintos contextos, como sucede en el caso de la contratación pública<sup>2</sup>, que es foco de interés del actual documento:

---

<sup>2</sup> Una salvedad al respecto, corresponde con indicar que, hasta 2013, es que se puede encontrar en la norma sobre contratación una definición puntual de riesgo, situación que se da conforme a la expedición del Decreto 1510 de 2013, el cual señala en su artículo 3 de definiciones, lo siguiente sobre riesgo: “es un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un contrato”, pudiendo calificar en tanto esta como una corrección del legislador frente a las observaciones de la academia y expertos respecto al tema.

No existe una definición legal de "riesgo", a pesar 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 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. (Mier, 2010, p. 97)

En esta misma línea de la autora, Maximiliano Aramburo (2010) señala que; “la noción de riesgo introducida en la responsabilidad civil tiene su origen en la mirada victimológica del derecho de daños, todo lo cual torna inevitable preguntarse por la función que esta rama del ordenamiento está llamada a cumplir” (p. 22), de tal suerte que, como lo expresan ambos autores, la concepción jurídica del riesgo demanda del reconocimiento en su naturaleza propia de la responsabilidad por daños.

A partir del ejercicio anterior, se han formulado una serie de aproximaciones conceptuales sobre lo que es el riesgo que, en el caso nacional, se puede ver al igual expresado por entidades como Colombia Compra Eficiente (2014), quien al respecto conceptúa sobre esta señalando que se trata de: “eventos que pueden afectar la realización de la ejecución contractual y cuya ocurrencia no puede ser predicha de manera exacta por las partes involucradas en el Proceso de Contratación” (p. 3).

Lo hasta aquí planteado, permite generar un primer reconocimiento sobre la configuración jurídica del riesgo, entendido este como un suceso contingente que se puede producir a futuro, generando efectos negativos en la celebración de un acuerdo; su

asignación, llama a la contemplación de una responsabilidad por daños, teniendo en cuenta, entre otros factores, la responsabilidad sobre el riesgo, el aspecto sobre el cual se avanza a continuación.

## **2. Responsabilidad sobre el daño en el desarrollo contractual de los contratos**

Eduardo Gamboa (2014), explica el difuso alcance y caracterización que para ciertas situaciones desde el análisis jurídico puede llegar a tener el reconocimiento de la responsabilidad en momentos donde se genera algún daño no propiamente directo o de responsabilidad objetiva, incluso, extendiendo el análisis al deber de mitigar el daño por parte de la víctima, o la actuación bajo el principio constitucional de la buena fe. Desde una perspectiva igual, problematizadora, Maximiliano Aramburo acoge esta dificultad de lograr una clara línea de interpretación de la responsabilidad por el daño generado por el riesgo, señalando al respecto:

No ha sido muy afortunada la recepción de la responsabilidad por riesgo en Colombia. La posición dominante de la jurisprudencia no se decide a hablar de frente sobre el riesgo como factor de imputación y prefiere reconducir los “casos difíciles” al artículo 2356 del Código Civil para insistir en que se debe aplicar una presunción de culpa o, en el mejor de los casos, de responsabilidad. En Colombia, el hecho de que la legislación civil consagre un sistema cuya regla general es la culpa, sin un régimen general para las actividades propias de la sociedad de riesgo, suele llevar a confusiones conceptuales cuando se trata de unificar el criterio de imputación en los supuestos que, sólo gracias a denodados esfuerzos mentales que es preciso realizar, caben en la descripción genérica del artículo 2356 del Código Civil. (Aramburo, 2008, p. 33)

En este sentido se puede ir reconociendo la dificultad que subyace en la responsabilidad sobre el daño en el desarrollo contractual de los contratos en términos generales (Woolcott, 2018); sin embargo, en reconocimiento de la importancia de este debate, sobre todo en el caso preciso de los contratos estatales que son los que interesan en el desarrollo del actual documento, a continuación se avanza en la caracterización del riesgo

previsible, contemplando por varios factores en seguida explicados, que de este se deriva una forma de responsabilidad por daño cuando se materializa el riesgo.

### **3. El riesgo previsible a partir de la Ley 1150 de 2007**

En el marco del interés del Estado colombiano por hacer que la contratación pública se ciña de manera efectiva a los principios que la rigen, se ha generado un cúmulo de expediciones normativas en la materia, diseñadas y direccionadas para cumplir con este fin (Ortega, 2018), considerando para ello un ordenamiento normativo que viene reglado entre otras instituciones por principios y mecanismos de aplicación, encaminados hacer cada vez mejor la contratación pública colombiana (Safar, 2014).

Bien se encuentra que la mayor exigencia se establece sobre el logro de la transparencia y la eficiencia, para lo cual se considera que debe existir unos supuestos contractuales, entre los cuales se encuentra el equilibrio económico del contrato (Güechá, 2017); Camilo Ospina (2002), reconoce la manera como en el particular del equilibrio económico, este ha sido un interés del Estado en el diseño normativo que regla la contratación estatal, mencionado desde el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -Ley 80 de 1993-, en su artículo 27:

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 (Ospina, 2002, p. 435)

En esta misma línea se expresa Patricia Mier (2010), quien resaltando lo novedosa que resulta esta evolución en la aplicación dentro del ámbito del derecho de los contratos estatales en Colombia, hace la salvedad que no se trata de un tratamiento jurídico de regulación totalmente nuevo, toda vez que, desde la expedición del Estatuto General de la



Contratación, ya se venía haciendo referencia a los riesgos contractuales, señalando al respecto que:

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. 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 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. (p. 97)

Sin embargo, este interés consignado en la norma, con dificultad ha sido visto, entendido y aplicado a las relaciones contractuales de la administración pública, toda vez que este se ciñe a una abstracción jurídica de responsabilidad, con dificultad de ser determinada con facilidad en el diseño contractual; siendo por lo anterior que resultó siendo necesario el avance del legislativo en la caracterización del riesgo, y asignación de responsabilidad por el daño, cuyo resultado se viene dando desde la Ley 1150 de 2007 (Santofimio, 2009).

Con todo y que estas consideraciones normativas ya se vinieran haciendo desde la Ley 80 de 1993, es a través de la Ley 1150 de 2007 que definitivamente se establece un punto de partida para aterrizar lo previamente dimensionado sobre el riesgo, a título de lo que se denomina riesgo previsible (Álvarez, 2010). En particular, se resalta el artículo 4 resalta por el cual se señala que, el Estado, en la firma de relaciones contractuales debe a través de sus entidades: “incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”.

Señala el Conpes 3714 que, esta resultó siendo una medida diseñada en procura de lograr 3 aspectos claves en el proceso precontractual y contractual de la administración, siendo estos: “ 1) dar claridad en las reglas de participación de los oferentes en los procesos contractuales; 2) contribuir a la reducción de controversias judiciales y extrajudiciales en contra del Estado y; 3) lograr que las partes del Contrato Estatal puedan hacer las previsiones necesarias para la mitigación de los riesgos efectivamente asumidos” (Consejo Nacional de Política Económica y Social [Conpes], 2011, p. 4 14)

En suma, y como lo reconoce el Consejo de Estado en Sentencia 27921, este se identifica como un dispositivo normativo de control, por medio del cual se pretende generar reconocimiento, control y estimación, tanto de las circunstancias como de las responsabilidades derivadas de aquellas situaciones que se encasillan en el riesgo (Rodríguez, 2011); siendo clave resaltar que, esto se realiza es sobre aquellos riesgos que se suponen previsibles; fallas técnicas, jurídicas o económicas, que se desprenden y son a su vez consignados en los pliegos y contrato (Vallejo, 2016).

Se trata entonces de que, la Administración establezca al momento de fijar una relación contractual, un cuadro taxativo de contingencias futuras que pueden suceder por ocasión de la celebración y, desarrollo inadecuado del contrato, estableciendo en este sentido una responsabilidad frente al evento que esto sucedida, evitando a su vez, que se alegue en su ocurrencia un desequilibrio económico que frustre el desarrollo del contrato, en detrimento del fin contractual (Honoré, 2013).

El anterior que marca la primigenia configuración del marco normativo que soporta la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles ha contado con un posterior desarrollo regulativo, entre el cual se encuentra en la continuidad de la línea del tiempo, el Decreto 2474 de 2008, cuyo artículo 3, en su numeral 6, fija que los estudios previos deben contar con “el soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato”, equilibrio que corresponde, no a una noción particular del contrato estatal, sino que, como se ha explicado, es extensión del derecho privado, como al igual lo sostiene el Consejo de Estado:

El equilibrio económico del contrato corresponde a la ecuación contractual que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico, de conformidad con la cual las prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes a las de la otra. Así, el contratista cuya propuesta fue acogida por la administración, considera que las obligaciones que asume en virtud del contrato que suscribe, resultan proporcionales al pago que por las mismas pretende recibir, toda vez que al elaborar dicha oferta, ha efectuado un análisis de costo-beneficio, fundado en los estudios y proyecciones que realizó en relación con los factores determinantes del costo de ejecución de las prestaciones a su cargo y la utilidad que pretende obtener a partir de la misma. (...) Una vez las partes suscriben el contrato, éste se convierte en ley para ellas y se torna obligatorio su cumplimiento en los términos pactados, de acuerdo con el principio *pacta sunt servanda* (art. 1602, C.C.), lo que no descarta que situaciones extraordinarias, posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes (en el caso de la teoría de la imprevisión) o imputables a una actuación legal de la contratante (en el caso del hecho del príncipe), puedan alterar la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, de tal manera que sin imposibilitar su ejecución, la hagan mucho más onerosa para la parte afectada, en lo que se conoce como el rompimiento del equilibrio económico del contrato, caso en el cual, en virtud del principio *rebus sic stantibus*, surge el deber de restablecerlo, bien sea mediante una indemnización integral de perjuicios, en el caso del hecho del príncipe, en el cual la afectación de la ecuación contractual proviene de una medida de carácter general proferida por la misma persona de derecho público contratante, o llevando al contratista a un punto de no pérdida (art. 5º, Ley 80/93), mediante el reconocimiento de los mayores costos en los que incurrió, por hechos imprevistos e imprevisibles para las partes. (Consejo de Estado, Sentencia 20912 de 2014)

Volviendo en tanto a lo fijado en la Ley 1150 de 2007, en lo que corresponde a la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles, se tiene que, como lo explica Martha Neme (2006), una inclusión de este dentro del marco normativo de la actividad contractual del Estado, bajo el interés de mejorar el marco de responsabilidad de los actores involucrados en el desarrollo de procesos contractuales con el Estado, en concordancia de aplicación de principios básicos de las relaciones entre las partes como resulta de la buena fe o la confianza (Fuller y Perdue, 2004).

En efecto, esta tarea demanda de la existencia de un mejor control y planeación por parte de la Administración, ya que es esta la que debe sentar las bases para definir los riesgos previsibles y sus implicaciones económicas y jurídicas dentro del contrato administrativo, aunque ello no descarta que en el desarrollo de la actividad contractual pueden devenir hechos o circunstancias sobrevinientes que alteren la ecuación económica (Consejo de Estado, Sentencia 54614 de 2017).

No obstante, lo anterior, bien se debe hacer la salvedad que, el contratista, desde su propia experiencia y conocimiento sobre el objeto contractual, debe si es necesario aportar en la fijación definitiva de los riesgos estimados, pues no se debe pasar por alto el criterio “voluntarista” que se supone subyace en el contrato, conforme se explica en la teoría general del contrato, que entre otras cosas perfila la improcedencia de la solicitud de indemnizaciones por perjuicios derivados de hechos o circunstancias imposibles de estimar en los riesgos previsibles fijados (Hevia, 2010).

De otra parte, Colombia Compra Eficiente (2014) reconoce que no se trata tan solo de un ejercicio de estimación del riesgo desde la etapa precontractual, sino que en sí es una tarea que aborda todas las etapas contractuales; “la administración o el manejo del riesgo debe cubrir desde la planeación hasta la terminación del plazo, la liquidación del contrato, el vencimiento de las garantías de calidad o la disposición final del bien” (p. 3); señalando que, no solamente la alteración al equilibrio económico del contrato, es tarea de la tipificación, estimación y asignación del riesgo de la etapa precontractual. En igual sentido el Consejo de Estado ha fijado:

La nueva regulación introducida por la Ley 1150 de 2007, en relación con la necesaria distribución de los riesgos contractuales en la contratación pública, obliga entonces tanto a la Administración como a los interesados en contratar con ella a surtir una labor de planeación para estudiar, identificar y cuantificar los factores o circunstancias de peligro, amenaza o contingencias previsibles, esto es, que puedan presentarse en la ejecución de la futura relación comercial, y que, por tanto, determinarán e incidirán en la conmutatividad de las prestaciones y, por ende, afectarán el equilibrio financiero del contrato. A términos de la norma legal, queda claro que es a la entidad pública a la que le corresponde determinar en los pliegos de

condiciones los riesgos previsibles y distribuirlos y, posteriormente, serán revisados con los proponentes. (Consejo de Estado, Sentencia 36476 de 2009)

En la exposición normativa, se debe dar también mención al Decreto 1510 de 2013, compilado en el Decreto 1082 de 2015, por medio del cual se regulan algunos aspectos del sistema de compras y contratación pública, siendo una norma, como ya se había mencionado, orientativa conceptualmente para definir el riesgo, aunque, también es una norma que vincula aún más a las entidades del Estado con Colombia Compra Eficiente, en el interés de, entre otros aspectos, estandarizar el proceso de contratación y con esto por ejemplo la valoración del riesgo.

Por lo anterior, se puede a su vez calificar este Decreto, de indicativo sobre la valoración del riesgo por parte de la administración, al determinar en su artículo 17, la responsabilidad de la evaluación del riesgo por parte de las entidades estatales contratantes, las cuales, al respecto deben “evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente”.

Teniendo en cuenta lo anterior, en adelante se puntualiza en lo que corresponde a la estimación, tipificación y asignación del riesgo previsible en la contratación pública colombiana, destacando el reconocimiento del daño como efecto de la aparición del riesgo en la celebración contractual del Estado, y en este sentido las directrices que marcan la tasación de este, considerando que, desde la óptica de la responsabilidad objetiva, se puede estimar la corresponsabilidad y reparación frente a este daño.

#### **4. Estimación, tipificación y asignación del riesgo previsible en la contratación pública colombiana**

Se ha señalado que el riesgo, en el marco de la contratación pública colombiana, encuentra atención en aquel riesgo que se denomina previsible, siendo este el que, desde la etapa precontractual, puede ser estimado, y en este sentido ser asumible desde la responsabilidad jurídica. De manera más clara, se puede decir que es previsible que exista

atrasos en el cumplimiento de la obra por negligencia del contratista, más no se puede prever, una catástrofe natural; de allí que el primero sea denominado riesgo previsible, y el segundo imprevisible.

En lo que corresponde al riesgo previsible, se ha señalado que este debe ser identificado desde la etapa precontractual para que en igual sentido sea asignada su responsabilidad, de tal suerte que este es un riesgo que resulta medible; se debe aclarar que, de acuerdo a las condiciones técnicas y económicas del contrato, en algunos casos los riesgos pueden ser más probables, derivando ello en que dentro de las tareas de la administración, se encuentre la identificar estos, y en igual sentido asignar una responsabilidad que se fija entre otros criterios, por la probabilidad de ocurrencia del evento (Gorbaneff y Cabarcas, 2009).

Como se ha dicho, a través del Decreto 1082 de 2015 se sentó normativamente las bases de todo un ejercicio de ingeniería administrativa del Estado colombiano, por medio del cual entre otras tareas se estandarizaran procesos como la estimación, tipificación y asignación del riesgo, en una actividad que como ya se comentó fue asignada a Colombia Compra Eficiente, la cual, con apego al acervo normativo vigente sobre esta materia, ha ido diseñando el perfil de valoración de riesgo por parte de las entidades, fijando para el caso unos criterios que las entidades públicas no pueden pasar por alto:

Las Entidades Estatales para reducir la exposición del Proceso de Contratación frente a los diferentes Riesgos que se pueden presentar, debe estructurar un sistema de administración de Riesgos teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos: (a) los eventos que impidan la adjudicación y firma del contrato como resultado del Proceso de Contratación; (b) los eventos que alteren la ejecución del contrato; (c) el equilibrio económico del contrato; (d) la eficacia del Proceso de Contratación, es decir, que la Entidad Estatal pueda satisfacer la necesidad que motivó el Proceso de Contratación; y (e) la reputación y legitimidad de la Entidad Estatal encargada de prestar el bien o servicio. (Colombia Compra Eficiente, 2014, p. 4)

Lo que se pretende en tanto es lograr una estructura operacional y administrativa de gestión del riesgo, por medio de la cual las entidades públicas puedan prever las contingencias futuras que pueden afectar la adecuada celebración de contratos, que recoja

aspectos previamente mencionados sobre la emergencia de un riesgo; esto es, la probabilidad que el evento ocurra, su impacto y la responsabilidad. Para el caso Colombia Compra Eficiente (2014) propone acciones en 5 aspectos, los cuales son:

1. Establecer el contexto en el cual se adelanta el Proceso de Contratación.
2. Identificar y clasificar los Riesgos del Proceso de Contratación.
3. Evaluar y calificar los Riesgos.
4. Asignar y tratar los Riesgos.
5. Monitorear y revisar la gestión de los Riesgos.

A *grosso modo*, los aspectos previamente señalados dan cuenta de condiciones específicas en la celebración del contrato, pues como se ha manifestado, las condiciones técnicas y operativas de contrato a contrato varían, y en igual sentido los riesgos derivados; de allí que los aspectos mencionados sirvan a su vez para clasificar el riesgo en general o específico<sup>3</sup>; interno o externo; de acuerdo con el tipo; la etapa contractual, entre otros.

Este acercamiento, tiene una lectura se acerca más al campo de la administración organizacional, donde el objeto se acerca a la generación de acciones que se pueden adelantar con el fin de mitigar efectos, en el marco de lo que se define como administración del riesgo que, para el caso de la organización pública colombiana, se encuentran planteamientos como el generado por la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) y el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) (2006) quienes reconocen la importancia de enfrentar el riesgo desde un ciclo operativo que comprenda: evitar el riesgo, mitigar el riesgo, compartir el riesgo o asumir el riesgo, siendo las dos primeras las más recomendadas a la hora de establecer una efectiva administración del riesgo.

Si bien este acercamiento es fundamental en la comprensión interdisciplinaria del tema que se aborda, por el momento y, para efectos del desarrollo del actual documento,

---

<sup>3</sup> Riesgo general: es el riesgo presente en todos los procesos de toda la actividad contractual de las entidades estatales. Riesgo específico: particular de un proceso de contratación por sus características económicas, técnicas o jurídicas.

queda sentada la visión y análisis jurídico de la temática, cuya reflexión central se construye desde el reconocimiento de la importancia que estas acciones tienen para el adecuado despliegue de la actividad contractual del Estado colombiano.

Se plantea que, conforme a las posiciones puestas en el debate del documento y desarrollo analítico generado sobre el riesgo previsible, que este tiene la capacidad de establecer mecanismos de vigilancia y control que pueden llegar a ser confluyentes, por ejemplo, con el ejercicio de la interventoría o la supervisión del contrato, toda vez que, estos actores, en el marco de la celebración de contratos estatales, se les asignan actividades de vigilancia y control que pueden ir direccionadas en la ruta trazada de la mitigación del riesgo.

Sin embargo, y allí bien se puede establecer un punto de mejora, se considera que, sea por la vía del legislativo, o a través de entidades encargadas del direccionamiento institucional en la materia, como Colombia Compra Eficiente, se debe avanzar más en afianzar este mecanismo de control sobre la celebración de contratos, pudiendo para el caso evaluar la posibilidad de que existan en las entidades personas o dependencias encargadas en específico de dimensionar y caracterizar el riesgo de los contratos, sobre la base de manuales económicos, técnicos y jurídicos específicos, para desarrollar esta tarea.

De igual manera también se debería contemplar la posibilidad que, figuras como la interventoría y la supervisión, tengan asignada de manera obligatoria una gestión en la prevención del riesgo, toda vez que, aparte del contratista, estos son actores que pueden monitorear en el proceso, la exposición al riesgo y de igual manera se generen acciones que mitiguen el impacto derivado de este.

Finalmente, se quiere señalar que se aplaude el avance logrado hasta el momento en el tema, sin embargo, bien se puede pensar que el diseño normativo para el caso ya se encuentre del todo formulado; en este sentido, a partir de las observaciones hechas, y conforme a debates al igual generados en otros documentos, se deben consolidar líneas argumentativas por medio de las cuales se puede mejorar de manera acertada la tarea de fijar y mitigar el riesgo en la contratación estatal.



## **Conclusiones**

El riesgo y su mitigación en el ámbito jurídico contractual de celebración de contratos con el Estado, se ha convertido en los últimos tiempos en uno de los temas novedosos por medio del cual se ha pretendido dar mayor calidad a la celebración de contratos, conforme al ideal de que este preserve el equilibrio económico. Conforme a este panorama, el documento presentó, siguiendo un desarrollo lógico-expositivo de los subtemas convocados, el análisis del régimen de aplicabilidad y reconocimiento del riesgo previsible del contrato estatal, para el caso colombiano.

Como se mencionó, el punto de ruptura sobre la implementación de mecanismos direccionados a la asignación del riesgo en la contratación pública en Colombia sucede con la expedición de la Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se fijan las directrices para la estimación, tipificación y asignación del riesgo previsible en la contratación pública colombiana, destacando la responsabilidad que se establece frente a la emergencia del daño, toda vez que se reconoce que el riesgo viene asociado a una condición de afectación negativa.

Para el caso, y como lo han reconocido entidades como Colombia Compra Eficiente, resulta de importancia generar acciones encaminadas a la mitigación del riesgo en la contratación estatal, siendo ello tarea fundamental para el ejercicio de mejora de la administración, considerando que esto permite (i) afianzar la certeza y conocimiento en la toma de decisiones contractuales; (ii) mejorar la planeación y acción frente a las contingencias del proceso de contratación; (iii) incrementar la confianza transaccional entre las partes y; (iv) reduce la posibilidad de eventuales procesos de reclamación frente al incumplimiento.

Se percibe en la observación y análisis del tema, que en estos momentos se ha formulado una visión más administrativa del tema, no obstante, como se expuso en lo extenso del documento, el tema también convoca a una revisión jurídica de responsabilidad, entendiendo esta responsabilidad como la compensación que se debe dar frente al daño, en aspecto sobre el cual se considera que es débil el diseño normativo en la materia, y sobre lo

cual se insta al ejecutivo y legislativo en profundizar en el logro de este propósito por las razones previas señaladas.

Para el caso, bien se podría plantear algunos interrogantes que en su solución aporten a la consolidación de la figura del riesgo previsible en la contratación estatal, por ejemplo, en lo que tiene que ver con la responsabilidad objetiva como mecanismo de exigencia de responsabilidad civil frente al desarrollo contractual, sobre todo en el caso del contratista, para con esto blindar el patrimonio público del detrimento. En este sentido, cómo la adecuada asignación del riesgo previsible se puede entender como un mecanismo de asignación de responsabilidad objetiva frente al daño, lo cual no resulta tan claro en la legislación actual sobre el tema.

De igual manera, se reitera el alcance de la asignación del riesgo previsible, en el entendido de la responsabilidad por parte de la administración por tomarse realmente en serio este tema; lo anterior, en atención a las preguntas sobre cómo se puede hacer más vinculante este ejercicio de asignación del riesgo, por parte de la interventoría y supervisión del contrato, toda vez que estos, de manera directa e indirecta, tienen a su responsabilidad el mitigar contingencias que a la final pueden resultar siendo parte de aquellas contempladas en la asignación del riesgo previsible dentro del contrato.

En suma, se trata de cuestiones que, como ya se ha dicho, suman a la tarea de mejorar la aplicación de esta figura en el marco de la contratación estatal, aunque, se debe a su vez reconocer que su implementación en términos generales ha sido positiva para el desarrollo de la actividad contractual del Estado. Sobre ello, se reconoce que el tratamiento en el riesgo previsible cualifica entre otras cosas la seguridad jurídica de las partes involucradas en todas las fases del contrato, siendo ello en evidencia de importancia para la mejora en la contratación del Estado, y mayor cumplimiento de los principios que la reglan.

## Referencias

- Álvarez, F. (2010). Una aproximación a la Ley 1150 desde el derecho económico. En: Araújo R. (editora académica). *La Ley 1150 de 2007: ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?*, (41-66). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Aramburo, M. (2008). Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 38(108), 15-51.
- Bahamón, M. L. (2018). *Elementos y presupuestos de la contratación estatal*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Bejarano, J. A. (1999). El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos. *Revista de Economía Institucional*, 1(1), 155-167.
- Charris, J. P., & Llamas, A. C. (2016). El riesgo inherente al proveedor como criterio preventivo en la contratación pública. *Revista Derecho del Estado*, (37), 95-125.
- Colombia Compra Eficiente. (2014). *Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación*. Bogotá: Colombia Compra Eficiente.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social [Conpes]. (2011). Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública. *Conpes 3714*, Bogotá: Departamento Nacional de Planeación [DNP].
- Díaz, E. (2006) *Teoría del riesgo*. Bogotá: Ecoe ediciones.
- Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), & Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP). (2006). *Administración del riesgo: Proyecto Sistema Nacional de Capacitación Municipal*. Bogotá: ESAP; DAFP.
- Forero, C. (2017). Los riesgos y la ecuación económica en los contratos estatales. *Temas y Reflexiones*, 6, 43-57.

- Fuller, L., & Perdue, W. (2004). El valor de la confianza en los daños contractuales: primera parte. *THEMIS: Revista de Derecho*, (49), 209-234.
- Gamboa, E. (2014). La carga de mitigar los daños en el régimen colombiano de la responsabilidad civil extracontractual. *Revista de Derecho Privado*, (51), 1-23
- Gorbaneff, Y., & Cabarcas, G. (2009). Equilibrio económico y la contratación pública en Colombia. *Revista de Derecho*, (31), 67-91.
- Güechá, J. (2017). *Los principios de la contratación estatal: una mirada desde la comparación entre el equilibrio económico y financiero y la igualdad de las partes en el contrato*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Hevia, M. (2010). Contract as promise: casi 30 años después. *Isonomía*, (32), 195-207.
- Honoré, A. (2013). La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas. *La Filosofía de la Responsabilidad*, 155, 119-151.
- Mier, P. (2010). Los riesgos, su identificación, asignación y amortización en los contratos del Estado. *Revista de Ingeniería*, (32), 95-107.
- Neme, M. L. (2006). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano, *Revista Derecho Privado*, (11), 79-125.
- Ortega, L. G. (2018). *El acto administrativo en los procesos y procedimientos*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Ospina, C. (2002). El equilibrio económico de los contratos: cómo lograr la ampliación efectiva, práctica, equitativa y transparente de esta institución. En: Departamento Nacional de Planeación [DNP] (compilador). *Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública*. Bogotá: DNP.
- Rodríguez, L. (2011). El equilibrio económico en los contratos administrativos. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, (66), 55-87.

- Safar, M. S. (2014). *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J. (2009). El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (1), 1-58.
- Sarmiento, J. (2016). La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles, entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación pública. *Revista Derecho del Estado*, (37), 189-211.
- Suescún, F. (2018). Mitigación de daños en materia contractual. *Vniversitas*, 67(136), 1-23.
- Vallejo, G. (2016). La etapa contractual en los negocios de la administración: estudio de las figuras jurídicas reguladas por el Estatuto General de Contratación. En: Cubides, J. (coordinador). *Derecho público en el siglo XXI: regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos*, (37-64), Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Woolcott, O. (2018). De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva: examen de derecho comparado a partir de algunas experiencias latinoamericanas. En: Woolcott, O. (coordinador). *Estudios contemporáneos de derecho privado. Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones*, (53-83). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

## **Normatividad**

- Colombia. Congreso de la República. (28 de octubre de 1993). *Ley 80*. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial No. 41.094.

Colombia. Congreso de la República. (16 de julio de 2007). *Ley 1150*. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario Oficial No. 46.691.

Colombia. Presidencia de la República. (17 de julio de 2013). *Decreto 1510*. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Diario Oficial No. 48.854.

Colombia. Presidencia de la República. (26 de mayo de 2015). *Decreto 1082*. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Diario Oficial No. 49.523.

## **Jurisprudencia**

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (9 de diciembre de 2004). *Sentencia 27921*.  
Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (1 de abril de 2009). *Sentencia 36476*.  
Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (27 de marzo de 2014). *Sentencia 20912*.  
Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (8 de febrero de 2017). *Sentencia 54614*.  
Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.