

EL CONCEPTO RIESGO-CONTRATO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

JUAN SEBASTIÁN EMANUEL SIERRA ÁLVAREZ

Maestría del Estado con Énfasis en Derecho Público

Director: Roberto Núñez

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

BOGOTÁ D.C.

2021

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRÍA DEL ESTADO CON ÉNFASIS EN DERECHO PÚBLICO

Rector:	Dr. Juan Carlos Henao Pérez
Secretaria General:	Dra. Martha Hinestrosa Rey
Decana de la Facultad de Derecho:	Dra. Adriana Zapata Giraldo
Directora Departamento Derecho Constitucional:	Dra. Magdalena Correa Henao
Director de Tesis:	Dr. Roberto Núñez
Examinador:	German Lozano Villegas

*“Hermanos que entre riesgos sin medida,  
tocáis, dije, el extremo de occidente,  
en la corta vigilia de la vida.”*

(Alighieri, 1922, pág. 153)

## Tabla de contenido

Introducción .....	6
Título preliminar .....	11
1.1. El concepto de riesgo.....	11
1.2. ¿Cuáles son las propiedades relevantes y para qué es útil el concepto riesgo?.....	12
1.3. Riesgo en la modernidad industrial y la modernidad reflexiva. ....	16
1.3.1. Modernidad industrial y modernidad reflexiva .....	16
1.3.2. Crisis del Estado en la modernidad reflexiva .....	20
1.4. Conclusión del título preliminar .....	23
Capítulo primero .....	26
2.1 El Concepto de riesgo en la contratación pública.....	26
2.1.1 Tipificación, estimación y asignación de riesgos .....	26
2.2.1.1 Tipificar riesgos .....	29
2.2.1.2 Estimar riesgos.....	32
2.2.1.3 Asignar riesgos .....	36
2.2 Evolución normativa.....	39
2.2.1 Antecedentes normativos del concepto riesgo.....	40
2.2.1.1 Ley 80 de 1993 .....	41
2.2.1.1.1 Artículo 3 de la Ley 80 de 1993.....	43

2.2.1.1.2	Artículo 27 de la Ley 80 de 1993.....	53
2.2.1.1.2.1	Interpretación auténtica.....	55
2.2.1.1.2.2	Teorías del Hecho del Príncipe y de la Imprevisión .....	59
2.2.1.1.2.3	Interpretación judicial .....	64
2.2.1.1.2.4	Determinación de significado del artículo 27 de la Ley 80 de 1993.....	69
2.2.1.2	Conclusión sobre los antecedentes normativos del concepto riesgo .....	72
2.2.2	Estructura normativa vigente.....	73
2.2.1.1	Ley 1150 de 2007 .....	74
2.2.1.2	Ley 1508 de 2012 .....	81
2.2.3	Tierra de nadie. Conclusión del capítulo primero. ....	88
	Capitulo segundo.....	92
3.1	Concepto riesgo-contrato.....	92
3.1.1	Elementos constitutivos del concepto riesgo-contrato .....	92
3.1.1.1	Elementos esenciales del contrato estatal .....	98
3.1.1.2	Causa como elemento esencial del contrato .....	103
3.1.2	Significado del concepto riesgo-contrato .....	109
	Conclusión.....	114
	Glosario .....	122

## Introducción

En el canto vigesimosexto de la Divina Comedia (Alighieri, 1922), se narra el paso de Dante y Virgilio por el octavo foso del círculo infernal. Fue en este lugar donde nuestros protagonistas encontraron a Odiseo consumido por el fuego del averno, y en donde el héroe de la batalla de Troya narró su último viaje, en uno de los diálogos más memorables de la literatura universal.

Odiseo nos cuenta que después de regresar a Ítaca, “ni el cariño de su hijo, ni la ternura de su padre, ni el amor de Penélope” (Alighieri, 1922, pág. 207), pudieron derrotar sus ansias de aventura y de conocimiento. Por eso, aunque las cicatrices dibujaban el rostro del tiempo sobre su piel, y aunque el pasado exhibía dolores y destierros sin iguales, agitó en su pecho una última ilusión: enfrentar el riesgo superior de avanzar a los confines del mundo. Junto con algunos aventureros elevó las anclas del reposo y navegó más allá de las columnas de Hércules, “convirtiendo en alas los remos” (Alighieri, 1922, pág. 207), hasta que después de cinco lunas divisaron tierra en el horizonte, y una ola inmensa, inconcebible, inesperada apagó las antorchas de sus vidas.

De esta forma, así como Odiseo a pesar de ser el arquetipo griego del ingenio condujo a sus hombres a la muerte, corriendo un riesgo fatal detrás de su objetivo novedoso, actualmente afrontamos el peligro de que el gobierno de la razón, haga naufragar nuestro proyecto de sociedad bajo los efectos secundarios no previstos del proceso civilizatorio. Así es: aun cuando la razón nos ayudó a volar como las aves, a nadar como los peces, y a encontrar remedios contra enfermedades que se creían incurables, justo en este momento los grandes logros técnico científicos han producido “riesgos sin medida” (Alighieri, 1922, pág. 207) que pueden destruir el mundo que habitamos.

Frente a este horizonte de incertidumbre, conviene afirmar: “cuando todo está en juego, todo puede y debe repensarse y reexaminarse” (Beck, La sociedad del riesgo global, 2002, pág. 73).

Por tanto, es imprescindible que el ser humano, y obviamente la Academia, adopten una postura crítica frente a instituciones que pueden llevarnos a la ruina bajo la falsa promesa de la prosperidad.

Atendiendo este urgente llamado que exige una revisión profunda de los fundamentos teóricos de occidente, y en el marco del discurso jurídico que hemos heredado, a través del presente escrito, pretendemos responder al interrogante: ¿el *riesgo* es un elemento esencial del contrato estatal? Con este fin, hemos dividido el documento en tres secciones denominadas *título preliminar*, *capítulo primero*, y *capítulo segundo*.

En el *título preliminar*, definiremos el concepto riesgo, abordando sistemáticamente las siguientes preguntas: i) ¿Cuáles son las propiedades relevantes del riesgo?, y ii) ¿Cuál es el sentido (para qué) del riesgo?, y iii) ¿Qué relación de identidad es posible establecer entre el contexto relevante para nuestra investigación y los periodos conocidos como *modernidad industrial* y *modernidad reflexiva*?

Debemos señalar que las nociones de modernidad industrial y modernidad reflexiva serán transversales, y por tanto consideramos útil ofrecer una definición preliminar de las mismas acudiendo a la iluminadora obra de Ulrich Beck.

En términos del sociólogo alemán, la modernidad industrial, transcurrió entre el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, y se caracterizó por ser una época donde primó la lógica de la producción, y en la cual, a partir de los extraordinarios avances de la ciencia, se generaron efectos secundarios no previstos, llamados “riesgos globales”; mientras que la modernidad reflexiva, ha transcurrido entre la segunda mitad del siglo XX hasta la actualidad, y se ha caracterizado por generar en la sociedad industrial, una percepción de sí misma como sociedad del riesgo aún sobre determinada por los valores y principios de la *modernidad industrial* (Beck, *La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad*, 2002).

De la mano de estas precisiones, continuaremos examinando la manera en la cual el Estado se encuentra redefiniendo sus funciones en medio de la globalización y la producción de riesgos (Chevallier, El estado postmoderno, 2011), y nos preguntaremos si el derecho como discurso científico, ha perdido sus atributos de sistematicidad, generalidad y estabilidad (Chevallier, El estado postmoderno, 2011).

Por último, y ante la crisis de la razón, el ocaso de los Estados Nación, y la confusión del derecho como disciplina científica, plantearemos que es imprescindible reformular la manera en la cual el riesgo se hace presente en el Estatuto General de la Contratación Pública, y sostendremos que es necesario emplearlo, no como una categoría secundaria, sino como un ente a la mano esencial para corregir las aporías de los negocios jurídicos que suscriben las entidades públicas.

En el *capítulo primero*, analizaremos el riesgo como un componente de los documentos del proceso contractual definiendo los conceptos tipificar, estimar y asignar, y describiendo su evolución normativa en el Estatuto General de la Contratación Pública. Para representar dicho contexto, realizaremos un análisis crítico a la estructura normativa vigente, observando el siguiente orden temático: i) Ley 80 de 1993, ii) teoría del Hecho del Príncipe, iii) teoría del equilibrio económico del contrato, iv) Ley 1150 de 2007, y v) Ley 1508 de 2012.

Seguidamente, compararemos el producto de esta reflexión frente a los conceptos esenciales de la *modernidad reflexiva*, estableciendo el grado de intensidad con el cual Estatuto General de la Contratación Pública, hace uso de categorías propias de la *modernidad industrial*, y determinando si en la actualidad este conjunto de disposiciones normativas, se reconoce al riesgo como un elemento esencial del contrato estatal.

En el *capítulo segundo* ofreceremos razones para justificar que el riesgo es un elemento esencial del contrato estatal, y propondremos el uso de un nuevo concepto que hemos



denominamos *riesgo-contrato*. Teniendo en cuenta que a la luz de la modernidad reflexiva, las categorías jurídicas tradicionales son insuficientes, afirmaremos que el riesgo corresponde a la esencia del contrato estatal, de manera tal que solo en el uso de este concepto global, podemos entender estas ideas, no solo como nociones aisladas, sino como palabras que al ser articuladas en una unidad de valor lingüístico, hacen posible que el intérprete jurídico abarque en su totalidad, un conjunto de elementos que por separado no designan correctamente aquello que nombran.

Visto lo anterior, este ensayo no es más que un modesto intento por recordar que en una época donde el temor hondea como el símbolo de una comunión global, es urgente que desde una nueva comprensión del riesgo redefinamos nuestras instituciones. Justo ahora que el salto mortal se abre ante nuestros pasos, debemos mirar el abismo para encontrar más allá de la caída, un lenguaje de prudencia, equidad, y tolerancia (Kaufmann, 2013). Hoy más que nunca, debemos navegar comprendiendo que avanzamos a través de un océano de riesgos globales, en donde a cada palmo se yerguen olas capaces de echar a pique la embarcación de la humanidad.

Tal como Dante nos enseñó, no basta que nos embarquemos hacia lo desconocido llenos de la alegre confianza que ofrecen las conquistas del pasado. Ni siquiera Odiseo, siendo el más brillante entre los griegos, pudo enfrentar con el caballo de Troya o con su ingenio, la indomable fuerza de las aguas. Mucho menos nosotros podremos aferrarnos al mástil roto de la razón, esperando derrotar el naufragio que se aprecia como inminente.

Ulrich Beck (Beck, *La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad*, 2002, pág. 56), describe la trágica dinámica de nuestro tiempo, cuando manifiesta que “*el movimiento que se pone en marcha con la sociedad del riesgo se expresa en la frase: ¡tengo miedo!*”. Aun así, consideramos que esta frase a primera vista desoladora, contiene una invitación a que hagamos

nuestras aquellas palabras que Trotsky atribuyó a Spinoza: “no reír ni llorar, sino comprender” (Trotsky, 1973, pág. 261).

Por ello, aunque tenemos miedo, debemos enfrentar la masa informe de las olas entendiendo que el riesgo es nuestro horizonte. Más claro: ya no volveremos a navegar como conquistadores de nuevas tierras empuñando la razón, ahora nuestro futuro es el riesgo y nos corresponde definirlo e interpretarlo hasta derrotar el viento huracanado de la destrucción.

Hemos aprendido la lección: aunque la humanidad se encuentra como Odiseo en un viaje de riesgos azarosos, esta vez seguiremos hasta llegar a puerto, buscando con prudente valor entre las sombras, esa nueva ruta que indican las estrellas.

## Título preliminar

### 1.1. El concepto de riesgo

¿Qué significa riesgo? Es la pregunta inicial de esta investigación, por lo cual, antes de definir el significado del *riesgo*, debemos establecer cuál será la estructura formal de la pregunta que interroga por el sentido del concepto. Al respecto (Heidegger, *El ser y el tiempo*, 2010, pág. 15), manifiesta:

“Aquello de que se pregunta en la pregunta que se trata de desarrollar es el ser, aquello que determina a los entes en tanto entes, aquello “sobre lo cual” los entes, como quiera que se los dilucide, son en cada caso ya comprendidos. El ser de los entes no “es” él mismo ente.”

Por tanto, con el fin de responder la pregunta por el *ser* del *riesgo*, como primer medida empezaremos por aceptar la “*diferencia ontológica*” (Bertorello, 2014) es decir, la diferencia entre el *ser* y el *ente*, con el fin de evitar que esta investigación desplace la pregunta inicial hacia preguntas subsecuentes por otros *entes* y nos quedemos sin respuesta al interrogante de la investigación: ¿El riesgo es elemento esencial del contrato? Así mismo, entenderemos por *ente*: i) todo aquello de que hablamos, y a frente a lo cual nos conducimos de una manera específica y que se encuentra implícito en el *qué es* y el *cómo es* (Heidegger, *El ser y el tiempo*, 2010), y ii) aquello que adquiere presencia en el ahora, ya que un *ente* no existe en el pasado ni en el futuro. En relación a este segundo numeral el filósofo Alemán indica;

“El ente es tanto más ente cuanto más presente es. Se hace tanto más presente en cada caso, cuanto más permanentemente permanece, cuanto más duradero es el permanecer. ¿Qué es lo que adquiere presencia en el tiempo y así está presente en él? En cada caso está presente solamente el “ahora”. (Heidegger, *¿Qué significa pensar?*, 2005, pág. 64).

De igual forma, la pregunta por el significado del *riesgo*, en tanto *ente* (Villa, 2017), la realizaremos desde dos puntos de vista: i) las propiedades que debe tener el concepto *riesgo* para ser *riesgo* y no otro concepto (Vorhandensein), y ii) el *para qué* del concepto *riesgo* en el *mundo* en el que se presenta de manera significativa (con el fin de que la naturaleza del sentido *para qué* sirva para determinar la naturaleza del ente *riesgo*) (Zuhandensein).

Al respecto (Linares, 2003, pág. 19), indica:

“El Zuhandensein (el ente a la mano) se opone al Vorhandensein (ente a la vista o ante los ojos, como traduce Gaos). El ente meramente presente no es lo mismo que el ente-útil. El útil se revela ante nosotros en las intencionalidades pragmáticas. Cuando se perciben los entes en la forma de lo Vorhandenheit, se captan como cosas situadas ahí delante de nosotros, sin anticipar otro interés más que el puro conocer teórico y sin establecer alguna relación práctica. En cambio, el ente a la mano se revela con un significado pragmático para nosotros y llama nuestro interés para algún fin práctico en el mundo de la vida”.

Finalmente, en el siguiente numeral describiremos las propiedades del concepto riesgo (Vorhandensein), y lo definiremos en relación a su utilidad (Zuhandensein) y su contexto, ya que como dice (Heidegger, *El ser y el tiempo*, 2010) el ser de lo disponible es verbal y tiene que ver siempre con su contexto. Por tanto, abordaremos sistemáticamente las siguientes preguntas: i) ¿Cuáles son las propiedades relevantes del concepto *riesgo*?, ii) ¿Cuál es el sentido (para qué) del concepto *riesgo*?, y iii) ¿cuál es el contexto del concepto riesgo en tanto un ente útil (para qué)?

## **1.2. ¿Cuáles son las propiedades relevantes y para qué es útil el concepto riesgo?**

Con el fin de establecer *qué es* y *para qué es* (en el *mundo* en el cuál se hace presente *ahora*) el concepto *riesgo*, y dado que dicho ente corresponde a un enunciado lingüístico veremos algunas

definiciones que permitan mejorar el entendimiento del fenómeno y procederemos a establecer el conjunto de propiedades lingüísticas que hacen del *riesgo* dicho concepto y no otro diferente.

En este orden de ideas, (Giddens, 1990, pág. 34), define riesgo como “el peligro de que un daño futuro tenga lugar”, (Lummann, 1991, pág. 81), indica “hablamos de riesgos si los posibles daños futuros son atribuibles a la propia decisión”, (Beck, La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad, 2002, pág. 40) establece una equivalencia entre el concepto de *riesgo* y el concepto de *efecto secundario latente*, el cual representa “un destino natural civilizatorio que a un tiempo confiesa consecuencias que habría que evitar, las reparte y las justifica”, (Renn, 1998, pág. 59) señala que el riesgo es “la posibilidad de que las acciones o eventos humanos tengan consecuencias que afecten lo que los humanos valoran”, la (ISO31000-2018), indica que el riesgo es el “efecto de la incertidumbre sobre los objetivos”.

No obstante lo anterior, y a pesar del valor de estos ejemplos de definición, el estudio de dichas referencias sólo ofrece una visión inconexa respecto de nuestro contexto lingüístico y jurídico. Por tanto, con el fin de orientar adecuadamente la investigación debemos remitirnos al artículo 28 del Código Civil Colombiano, el que establece: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará a estas su significado legal”.

Teniendo en cuenta esto, la primera fuente de consulta relevante para establecer las propiedades del *riesgo*, será el mismo lenguaje en su sentido *natural y obvio* a través de las normas que regulan las condiciones lingüísticas de nuestro idioma.

Siguiendo esta dirección, la palabra *riesgo* en castellano, aunque de origen incierto, puede provenir de dos fuentes: i) del castellano antiguo *riesco*, el cual hace mención a *risco* como aquel peñasco en el cual corre peligro quien lo transita o el navegante que se acerca a un escollo, o ii)

del latín *resicare*, que significa *cortar, dividir, sembrar discordia*, así como lugar fragoso, del cual se deriva precisamente el *peligro*. Así mismo, de la palabra *riesgo* se deriva *arriesgar* antes *arriscar* que significa *valiente* (Corominas, 1961, pág. 508).

El origen de la palabra *riesgo* tanto en su versión castellana como latina, tiene un elemento común: El peligro adscrito a un lugar específico (ya sea peñasco, arrecife o terreno fangoso). Esta forma de vincular el concepto a un lugar peligroso, significa que el riesgo adquiere más *presencia en el tiempo* (Heidegger, *¿Qué significa pensar?*, 2005) en tanto más próximo sea el lugar peligroso y más se permanezca en él, no obstante, desde esta perspectiva etimológica, tendríamos que aceptar que el *riesgo* solo puede *ser* en tanto que el movimiento (que lo hace cada vez más presente), no derive en la *caída* o el *naufragio*, ya que si así sucede el riesgo deja de ser riesgo para transformarse en algo más.

Esta idea parece confirmarse con la definición que ofrece el Diccionario de la Real Academia Española, cuando establece que riesgo significa: “contingencia o proximidad de un daño” (RAE, 2020), vemos así como el *riesgo* implica la proximidad del *daño* (caída, naufragio, etc...) el cual se torna próximo, si estamos cerca del lugar “*en el cual corre peligro quien lo transita*” (Corominas, 1961). Por tanto, si se produce la *caída* o el *naufragio*, el daño empieza a *ser* y el riesgo deja de *ser*.

Llama igualmente la atención, la conexión que existe entre la palabra *riesgo* y la palabra *arriesgar*, cuyo significado es: *valiente*. La idea de dicho razonamiento es profundamente llamativa y supone dos posibilidades: i) la advertencia de que el “umbral de catástrofe” (Luhman, 1992, pág. 26) o la exposición al *peligro*, en el *lugar peligroso*, puede generar un daño por lo cual es deseable orientar el movimiento en dirección opuesta, y ii) la necesidad de suscitar la

confrontación entre el hombre y el *riesgo* con el propósito de que el primero adquiriera y conserve para sí el *valor* como bien necesario de su existencia.

Esta última relación entre los conceptos de *riesgo* y *valor*, lleva consigo el ideal ético griego (Homérico) según la cual el valor es la condición de la *areté* (García, 2017), es decir de la excelencia y superioridad del hombre. Al respecto, (Jaeger, 1980, pág. 23) manifiesta:

“Así el código de la nobleza caballeresca tiene una doble influencia en la educación griega. La ética posterior de la ciudad heredó de ella, como una de las más altas virtudes, la exigencia del valor, cuya ulterior designación “hombría”, recuerda de un modo claro la identificación homérica del valor con la *areté* humana”.

Todo lo anterior significa que el *riesgo* es un concepto de intensidad gradual, según el cual, la proximidad a lo que hemos denominado *el lugar peligroso* o su permanencia en éste, determinaran el nivel con que el *riesgo* se hace presente en el mundo, y aunque inicialmente podríamos ver que el *riesgo* es algo indeseable racionalmente, descubrimos una carga semántica muy poderosa por la que el hombre rechaza el mandato de su razón y autocuidado para situarse en el *lugar peligroso* y revelar, a través de este movimiento, lo que en sí mismo hay de *valiente*.

Por otro lado, aunque reconocemos que desde una perspectiva lingüística el riesgo es útil para provocar la huida (cautela) o el encuentro (conducta arriesgada), en éste concepto parece que subyace un continuo e inevitable movimiento hacia la consumación final del daño, ya que como indica (Kaufmann, 2013): “No podemos escapar al riesgo, ni siquiera cuando no queremos caer en él, tanto más cuando somos conscientes en absoluto del riesgo”. Es decir, en cada posibilidad de “huida” o “encuentro” subyace la posibilidad del daño.

En conclusión, el concepto riesgo en tanto *ente* meramente presente (Vorhandensein) tiene las siguientes propiedades (desde una perspectiva teórica): i) es un concepto de intensidad gradual, ii)

se hace presente en razón a la proximidad del lugar peligroso o permanencia en el lugar peligroso, iii) deja de ser cuando se produce el daño como consecuencia de la exposición al peligro en el lugar peligroso; mientras que en tanto *ente a la mano* (Zuhandensein) el concepto *riesgo*, es útil para advertir sobre un peligro y provocar: i) el distanciamiento de éste (cautela), o ii) facilitar su encuentro (arriesgar) (Kaufmann, 2013), aunque en cada peligro subyazca la posibilidad del daño.

### **1.3. Riesgo en la modernidad industrial y la modernidad reflexiva.**

De conformidad con el numeral anterior, y una vez identificado el conjunto de propiedades del *riesgo* (intensidad gradual, peligro, lugar peligroso, proximidad y permanencia) y aclarado el *para que* (utilidad) del concepto, es necesario establecer el *contexto* relevante para nuestra investigación, ya que como anunciamos previamente, las propiedades de un ente pueden tener un valor lingüístico diferente dependiendo de circunstancias de tiempo y lugar. Por tanto, ubicaremos nuestro *contexto* en los periodos conocidos como *modernidad industrial* y *modernidad reflexiva*, para establecer la función comunicativa del concepto *riesgo* en cada una de estas coordenadas espacio-temporales.

#### **1.3.1. Modernidad industrial y modernidad reflexiva**

Empezaremos por distinguir entre los siguientes conceptos: i) modernidad industrial, y ii) modernidad reflexiva. Según (Beck, La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad, 2002), el primer numeral hace referencia al periodo de tiempo transcurrido entre el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, mientras que el segundo numeral abarca el periodo de tiempo que se extendió entre la segunda mitad del siglo XX hasta la actualidad.

En términos del sociólogo alemán, la modernidad industrial se caracterizó por ser una época donde primó la lógica de la producción a partir de los extraordinarios avances de la ciencia. De



mano de la razón y del desarrollo técnico, los Estados<sup>1</sup>-Nación organizaron sus fuerzas productivas provocando niveles de acumulación de conocimiento y de riquezas nunca antes vistos.

Para ilustrar esta idea, (Mann, 1924, pág. 196) manifiesta en su célebre novela “La montaña mágica”, lo siguiente:

“Al subyugar la naturaleza cada vez más, estableciendo comunicaciones, redes de transporte y de telégrafo, salvando las diferencias climáticas, la técnica se revelaba como el medio más fiable de acercamiento entre los pueblos y el conocimiento reciproco en aras de alcanzar una armonía entre los hombres, destruir los prejuicios y avanzar hacia la unificación universal. La raza humana había salido de la sombra, del miedo y el odio, pero ahora progresaba hacia un estadio último de simpatía, luz interior, bondad y felicidad; y en ese camino la técnica era el vehículo más útil”.

Sin embargo, esa misma técnica que nos ponía a salvo de las amenazas de la naturaleza y que nos conducía aparentemente al “*estadio último de simpatía*” (Mann, 1924), generaba efectos secundarios, con lo cual la producción de riqueza estaba acompañada no solo de grandes desigualdades sociales sino de “la producción social de riesgos” (Beck, La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad, 2002, pág. 25). Esta generación de riesgos vinculados al impulso de la razón (aunque presente desde el inicio de la modernización industrial) se tornó cada vez más problemática en la medida que aumentaba el nivel de desarrollo y aplicación de tecnologías.

En tal sentido, (Chevallier, El estado postmoderno, 2011, pág. 53), indica:

“El desarrollo de los flujos transfronterizos implica la “cosmopolitización de los riesgos” (Beck, 2004): riesgos tecnológicos, ilustrados por la difusión recurrente de virus que atacan los sistemas informáticos o la explosión de nanotecnologías;

---

<sup>1</sup> Ver definición del concepto, *infra.*, página 13 y ss.

catástrofes ecológicas, consecutivas al naufragio de grandes petroleros (después del Torrey – Canyon en 1967, del Amoco Cádiz en 1978, del Exxon Valdez en 1989, serán el Erika en 1999 y el Prestige en 2002) o la explosión de fábricas químicas (fábrica AZF en Toulouse); riesgos sanitarios, resultantes de accidentes nucleares (Chernóbil) o de la propagación de epidemias (VIH, fiebre del Ebola, “encefalopatía espongiforme bovina”, “síndrome respiratorio agudo severo” a principios de 2003, gripe aviaria desde enero de 2004, etc...)

En este sentido, occidente fue testigo de cómo a partir de la segunda mitad del siglo XX, los riesgos que siempre habían sido paralelos a las conquistas de la razón, se transformaron en “*hiper-riesgos*” (Beck, La sociedad del riesgo global, 2002, pág. 35) que no podía ser controlados (producto de una visión parcial e inconexa entre los subsistemas de la sociedad moderna) y ponían en peligro (a escala global) los ecosistemas, el orden económico y social de los Estados<sup>2</sup> - Nación, y la vida misma en todas sus formas de expresión.

Se produjo, entonces, una inversión de relevancia entre la producción de riquezas y la producción de riesgos.

“Mientras que en la sociedad industrial la “lógica” de la producción de riqueza domina a la lógica de la producción de riesgos, en la sociedad del riesgo se invierte esta relación (primera parte). Las fuerzas productivas han perdido su inocencia en la reflexividad de los procesos de modernización. Las ganancias de poder del “progreso” técnico-económico se ven eclipsada cada vez más por la producción de riesgos” (Beck, La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad, 2002, pág. 19).

---

<sup>2</sup> Ver definición del concepto, *infra.*, página 13 y ss.

El colapso de las barreras de contención diseñadas por los tecnócratas de los Estados – Nación, para prevenir y controlar *riesgos* ilocalizables, indefinidos y con dimensiones no previstas (Mesa, 2008), fue el giró de llave que abrió las puertas de la historia a la *modernidad reflexiva*. A partir de la segunda mitad del siglo XX, dejamos de leer con mayúsculas el concepto de *distribución de riquezas* (característico de la modernidad industrial), y la sociedad empezó a percibirse a sí misma como *sociedad del riesgo* (Kaufmann, 2013).

No obstante, esta *reflexión* y *autocrítica* se produjo al tiempo que la sociedad continuaba siendo sobredeterminada por los valores y principios de la *modernidad industrial*. La sociedad industrial se percibe y critica a sí misma como sociedad del riesgo. Por un lado, la sociedad sigue tomando decisiones y actuando conforme a las pautas de la antigua sociedad industrial; por otro lado, los debates y conflictos que se originan en la dinámica de la sociedad del riesgo ya se están superponiendo a las organizaciones de intereses, el sistema legal y la política (Beck, *La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad*, 2002, pág. 114).

Beck nos deja ver con claridad su aversión a cualquier idea evolutiva, ya que para este sociólogo la *modernidad industrial* no se ha desarrollado hasta un estado diferente (como podría ser la *postmodernidad*), sino que es una secuencia más de la *modernidad*. La modernidad reflexiva es *modernidad* ante todo.

Ahora bien, es *reflexiva* porque la transición se produce de forma automática como un *reflejo*, de ahí el sentido de *reflexivo*. Esto quiere decir que los grandes avances de la ciencia y el dominio de las fuerzas naturales ha puesto al hombre al borde del precipicio de la extinción sin que hubiera mediado su percepción de las consecuencias (Beck, *La sociedad del riesgo global*, 2002, pág. 115).

Es necesario advertir que el concepto *modernidad reflexiva* no es unívoco, y para designar el conjunto de transformaciones que la sociedad ha vivido durante la segunda mitad del siglo XX, hay autores que emplean los términos de *posmodernidad* (Chevallier, El estado postmoderno, 2011), *modernidad líquida* (Bauman, 2000), etc... Empero, en el presente escrito haremos uso del concepto de *modernidad reflexiva*, ya que para nosotros la *modernidad* también continúa, y muy a pesar de que somos una *sociedad del riesgo*, el hombre, el Estado, el derecho, y la contratación pública (para efectos de nuestra investigación) siguen funcionando bajo las coordenadas del pasado.

Finalmente, la *modernidad reflexiva* ha generado colateralmente otros fenómenos relevantes, que por ser parte del *contexto* del concepto *riesgo*, procedemos a enumerar de la siguiente manera: i) individualización, ii) riesgos globales, iii) sociedad cosmopolita, iv) destradicionalización de las formas de vida de la sociedad industrial, v) crisis del Estado, y vi) diferencia entre riesgo y amenaza (Beck, La sociedad del riesgo global, 2002).

### **1.3.2. Crisis del Estado en la modernidad reflexiva**

Con el ánimo de ilustrar que entendemos por crisis del Estado, describiremos (de forma sucinta) los elementos de su definición tradicional y posteriormente analizaremos como estas características han sido cuestionadas por los presupuestos y postulados de la modernidad reflexiva.

En este orden de ideas, podemos identificar múltiples definiciones tradicionales (entendiendo por tradicional aquella definición que refleja los valores de la modernidad industrial) del concepto Estado, dentro de las cuales destacaremos las de (Jellinek, 1958, pág. 215) “La asociación de un pueblo, poseedora de una personalidad jurídica soberana que de un modo sistemático y centralizador, valiéndose de medios exteriores, favorece los intereses solidarios individuales, nacionales y humanos”, y la de (Weber, 1979, pág. 83), para quien “El Estado es aquella

comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el “territorio es el elemento distintivo”) reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima”.

Conviene precisar que las definiciones citadas contienen puntos de referencia sumamente relevantes para nuestro análisis: i) personalidad jurídica como atributo, ii) principio de unidad, ii) elemento territorial, iii) población, y iv) institucionalización de la violencia legítima (Upegui, 2017).

Estas ideas (reflejo de los valores de la modernidad) se produjeron como parte del desarrollo económico, político y científico que las sociedades experimentaron gracias al impulso transformador de su época. Al respecto (Chevallier, El estado postmoderno, 2011, pág. 19) plantea que “la construcción del Estado aparece como indisociable de una modernidad que se presenta a la vez como el reflejo y el vector de dichos principios”.

Ahora bien, la pregunta que debemos formular es: ¿Cuáles son los principios de la modernidad industrial? Para responder este interrogante, basta con recordar los elementos desarrollados previamente (numeral 1.3.1), e indicar que los contornos del Estado fueron moldeados por el cincel de la razón y sobredeterminados por la producción de riquezas. Llama la atención como (Weber, 1979, pág. 209), al hablar de los procesos de racionalización social, indica:

“Todas las ciencias de la naturaleza responden a la pregunta de qué debemos hacer si queremos dominar *técnicamente* la vida. Las cuestiones previas de si debemos conseguir este dominio y si tal dominio tiene verdaderamente sentido son dejadas de lado o, simplemente, son respondidas afirmativamente de antemano”.

Por tanto, cuando la sociedad padeció los efectos secundarios de “dominar técnicamente la vida” (Weber, 1979, pág. 209) y acusó el descrédito de la razón con el advenimiento de la modernidad reflexiva, el concepto tradicional de Estado dejó de ser *útil* para evaluar la realidad.

Así los conceptos de territorio, personalidad jurídica, y monopolio de la fuerza, entraron en crisis a causa de la globalización (Beck, ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, 1998), del empoderamiento de organismos e instituciones internacionales cada vez más influyentes, del surgimiento de empresas transnacionales, del irrespeto fronterizo característico de los riesgos, y de la pérdida de legitimidad de las instituciones.

De esta forma, el Estado que antes se había caracterizaba por gozar de contornos fuertemente delineados, mutó en sus propiedades (Chevallier, El estado postmoderno, 2011) y generó incertidumbre permanente sobre sus funciones y utilidad. Con el surgimiento de riesgos a escala aumentada y ante la evidencia de sus efectos globales (carentes muchas veces de control), se podrían haber generado los primeros antecedentes de futuras comunidades *posestatales* (sociedad civil global), en el marco de lo que (Fukuyama, 2004) ha denominado “Estados decaídos”.

“El “compartir riesgos” implica además la asunción de responsabilidades, lo que a su vez implica convenciones y fronteras en torno a una “comunidad de riesgos” que comparte la carga. Y en nuestro mundo de alta tecnología muchas comunidades de riesgo son comunidades potencialmente políticas en un nuevo sentido” (Beck, La sociedad del riesgo global, 2002, pág. 25).

Como consecuencia de lo anterior, en la sociedad del riesgo, la acción de los individuos se caracteriza por la imprevisibilidad, y puesto que se han hundido los archipiélagos de seguridad bajo las aguas de la incertidumbre, el hombre debe actuar resueltamente en medio del pluralismo (Kaufmann, 2013), la carencia de verdades absolutas y la falta de cobertura de seguros en la escala más alta de peligros. Que la sociedad ya no está (ni estará) libre de riesgos es la última certeza que nos queda.

Finalmente, y dado que las características del modelo estatal tradicional quedaron vacías cuando los pilares de la modernidad industrial se derrumbaron alrededor del mundo, la amenaza de la indeterminación y la presencia de los riesgos, hace que nuestra sociedad deba pensar nuevamente la esencia de la estatalidad, construir instituciones políticas inéditas, y definir nuevas estructuras de producción y aplicación del derecho.

#### **1.4. Conclusión del título preliminar**

La *modernidad industrial* construyó un mundo que transpira peligros, con lo cual, si bien las propiedades del concepto *riesgo* siguen siendo válidas para definirlo (como un *ente a la vista*), las fronteras del *lugar peligroso* que estaban adscritas a lugares específicos se extendieron a todo lo alto, ancho y profundo del planeta. Por tanto, si en todas partes hay peligros (medioambientales, económicos, etc...), vivimos en un entorno que *permanente* hace que los riesgos se vuelvan *presentes* y que favorece a la sociedad su *retención* en estado de *permanencia*.

Esto significa que el *movimiento* hacia el *lugar peligroso* ya no es condición para que el riesgo se haga *presente*, incluso en medio del reposo los *peligros* han encontrado la forma de estar cerca de la experiencia de nuestros sentidos. Ahora bien, el cambio más significativo del concepto se produjo en tanto *ente a la mano* (para qué), ya que al haberse transformado su contexto en un universo de peligros que lo hace presente (permanentemente), el riesgo se nos revela con una utilidad diferente.

Si antes el concepto riesgo era útil para provocar la huida (*cautela*) o el encuentro (conducta *arriesgada*) del lugar peligroso, ahora su presencia sirve para advertirnos que no estamos a salvo en ningún lugar, y para recordarnos que no basta con asumir individualmente una actitud *arriesgada* o de *cautela* ya que la magnitud de estos riesgos globales trasciende la esfera individual y sobrepasa el espectro de lo asegurable.

“La sociedad del riesgo es una sociedad *sin cobertura*, en la que la protección del seguro *disminuye* conforme aumenta la escala del peligro... y eso en el contexto histórico del “estado de bienestar”, que abarca todas las esferas de la vida, y de la sociedad plenamente comprensiva. Solo la conjunción de ambos factores –la falta de cobertura y la sociedad comprensivamente asegurada– constituye la fuerza políticamente explosiva de la sociedad del riesgo” (Beck, La sociedad del riesgo global, 2002, pág. 133)

La medida del mundo es ahora la medida de los peligros con lo cual ya no se trata de percibir los riesgos (como individuos o Estados-Nación), sino de convivir con ellos como sociedad cosmopolita a través de un nuevo conjunto de valores e instituciones (Beck, La sociedad del riesgo global, 2002) que nos ayuden a comprender los que *vemos* sobre la base del diálogo, la pluralidad y la solidaridad (Kaufmann, 2013). La sociedad del riesgo en curso de la *modernidad reflexiva* se absorbió en un mundo que necesita sujetarse a un *hilo de Ariadna*, no para escapar del laberinto (los riesgos son inevitables), sino para que los hombres caminen juntos a través de los pasillos del peligro.

Consecuentemente, el Estado<sup>3</sup> se encuentra redefiniendo sus propiedades y funciones en medio de la globalización, la producción de riesgos, la individualización, y la fragmentación (Chevallier, El estado postmoderno, 2011) hasta el punto que el *derecho* como discurso científico ha sufrido su propia crisis al estar impregnado por los valores de la modernidad industrial (Chevallier, El Estado de derecho, 2015). El derecho en la *modernidad reflexiva* perdió sus atributos de sistematicidad, generalidad y estabilidad, como consecuencia de inflación normativa, la crisis de

---

<sup>3</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.



la democracia representativa, la multiplicación de los núcleos de derecho y el relativismo interpretativo (Chevallier, El estado postmoderno, 2011).

La decadencia del imperio de la razón y la evidencia de un nuevo *contexto* implica que los Estados<sup>4</sup>-Nación y los operadores jurídicos, deben reformular la manera en la cual el concepto riesgo se hace presente en los ordenamientos jurídicos, para dejar de emplearlo como una categoría accesoria y secundaria (bajo las decadentes categorías de la modernidad industrial), y empezar a reconocerlo como un *ente a la mano* esencial y transversal en todos los niveles.

Con este fin, en los siguientes capítulos analizaremos el concepto riesgo desde tres dimensiones: i) componente de los documentos del proceso contractual (tipificación<sup>5</sup>, estimación<sup>6</sup> y asignación<sup>7</sup> del riesgo), ii) concepto riesgo-contrato, y iii) concepto de riesgo como elemento esencial del contrato estatal.

---

<sup>4</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

<sup>5</sup> Ver definición del concepto, *infra.*, página 22 y ss.

<sup>6</sup> Ver definición del concepto, *infra.*, página 25 y ss.

<sup>7</sup> Ver definición del concepto, *infra.*, página 29 y ss.

## Capítulo primero

En el presente capítulo procederemos a analizar el concepto riesgo<sup>8</sup> como un componente de los documentos del proceso contractual (tipificación<sup>9</sup>, estimación<sup>10</sup> y asignación del riesgo<sup>11</sup>), y con este fin: i) definiremos los conceptos tipificar, estimar y asignar en el contexto de la contratación pública, ii) describiremos la evolución normativa del concepto riesgo en el Estatuto General de la Contratación Pública, y iii) Contrastaremos el resultado de la descripción y del análisis normativo con el contexto de la *modernidad reflexiva*<sup>12</sup> para afirmar que el Estatuto General de la Contratación Pública, salvo por la Ley 1508 de 2012, hace uso de categorías propias de la *modernidad industrial*<sup>13</sup> que se han tornado obsoletas de cara a la producción de riesgos globales<sup>14</sup>.

### 2.1 El Concepto de riesgo en la contratación pública

#### 2.1.1 Tipificación, estimación y asignación de riesgos

Dado que en el título preliminar señalamos las propiedades del concepto riesgo y establecimos su *para qué* en el contexto de la modernidad reflexiva, a continuación vamos a establecer su utilidad en el *subsistema*<sup>15</sup> (Luhmann, *Politique et complexité*, 1999) de la contratación pública, y

---

<sup>8</sup> Es un concepto de intensidad gradual, según el cual, la proximidad al lugar peligroso o su permanencia en éste, determina el nivel con que se hace presente en el mundo, y es útil, en el contexto de la modernidad reflexiva, para recordar el carácter imprevisible de los peligros que subyacen al proceso civilizatorio.

<sup>9</sup> Ver definición del concepto, *infra.*, página 21 y ss.

<sup>10</sup> Ver definición del concepto, *infra.*, página 25 y ss.

<sup>11</sup> Ver definición del concepto, *infra.*, página 28 y ss.

<sup>12</sup> Proceso social e histórico que se hizo presente en la segunda mitad del siglo XX, y el cual se ha caracterizado por la indefinición del concepto Estado y sus funciones, la individualización, la destradicionalización de las formas de vida, la globalización, y la distribución de riesgos globales.

<sup>13</sup> Proceso social e histórico que se hizo presente entre el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, y el cual se caracterizó por la distribución de riquezas, la hegemonía de la razón, el desarrollo técnico- científico, la definición pacífica del concepto Estado y sus funciones, y la producción de riesgos no deseados vinculados al proceso civilizatorio.

<sup>14</sup> Efectos secundarios no previstos del proceso civilizatorio de la modernidad industrial.

<sup>15</sup> Según (Basabe, 2005) para Luhmann “existen tres sistemas principales de interacción. De un lado, el de los sistemas sociales propiamente dichos, entre los que hallamos al de carácter jurídico, político, económico, cultural, etc. De otro, el del ser humano, denominado síquico; y, finalmente, el de los seres de la naturaleza, en el que se encuentran las especies animales y vegetales provistas de vida. A todos ellos la teoría sistémica los considera como independientes y autónomos, denominándolos subsistemas; así, el subsistema jurídico, el político o el síquico”.

a describir la forma en la que los operadores jurídicos siguen utilizando las coordenadas de la modernidad industrial<sup>16</sup> y continúan dando un uso accesorio y obsoleto al concepto de riesgo (incluso a pesar de la promulgación de la Ley 1508 de 2012).

Tal parece que en el derecho, y particularmente en la contratación pública, no se ha *reflexionado* plenamente sobre el nuevo contexto de riesgos globales<sup>17</sup>, ya que a pesar de que el concepto riesgo se ubica en la centralidad de nuestra época y se revela como un *ente a la mano* útil para reformular las instituciones y el lenguaje, hoy en día nos limitamos a verlo como un elemento accesorio, circunscrito a metodologías secundarias.

Bajo esta óptica, el concepto riesgo en el marco de la contratación pública, está circunscrito al proceso técnico-racional denominado *tipificación*<sup>18</sup>, *estimación*<sup>19</sup> y *asignación*<sup>20</sup> de los riesgos previsibles, inherente a la planeación, suscripción, ejecución y liquidación de negocios jurídicos estatales, en los términos establecidos la Ley 1150 de 2007, el documentos Conpes 3714 de 2011, el Decreto 1082 de 2015, y la Ley 1508 de 2012.

Al respecto el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, establece “Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”; el documento Conpes 3714 de 2011, indica “los diferentes actores del proceso contractual, deben, bajo la propuesta y dirección de las Entidades Estatales, tipificar, estimar y asignar aquellas circunstancias, que siendo potenciales alteraciones del equilibrio económico, puedan preverse por su acaecimiento en contratos similares; por la probabilidad de su ocurrencia en relación con el objeto contractual o por otras circunstancias que

---

<sup>16</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 19

<sup>17</sup> Ver definición del concepto *supra.*, página 19.

<sup>18</sup> Ver definición del concepto, *infra.*, página 22 y ss.

<sup>19</sup> Ver definición del concepto, *infra.*, página 25 y ss.

<sup>20</sup> Ver definición del concepto, *infra.*, página 28 y ss.

permitan su previsión. Dicha previsibilidad genera la posibilidad de establecer responsabilidades y tratamientos específicos de asignación y mitigación” (DNP, 2011, pág. 8); el artículo 2.2.1.1.1.6.3 del Decreto 1082 de 2015 señala “La Entidad Estatal debe 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.”; y finalmente el último inciso del artículo 4 de la Ley 1508 de 2012, al establecer los principios generales del régimen jurídico de las asociaciones público privadas, dispone “(...) Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio”.

En consecuencia, cada una de estos conceptos (tipificación<sup>21</sup>, estimación<sup>22</sup> y asignación de riesgos previsibles<sup>23</sup>) son consecuencia del principio de planeación que debe orientar la gestión contractual de las entidades públicas, y hacen referencia a un conjunto de etapas diseñadas para que: i) los riesgos *previsibles* que subyacen a un acuerdo de voluntades se hagan *presentes* en una “Arquitectura de definición de riesgos” (Lau, 2017, pág. 254), ii) establecer la posibilidad de ocurrencia de daños (derivados de la exposición a peligros), iii) reducir el impacto o eliminar los factores de generación de daños, y iv) ofrecer soluciones distributivas a las ganancias y pérdidas derivadas de la exposición al peligro o producción del daño.

De esta forma a través de este tipo de razonamientos técnico-científicos, diseñados como estrategias para tratar de delimitar la dimensión, posición y responsables de los riesgos *previsibles*, difícilmente se refleja el verdadero alcance y utilidad del concepto para la reinención de nuestras

---

<sup>21</sup> Ver definición del concepto, infra., página 22 y ss.

<sup>22</sup> Ver definición del concepto, infra., página 25 y ss.

<sup>23</sup> Ver definición del concepto, infra., página 28 y ss.

categorías jurídicas, las cuales operan bajo los postulados característicos de las sociedades de la primera mitad del siglo XX: razón, distribución de riquezas e ilusión de control.

### 2.2.1.1 Tipificar riesgos

Tal como hemos indicado, las palabras en un contexto normativo (salvo que exista definición legal) deben ser entendidas en su sentido natural y obvio, tal como lo establece el artículo 28 del Código Civil Colombiano, y dado que en el presente caso no existe una definición legal del concepto, procederemos a establecer los parámetros lingüísticos de su significado.

La (RAE, 2020) establece que la palabra *tipificar* significa “ajustar varias cosas semejantes a un tipo o norma común”, con lo cual podemos identificar como propiedades relevantes, en tanto *ente a la vista*, las siguientes: i) ajustar, ii) la presencia de cosas semejantes, y iii) norma común; mientras que en tanto *ente a la mano (para qué)*, el concepto es útil para *acomodar* a través de la constatación de un vínculo lógico correcto, una cosa o hecho en la premisa fáctica de una norma jurídica<sup>24</sup>.

No obstante, observamos un problema de calificación vinculado al significado del concepto *tipificar* y a su uso (en tanto *ente a la mano*), para realizar la subsunción (*ajustar*) de los supuestos de hecho en la premisa normativa de una norma jurídica<sup>25</sup>, toda vez que en nuestro *contexto* no existen *riesgos tipificados* que permitan al interprete comparar los resultados del análisis del riesgo frente a propiedades previamente establecidas por el legislador en una norma general, abstracta e impersonal.

Por tanto, y a pesar del uso generalizado del concepto *tipificar* en la Ley 1150 de 2007, el Documento Conpes 3714 de 2011, el Decreto 1082 de 2015, y la Ley 1508 de 2012, consideramos que el término “identificar”, empleado en la norma (ISO31000-2018) representa con mayor

---

<sup>24</sup> Ver definición del concepto, infra., página 36

<sup>25</sup> Ver definición del concepto, infra., página 36

precisión la etapa en la cual se hace *presente* un riesgo relevante para un contrato estatal. Al respecto, la (ISO31000-2018) establece: “El propósito de la identificación del riesgo es encontrar, reconocer y describir los riesgos que pueden ayudar o impedir a una organización lograr sus objetivos”.

De esta manera, “identificar” según la (RAE, 2020) significa “Hacer que dos o más cosas en realidades distintas aparezcan y se consideren como una misma”, con lo cual las propiedades del concepto en tanto *ente a la mano* son: i) la presencia de dos o más cosas, y ii) el vínculo entre dos o más cosas; mientras que en tanto *ente a la vista*, el concepto se revela útil para articular significativamente dos entes, y establecer en virtud de dicho vínculo una *relación de identidad*.

En consecuencia, “identificar” un riesgo (o lo que en nuestro ordenamiento jurídico se denomina *tipificar*) en el marco de la contratación pública, es un proceso lógico y racional en virtud del cual, las partes establecen una relación de identidad denominada *riesgo*, entre las actividades que se deben ejecutar para cumplir el objeto del contrato, y los daños que se pueden provocar por la exposición a los peligros que subyacen a dichas actividades.

Sin embargo, es necesario indicar que el Documentos Conpes 3714 de 2011 menciona simultáneamente los conceptos “identificar” y “tipificar”, pero en un sentido confuso y diferente al que pretendemos dar en esta investigación. En dicho contexto, el concepto *tipificar* designa: “la identificación de los distintos riesgos que pueden ocurrir durante la ejecución del contrato” (DNP, 2011, pág. 19), mientras que el concepto *identificar* hace referencia a: i) un proceso de distinción entre riesgos previsible relevantes para el contrato y otros fenómenos jurídicos, y ii) una identidad de significado entre éste y el concepto *tipificar* (DNP, 2011).

Observamos como el Documento Conpes 3714 de 2011 desarrolla (desarticuladamente) significados multinivel de los conceptos *tipificar* e *identificar*, ya que en algunos momentos les

confiere identidad de significado: “la tipificación de los riesgos previsibles podrá consistir en la identificación de los distintos riesgos” (DNP, 2011, pág. 19); y en otros instantes establece propiedades y usos diferentes para dichos conceptos: “La tipificación es el proceso de caracterización de los riesgos que puedan preverse en las diferentes etapas del contrato” (DNP, 2011, pág. 19).

Nosotros optamos por emplear el concepto *identificar* (como ya dijimos), para designar aquello que legislador erradamente denominada *tipificar* (expresión no válida por la carencia de tarifa legal de riesgos), en tanto concepto que designa la relación de identidad entre las actividades del contrato y los daños que se pueden producir por la exposición a los peligros que subyacen en dichas actividades.

Por otro lado, y tal como lo hemos venido exponiendo, la identificación (tipificación) se realiza en relación a riesgos *previsibles*, a través de una evaluación técnico-racional (con información pertinente y actualizada) desde la elaboración de los estudios previos o del proyecto de pliego de condiciones, tal como lo establece la Ley 1150 de 2007, el documento Conpes 3714 de 2011, el Decreto 1082 de 2015, y la Ley 1508 de 2012.

Empero, a pesar del uso de metodologías técnico-rationales y de la distinción conceptual entre riesgos previsibles y riesgos imprevisibles, debemos recordar que vivimos en un *contexto* de peligros globales<sup>26</sup> (modernidad reflexiva) carentes de cobertura (seguros), en el cual las entidades públicas y las partes de un negocio jurídico estatal, nunca tendrán certeza absoluta sobre la intersección donde concurren hechos, peligros y posibles daños.

Esto significa que no es válido diferenciar entre *riesgos previsibles* e *imprevisibles*, tal como lo establece el Estatuto General de la Contratación Pública, ya que no existe metodología racional

---

<sup>26</sup> Recordemos que según (Beck, La sociedad del riesgo global, 2002), los peligros que subyacen a los riesgos del proceso civilizatorio, son transfronterizos, imprevisibles y no cuentan con cobertura.

que ofrezca información *pertinente y permanentemente* válida sobre los peligros y las circunstancias en que estos se hacen presentes de forma significativa. En este sentido, *identificar* (tipificar) un riesgo, no es un proceso que se pueda predicar de un conjunto de *riesgos* que tengan la propiedad de *previsibles*, ya que como hemos expuesto previamente, el concepto *riesgo* en la modernidad reflexiva se caracteriza esencialmente por su imprevisibilidad.

Finalmente, lo relevante para las entidades públicas y los particulares a la hora de realizar la identificación (tipificación de riesgos) será tener en cuenta que: i) la identificación (mal llamada tipificación) del riesgo hace *presente* los peligros que subyacen en las actividades inherentes al objeto del negocio jurídico estatal, ii) en la escala más alta de peligros no existe actividad aseguradora, iii) no existen riesgos previsibles o imprevisibles. Solo existen riesgos en sentido amplio, y iv) siempre será temporal y relativa cualquier relación de identidad establecida entre las actividades del contrato y los peligros que subyacen a ellas.

#### **2.2.1.2 Estimar riesgos**

Dado que la palabra *estimar* no está definida en el Estatuto General de la Contratación Pública, procederemos a establecer su significado natural y obvio, en los términos establecidos en el artículo 28 del Código Civil Colombiano.

En este sentido, el Diccionario de la Real Academia Española (RAE, 2020) establece que el concepto *estimar* significa “calcular o determinar el valor de algo”; así mismo, el Documento Conpes 3714 de 2011 indica: “la estimación es una técnica que permite dar una aproximación de la magnitud del riesgo previsible de acuerdo con su probabilidad e impacto”. Es necesario precisar que la norma ISO 31000:2018 no emplea el concepto *estimar* sino que usa los términos *análisis*, y *valoración*, para designar las diferentes etapas que implican *juicios de valor* sobre los riesgos previamente identificados (tipificados).



De conformidad con lo anterior, podemos afirmar que el concepto *estimar* en tanto *ente a la vista*, tiene las siguientes propiedades: i) la presencia de un hecho o una cosa, y ii) un juicio de valor; mientras que en tanto *ente a la mano*, es útil para realizar juicios de valor en función de las características y circunstancias de un hecho o de una cosa (Castro, 1989).

Ahora bien, en nuestro *contexto* podemos decir que el concepto *estimar* hace referencia al juicio de valor al que son sometidos los riesgos previsibles previamente tipificados (ya expusimos nuestra postura respecto del uso de los conceptos *previsible* y *tipificar*), y a través del cual se establece el umbral de peligro-daño, la magnitud y el momento de aparición del daño, y el tiempo disponible para ejecutar medidas de contención y/o “medidas de reacción” (Luhmann, La Sociología del riesgo, 1991, pág. 96).

El Documento Conpes 3714 de 2011, al respecto, recomienda que este juicio de valor se realice por un equipo interdisciplinario con el fin de garantizar la ejecución del objeto del contrato y delimitar de forma racional y objetiva los contornos donde éste puede impactarse económicamente. La metodología propuesta en este documento para realizar dicha valoración del riesgo y la cual ha sido acogida en la práctica por las entidades públicas, implica: i) una estimación cualitativa, y ii) una estimación cuantitativa.

La primera hace referencia al juicio de valor que se realiza empleando la denominada *matriz de riesgo*, la cual exige al evaluador ajustar los riesgos previsibles previamente identificados en rangos de *probabilidad e impacto*; mientras que la segunda, designa la definición numérica en la escala de cada rango (*probabilidad e impacto*) como resultado de evidencias empíricas, técnicas o científicas.

En relación con lo anterior, es preciso señalar que la denominada *matriz de riesgos* es expresión de una de las tantas metodologías de evaluación de riesgo empleadas en la actualidad. En tal

sentido, la norma ISO 31010:2009 (adoptada en Colombia a través de la NTC-IEC/ISO31010), establece que con el fin de lograr sus objetivos las organizaciones de todo tipo pueden seleccionar una o varias de las siguientes treinta y un técnicas: i) lluvia de ideas, ii) entrevistas estructuradas o semiestructuradas, iii) técnica Delphi, iv) lista de verificación, v) análisis primario de peligros, vi) estudios de peligro y operatividad, vii) análisis de peligros y puntos críticos de control, viii) valoración del riesgo ambiental, ix) estructura “¿qué pasaría si?”, x) análisis de escenario, xi) análisis del impacto en el negocio, xii) análisis de la causa principal, xiii) análisis de modo y efecto de falla, xiv) análisis de árbol de fallas, xv) análisis de árbol de eventos, xvi) análisis de causa y consecuencia, xvii) análisis de causa y efecto, xviii) análisis de capas de protección, xix) árbol de decisión, xx) análisis de confiabilidad humana, xxi) análisis de esquema en carbalin (bow tie), xxii) mantenimiento enfocado en la confiabilidad, xxiii) análisis de circuito furtivo, xxiv) análisis de Markov, xxv) simulacro de Monte Carlo, xxvi) estadísticas y redes bayesianas, xxvii) curvas FN, xxviii) índices de riesgo, xxix) matriz de consecuencia y probabilidad, xxx) análisis de costo y beneficio, xxxi) análisis de decisión por criterios múltiples (Norma técnica NTC-IEC/ISO 31010, 2013, pág. 21).

Vemos de esta manera que el uso de la matriz de riesgo, en el contexto de la contratación pública, es expresión de la técnica *matriz consecuencia y probabilidad*, la cual al mismo tiempo es una de las tantas técnicas que pueden ser útiles para *estimar* riesgos y establecer condiciones de control sobre los peligros que subyacen a éstos.

No obstante lo anterior, llama la atención que en el documento Conpes 3714 de 2011 y en el Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación de Colombia Compra Eficiente (los cuales han servido a las entidades públicas como fundamento para realizar la estimación de riesgos), no se desarrollan sistemáticamente otros modelos que puedan ser

considerados como alternativas viables en la etapa de planeación de los procesos de contratación. Si bien en una situación particular cualquier entidad pública puede justificar el uso de una técnica diferente a la *matriz consecuencia y probabilidad*, también es cierto que al no ser descritos otros métodos se ha desestimado el uso de herramientas diferentes, que en determinadas circunstancias podrían ser más idóneas o incluso necesarias para salvaguardar el interés general y garantizar el equilibrio económico de los contratos en los términos del artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

Por otro lado, aunque la técnica *matriz consecuencia probabilidad*, se caracteriza por ser una herramienta de fácil manejo ya que permite plasmar en un solo insumo: i) los riesgos, ii) sus fuentes, iii) su tratamiento, iv) su probabilidad, y v) sus consecuencias, ésta técnica ciertamente exige un trabajo cuidadoso, objetivo e informado por parte de los técnicos que participan en su estructuración ya que el grado de utilidad de la matriz está directamente vinculado al nivel de rigor y validez de análisis efectuados.

Sin embargo, debemos recordar nuevamente que el derecho y las categorías del Estatuto General de la Contratación Pública deben ser entendidas en su *contexto*, el cual ya hemos definido como *modernidad reflexiva*<sup>27</sup>, es decir, como una época de riesgos globales<sup>28</sup> que se hacen presentes *permanentemente* y que no pueden ser controlados, ni calculados, ni estimados de forma absoluta (por la incertidumbre que rodea los efectos secundarios del desarrollo técnico-científico) (Beck, La sociedad del riesgo global, 2002).

En consecuencia, una técnica que se fundamenta en el análisis que realiza el equipo interdisciplinario de una entidad pública y confía en la validez de su análisis subjetivo, desconoce el carácter global de los riesgos y su potencial destructivo, el cuál no puede ser medido de forma

---

<sup>27</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 19.

<sup>28</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 19.

aislada, ni mucho menos con información parcial y desarticulada de fenómenos transfronterizos que todavía no revelan su verdadera magnitud.

### 2.2.1.3 Asignar riesgos

Considerando que el concepto *asignar* tampoco está definido en el Estatuto General de la Contratación Pública, entenderemos esta palabra en su sentido natural y obvio, por tanto, el Diccionario de la Real Academia (RAE, 2020) indica: “Asignar: Señalar lo que corresponde a alguien o algo”; mientras que el Documento Conpes 3714 de 2011, establece “La asignación es el proceso de distribuir los riesgos de acuerdo con la capacidad de cada una de las partes para gestionarlo, controlarlo, administrarlo y mitigarlo” (DNP, 2011, pág. 28).

Vemos de esta manera como el concepto en tanto *ente a la vista* tiene las siguientes propiedades: i) señala varios conjuntos de sujetos o cosas, y ii) establece un vínculo entre los conjuntos de elementos o cosas; mientras que en tanto *ente a la mano*, el concepto es útil para señalar el contexto de uno o varios sujetos o cosas, en que se hará *presente* de manera significativa, otro conjunto de elementos o cosas.

Así mismo, el último inciso del artículo 4 del Decreto 1508 de 2012, indica: “(...) Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar (...)”.

Apreciando las anteriores consideraciones, en el marco de la contratación pública podemos decir que el concepto *asignar* es útil para señalar el *contexto* de la parte contractual, en el cual, de producirse un daño como resultado de la exposición a los peligros que subyacen en las actividades del contrato, dicho daño podrá ser afrontado de la mejor manera, y en consecuencia corresponderá

a la parte contractual que tiene dominio sobre dicho *contexto* superar y financiar los efectos de la ocurrencia de una eventualidad.

Así mismo, es necesario mencionar que durante la *asignación del riesgo*, las partes del contrato estatal, deben realizar un subproceso denominado *mitigación del riesgo*. Al respecto el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015, indica: “Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información: (...) 8. Los Riesgos asociados al contrato, **la forma de mitigarlos** y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes” (Negrilla fuera de texto).

Así, aunque inicialmente podemos interpretar que la *mitigación del riesgo* rompe el orden establecido en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, y supone una nueva categoría que se sitúa junto a los conceptos *tipificar*, *estimar* y *asignar*, lo cierto es que la secuencia de actividades que se realizan en la *mitigación del riesgo* son parte de la finalidad que se pretende satisfacer en el tercer nivel de análisis denominado *asignación del riesgo*.

Al respecto el Consejo de Estado, resolviendo una acción de nulidad contra el numeral 8° del artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015 (Sentencia, 2019), indicó:

“Para la Sala, la norma demandada incluyó la expresión “la forma de mitigación del riesgo” para desarrollar las obligaciones contenidas en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, particularmente en lo atinente a la asignación de los riesgos asociados al contrato. De esta manera, dicho aspecto no contradice el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, sino que desarrolla con mayor precisión la obligación de asignación del riesgo, al establecer la obligación de prever en el pliego de condiciones las medidas que deben tomarse para disminuir la posibilidad de la ocurrencia de un riesgo y las medidas dirigidas a morigerar sus consecuencias o disminuir su impacto y establecer a cuál de las partes le corresponde adoptarlas.”

Encontramos, en consecuencia, que el concepto *mitigar* se encuentra estructuralmente integrado en la *asignación* del riesgo, ya que el juicio de valor necesario para determinar cuál parte del contrato tiene dominio sobre el *contexto* con mayores ventajas comparativas (asignación), presupone definir en cual *contexto* las acciones necesarias para mitigar posibles daños (disminuir la posibilidad de ocurrencia y el impacto) son menos costosas. Es decir, se genera una relación de pertenencia entre el proceso *asignar* y el subproceso *mitigar* los cuales interactúan entre sí para “distribuir los riesgos de acuerdo con la capacidad de cada una de las partes” (DNP, 2011, pág. 28).

Ahora bien, dado que la *asignación* de riesgos implica un *juicio de valor* (tal como lo hemos expuesto previamente) sobre el *contexto* de las partes del contrato y sobre las circunstancias que permiten establecer ventajas comparativas, es imprescindible tener en cuenta que este método de *observación* genera grandes contradicciones derivadas de la “imposibilidad de auto descripción completa” (Garbolino, Genovese, & Benedetti, 1989; Luhmann, La Sociología del riesgo, 1991).

En relación con lo anterior, hoy en día la asignación de observaciones a observadores (como las que se realizan en la *asignación* del riesgo), no garantiza la producción de conocimiento real y útil, ya que las partes de un contrato estatal, no expresan su voluntad con las certezas inherentes a la modernidad industrial<sup>29</sup>, sino que establecen vínculos jurídicos careciendo de la *perspectiva* necesaria para enfrentar los puntos ciegos de aquello que observan. La asignación de riesgos (globales e imprevisibles) que hoy propone el Estatuto General de la Contratación Pública, es una ilusión colapsada desde adentro, donde cada *asignación* (realizada por las partes del contrato) puede derivar en causa de otros efectos aún más graves que aquellos que se pretenden evitar.

---

<sup>29</sup> Ver definición del concepto, infra., página 19.

En consecuencia, el método empleado actualmente para *asignar* riesgos en el marco de la contratación pública, no establece una estructura lógica que permitan captar el *contexto* real de las partes del contrato. Esto solo sería posible (parcialmente) si estos observadores (e incluso un tercer observador) tuvieran información en *contexto* de las circunstancias (riesgos globales<sup>30</sup> transfronterizos, efectos secundarios, etc...) que valoran y sobredeterminan la capacidad para asumir los efectos de los daños y peligros del contrato estatal.

## 2.2 Evolución normativa

Debemos recordar que la presente investigación tiene como fin responder la pregunta que interroga: ¿el riesgo es elemento esencial del contrato?, realizando la aproximación al concepto *riesgo desde* tres dimensiones (tipificación<sup>31</sup>, estimación<sup>32</sup> y asignación<sup>33</sup> del riesgo como componente de los documentos del proceso contractual, concepto riesgo-contrato, y concepto riesgo como elemento esencial del contrato estatal), de las cuales el capítulo 2 pretende aclarar tan solo el sentido del concepto riesgo en tanto éste se *tipifica, estima, asigna* y se *incorpora* en los documentos del proceso contractual, a través de disposiciones normativas propia de la *modernidad industrial*<sup>34</sup>.

Con este propósito, y una vez definimos los conceptos *tipificar, estimar* y *asignar*, en el numeral 2.2 procederemos a describir los antecedentes normativos y teóricos del concepto *riesgo* (en tanto componente de los documentos del proceso), y realizaremos un análisis crítico a la estructura normativa vigente, siguiendo el siguiente orden temático: i) análisis de los artículos 3 y 27 de la Ley 80 de 1993 y las teorías del hecho del príncipe y del equilibrio económico del contrato, ii) análisis del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, y iii) análisis de la Ley 1508 de 2012.

---

<sup>30</sup> Ver definición del concepto, supra., página 19.

<sup>31</sup> Ver definición del concepto, supra., página 22 y ss.

<sup>32</sup> Ver definición del concepto, supra., página 25 y ss.

<sup>33</sup> Ver definición del concepto, supra., página 29 y ss.

<sup>34</sup> Ver definición del concepto, infra., página 19.

Finalmente, es necesario precisar que la dimensión del *riesgo* que actualmente analizamos, hemos optado por denominarla *tipificación*<sup>35</sup>, *estimación*<sup>36</sup> y *asignación*<sup>37</sup> del riesgo como *componente de los documentos del proceso contractual*, ya que si bien la inclusión de este concepto en el Estatuto General de la Contratación Pública ha supuesto un gran avance hacia la comprensión del entorno que problematiza (como veremos a continuación), también ha supuesto un estrechamiento en la utilidad y el contenido del mismo concepto, salvo por la Ley 1508 de 2012 (como veremos en su momento), hasta el punto que este parece agotarse en su *incorporación* como *componente accesorio* de los estudios previos. No sobra señalar que tal uso lingüístico por parte del legislador y los intérpretes autorizados, contradice el contexto que cotidianamente comparece en la modernidad reflexiva y niega la centralidad del riesgo en el mundo del imprevisible absoluto.

### **2.2.1 Antecedentes normativos del concepto riesgo**

El antecedente normativo más próximo de aquello que hemos convenido en denominar *tipificación*<sup>38</sup>, *estimación*<sup>39</sup> y *asignación*<sup>40</sup> del riesgo (en los términos del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007), como expresión del “principio de planeación” (Camacho, 2017, pág. 369), puede ser rastreado hasta los artículos 3 y 27 de la Ley 80 de 1993, los cuales por primera vez hacen resonar en el Estatuto General de la Contratación Pública, el eco de largas reflexiones económicas y jurídicas sobre sobre la noción de equilibrio económico de los contratos y la conservación del mismo.

Por tanto, a continuación: i) interpretaremos las *formulaciones normativas* del artículo 3 y del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, ii) describiremos la teoría del equilibrio económico del contrato,

---

<sup>35</sup> Ver definición del concepto, supra., página 22 y ss.

<sup>36</sup> Ver definición del concepto, supra., página 25 y ss.

<sup>37</sup> Ver definición del concepto, supra., página 29 y ss.

<sup>38</sup> Ver definición del concepto, supra., página 22 y ss.

<sup>39</sup> Ver definición del concepto, supra., página 25 y ss.

<sup>40</sup> Ver definición del concepto, supra., página 29 y ss.



y iii) estableceremos una relación entre el resultado del proceso interpretativo y descriptivo con los principios de la *modernidad industrial*<sup>41</sup>, los cuales en nuestro *contexto* no conservan su validez.

### 2.2.1.1 Ley 80 de 1993

Siguiendo el orden temático anunciado, el inciso 2 del artículo 3 de la Ley 80 de 1993 establece: “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, **además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado**, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones” (Negrilla fuera de texto la cual corresponde a un aparte derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007); mientras que el inciso 1 del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 ordena: “En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las

---

<sup>41</sup> Ver definición del concepto, infra., página 19.

entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.

Al respecto, y con el fin de delimitar aquello que será considerado *antecedente* normativo de la tipificación<sup>42</sup>, estimación<sup>43</sup> y asignación<sup>44</sup> del riesgo en el Estatuto General de la Contratación Pública y que será cuestionado en el *contexto* de la *modernidad reflexiva*<sup>45</sup>, debemos atribuir algún significado a dichos artículos, por lo cual, haremos uso de la metodología de análisis lógico de sistemas normativos propuesto por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (Alchourrón & Bulygin, 2012), para obtener el *sistema normativo* objeto del análisis.

En tal sentido, y con el fin de seleccionar el *material jurídico relevante*<sup>46</sup> (Zorilla, 2010, pág. 41), debemos indicar que tan solo el inciso 2 del artículo 3 de la Ley 80 de 1993 (*Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones*), y el inciso 1 del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 (*En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento*), son relevantes para nuestra investigación. Por tanto, centraremos nuestra atención en dichos preceptos y evitaremos extender nuestro análisis por fuera de las fronteras que ellos mismos determinan.

---

<sup>42</sup> Ver definición del concepto, supra., página 22 y ss.

<sup>43</sup> Ver definición del concepto, supra., página 25 y ss.

<sup>44</sup> Ver definición del concepto, supra., página 29 y ss.

<sup>45</sup> Ver definición del concepto, supra., página 19.

<sup>46</sup> El material jurídico relevante, es el conjunto de disposiciones normativas que revisten interés en el proceso interpretativo, en los términos expuestos por (Zorilla, 2010).

Conviene precisar, así mismo, que aunque el aparte “*además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado*” del inciso 2 del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, se encuentra derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y no hace parte del ordenamiento jurídico vigente (carece de validez), vamos a realizar la interpretación jurídica en *conjunto* del precepto ya que nuestra intención no es establecer su grado de aplicabilidad, sino identificarlo como uno de los antecedentes normativos del concepto riesgo en el Estatuto General de la Contratación Pública.

Manifestado lo anterior, y teniendo claro el material jurídico relevante, el siguiente paso consistirá en “interpretar”<sup>47</sup> (Alchourrón & Bulygin, 2012, pág. 469); (Bulygin, Atienza, & Bayón, 2009, pág. 47); (G.Radbruch, 1999, págs. 143-144), y atribuir significado a dichas disposiciones jurídicas, para lo cual: i) partiremos de la distinción entre *disposición normativa* y *norma jurídica*, entendiendo que la primera categoría hace referencia a la expresión lingüística dictada por el legislador (la cual es objeto de interpretación), mientras que la segunda categoría expresa el significado atribuido a la *disposición normativa* (por parte del intérprete) (Zorilla, 2010, pág. 47), y ii) emplearemos las técnicas de interpretación *auténtica* (la efectuada por el órgano que dictó la disposición) y *judicial* (la que realiza el juez en la aplicación del derecho) (Zorilla, 2010, pág. 63).

#### **2.2.1.1.1 Artículo 3 de la Ley 80 de 1993**

En este orden de ideas, debemos empezar por señalar que con la expedición de la Ley 80 de 1993, el Congreso de la República (en ejercicio de la cláusula general de competencia legislativa), pretendió –entre otras- crear condiciones contractuales idóneas para impulsar la construcción de obras públicas (o la concesión de estas), y provocar crecimiento económico a través de nueva infraestructura productiva y social (Dominguez, 2017, págs. 25-28).

---

<sup>47</sup> En términos de los autores citados, la interpretación es el proceso de adscripción de significado a un enunciado lingüístico, y en este caso particular, a una disposición normativa.

Al respecto, en el numeral II de la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, se expresó lo siguiente:

“(…) Cabe resaltar que habida consideración de los propósitos trazados en el Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social 1990-1994 en materia de inversión pública, específicamente en lo relativo a infraestructura física (construcción de carreteras y adecuación de tierras) y social (educación, salud, vivienda y saneamiento básico), es preciso que la administración cuente con instrumentos de contratación ágiles y eficientes.

La legislación sobre contratación pública constituye en la actualidad una “camisa de fuerza”, opuesta a las necesidades tanto del sector público como del privado, pues se trata de una regulación reglamentaria que impide la flexibilidad que debe estar presente en el actuar contractual. Todo lo precedente justifica el cambio de concepción frente al contrato de los entes públicos”.

Teniendo en cuenta el propósito del legislador, observamos que dicho *fin* (disponer de infraestructura productiva y social), implicaba la creación de garantías y condiciones que aumentaran los flujos de inversión privada. Es decir, la concurrencia de la inversión (necesaria en la provisión de infraestructura básica) dependía de la capacidad del Estado<sup>48</sup> para romper la “camisa de fuerza” y ofrecer garantías de rentabilidad y de protección a las ganancias particulares.

En este contexto, y con el fin crear las *condiciones* que estimularan la llegada de capital, el legislador, al dictar la Ley 80 de 1993 e incorporar el inciso 2 del artículo 3, reconoció la existencia de una intención lucrativa por parte de los sujetos de relaciones jurídicas que suscribían contratos

---

<sup>48</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

con el Estado<sup>49</sup>, y estableció que tal aspiración debía: i) ser reconocida, ii) conservarse indemne, y iii) ser parte de las finalidades de la contratación estatal.

Siguiente esta línea interpretativa, en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 (Gaceta del Congreso N° 75 del 23 de septiembre de 1992), se lee lo siguiente:

“es clara la intención lucrativa que orienta la participación del particular y la cual tampoco puede ser desconocida ni afectada por el Estado. La adecuada comprensión de la finalidad de la contratación estatal garantiza la posibilidad de alcanzar los propósitos que se tuvieron a la vista al tiempo de iniciar el proceso de la contratación. Esta razón justifica la consagración explícita que de esa finalidad contempla el artículo 3° del proyecto, la que se constituye, sin duda alguna, en la esencia de los derechos y deberes a cargo de cada una de las partes contratantes” (Congreso, 1992).

Por tanto, el inciso 2 del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, reconoció que dicha “intención lucrativa” hacía parte de los fines del Estado<sup>50</sup> *en un sentido amplio* ya que en la *dinámica* del cumplimiento de obligaciones entre las partes de un contrato Estatal, lo que era *objeto* del contrato para el Estado<sup>51</sup> (el fin *en sentido estricto* que el Estado pretendía satisfacer con el negocio jurídico), para la otra parte, era la *causa* en tanto efecto jurídico perseguido que generaba un incremento patrimonial.

De esta forma, el legislador reconoció que la aspiración de “ventajas económicas” (Bianca, pág. 86) y la consolidación de posibles *incrementos patrimoniales*, eran elementos relevantes de la relación obligatoria y no podían ser injustamente obstaculizados, en tanto a estas *ganancias*

---

<sup>49</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

<sup>50</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

<sup>51</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

(producto del ejercicio de derechos subjetivos derivados del contrato) les era inherente el amparo del Estado<sup>52</sup> desde dos dimensiones: i) Estado como deudor de la relación obligatoria producto del cumplimiento de la prestación debida por la otra parte del contrato, y ii) Estado como organización política constituida para cumplir los fines descritos en el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia, los cuales –entre otras- establecen que las autoridades de la República “(...) Están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, **bienes**, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (negrilla fuera de texto).

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia 25000-23-26-000-1997-13467-01(27131) del 17 de febrero de 2005, indicó:

“El artículo 3º de la misma ley, por su parte, indica expresamente que, con la celebración y ejecución de los contratos, las entidades estatales buscan el cumplimiento de los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y **la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.**”

(Negrilla fuera de texto)

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia C-949 de 2001, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández, manifestó:

“Repárese, en este sentido, que al fin y al cabo los particulares que tienen la expectativa de celebrar contratos con el Estado no sólo están animados por el deseo de obtener utilidades, sino principalmente obran con la conciencia de que cumplen una función social que implica obligaciones y colaboran efectivamente con el

---

<sup>52</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

Estado en el logro de los fines para los cuales fue constituido (artículo 3° de la Ley 80 de 1993).”

De igual forma, la Corte Constitucional en Sentencia C-128 de 2003, Magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis, expuso:

“En materia contractual dicho interés determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas. Es por ello que el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, prescribe que la contratación administrativa persigue “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines.” Y el inciso segundo de esta misma norma, indica con claridad lo siguiente: “Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

Por otro lado, y con el fin de aclarar en qué consiste la “función social” que cumplen los particulares en los términos establecidos en el inciso 2 del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, nos remitiremos a un pronunciamiento del Consejo de Estado, posterior a la derogación del aparte “además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado”, ya que para efectos de nuestro análisis la temporalidad de esta decisión judicial no cambia el significado atribuido a tal figura. De tal manera, el Consejo de Estado en Sentencia N° 210077 del 29 de agosto de 2012, indicó:

“(…) Se debe considerar que los contratistas cumplen una función social al celebrar un contrato estatal, razón por la cual es necesario analizar el significado del término “función social” cuando se predica de la actividad de los contratistas del Estado. Seguramente, el primero que se advierte, es el de contar con su colaboración y ayuda, más allá de cuanto estrictamente deben; el segundo consiste en el cumplimiento de lo que le es propio para la correcta marcha de sus obligaciones contractuales y para el beneficio final del conglomerado social. (…)”

Sobre el particular, observamos que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional reconocieron la existencia del interés lucrativo de los particulares, y armonizaron esta aspiración legítima con los principios del interés general y la selección objetiva. De esta forma, aunque en la gestión contractual el principio del interés general se hacía *presente* con mayor intensidad y desencadenaba la actuación de las entidades públicas, ciertamente tal circunstancia no podía justificar la arbitrariedad y el desconocimiento de las ganancias patrimoniales de aquellos sujetos que colaboraban con el Estado<sup>53</sup> para el logro de sus fines.

En consecuencia, el inciso 2 del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, reflejaba la adhesión total a una necesidad total habida cuenta que el legislador reconoció la relación de dependencia entre el desarrollo del país y la concurrencia de inversión privada en proyectos estratégicos, mientras que los intérpretes judiciales armonizaron la satisfacción de dichas necesidades colectivas con los objetivos esenciales del Estado<sup>54</sup> Social de Derecho. En otras palabras, la actividad contractual debía propiciar la consecución del interés común, y repudiar cualquier *contexto* de arbitrariedad que eludiera la protección de las ganancias esperadas por los particulares.

---

<sup>53</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

<sup>54</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.



No obstante lo anterior, es necesario precisar que el aparte derogado, no implicaba que el Estado<sup>55</sup> tuviera que entregar al contratista la diferencia dineraria entre la utilidad esperada y la real, es decir, una utilidad concreta ya que lo pretendido por el legislador y armonizado por el intérprete judicial (en el marco del interés general), era *declarar* que el contratista se unía al Estado<sup>56</sup> *con el ánimo de lograr un beneficio económico* (Dávila, 2016).

Sin embargo, el inciso 2 del artículo 3 de la Ley 80 de 1993 fue problematizado innecesariamente, tal como consta en la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007, ya que el legislador dejó de interpretarlo en el sentido *declarativo* (el contratista se une al Estado con el ánimo de lograr un beneficio económico) y consideró que tal disposición normativa<sup>57</sup> podría conducir a resultados indeseables a la luz del interés general, en la medida que impusiera al Estado la obligación ineludible de garantizar beneficios económicos específicos (cuantificables), aunque el déficit negocial fuera producto de: i) costos adicionales imputables al contratista, ii) del alea normal del contrato, o iii) los riesgos asumidos por el contratista.

En consideración de lo antes apreciado, podemos decir que el inciso 2 del artículo 3 de la Ley 80 de 1993 (incluyendo el aparte derogado para efectos de nuestra investigación), en tanto *disposición normativa*<sup>58</sup>, sería: “*Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones*”; mientras que de tal *disposición normativa*<sup>59</sup> podemos

---

<sup>55</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

<sup>56</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

<sup>57</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 36

<sup>58</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 36

<sup>59</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 36

obtener las siguientes *normas jurídicas*, en la cuales emplearemos el operador deóntico *obligatorio* (o):

- **Norma jurídica N° 1:** Si el Estado para cumplir sus fines suscribe un contrato con un particular, dando prevalencia el interés público y observando los principios y procedimientos establecidos en el Estatuto General de la Contratación Pública está **obligado** a garantizar al particular la obtención de las utilidades lícitas derivadas de la ejecución del contrato y por las cuales se unió al vínculo negocial.
- **Norma jurídica N° 2:** Si un particular suscribe un contrato con el Estado está **obligado** a cumplir una función social, y por tanto a colaborar más allá de cuanto estrictamente debe para el beneficio final de la sociedad.
- **Norma jurídica N° 3:** Los particulares que ejecutan contratos suscritos con entidades estatales están **obligados** a colaborar con dichas entidades estatales en el logro de sus fines.

Después de haber obtenido el sistema normativo objeto del análisis, observamos como consecuencia jurídica inmediata que los contratos de derecho público (planeados, suscritos y ejecutados observando los principios del Estatuto General de la Contratación Pública) eran un medio para cumplir los fines del Estado<sup>60</sup>, y al mismo tiempo delimitaban un punto de encuentro entre los intereses de las entidades públicas y las pretensiones de los particulares (quienes asumen una función social y prestan una colaboración superior a la que sería propia de un negocio jurídico de derecho privado). Esto significa que tanto el Estado<sup>61</sup> como los particulares concurrían con la misma intención de ejecutar el objeto del contrato, pero el Estado<sup>62</sup> lo hacía con el propósito de

---

<sup>60</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

<sup>61</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

<sup>62</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

cumplir sus fines y ejercer sus competencias, mientras que los particulares lo realizaban con el deseo de generar utilidades asumiendo compromisos a favor del interés general.

A pesar de que el aparte del inciso 2 del artículo 3 de la Ley 80 de 1993 fue derogado, desde el punto de vista práctico: i) el reconocimiento y protección de las utilidades esperadas por los particulares se sigue produciendo a través del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 (tal como veremos en el siguiente numeral), y ii) la protección de las ganancias lícitas obtenidas por particulares en sus vínculos negociales con entidades públicas, sigue haciendo parte de los fines que se deben satisfacer al ser suscritos este tipo de negocios jurídicos (lo contrario conduciría a introducir una excepción al artículo 2 de la Constitución Política en tanto el Estado<sup>63</sup> es una organización constituida para cumplir los fines descritos en esta disposición de rango constitucional). El endurecimiento de una lógica que repudie las expectativas y derechos de los particulares en marco de los fines que el Estado<sup>64</sup> pretende satisfacer, compromete cualquier solución realista a los problemas de relevancia o interpretación<sup>65</sup> vinculados a la premisa normativa del artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, es claro que la materialización de los fines de la contratación pública y los propósitos de los particulares, implica el uso de mecanismos que garanticen una gestión contractual acorde a los principios de planeación, economía, selección objetiva, e interés general, por lo cual, la adopción de la teoría del equilibrio económico y la posterior instrucción de los conceptos de tipificación<sup>66</sup>, estimación<sup>67</sup> y asignación<sup>68</sup> de **riesgos** en los documentos del proceso,

---

<sup>63</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

<sup>64</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

<sup>65</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 36.

<sup>66</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 22 y ss.

<sup>67</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 25 y ss.

<sup>68</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 29 y ss.

son un efecto de la soberanía cognitiva que buscaba contener *las amenazas* de cualquier negocio jurídico.

Dicho lo anterior, el inciso 2 del artículo 3 de la Ley 80 de 1993 es la causa relevante del concepto de riesgo en el Estatuto General de la Contratación Pública (todavía como elemento secundario), ya que las normas jurídicas obtenidas de dicha disposición, establecían un *contexto* de necesidad (no es posible cumplir los fines de la contratación pública si la gestión contractual se torna inviable desde el punto de vista técnico o económico) al cual se pretendía responder con metodologías racionales que redujeran el margen de incertidumbre y permitiera al Estado<sup>69</sup> cumplir sus fines y a los particulares obtener la utilidad esperada.

Retomando los elementos expuestos en el título preliminar, y como colofón de esta discusión, es evidente que las razones que respaldan el contenido de derecho del inciso 2 del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, (obtención de utilidades, fines del Estado, interés general, desarrollo), están íntimamente vinculadas a las ideas de control, distribución de riquezas, e interpretación<sup>70</sup> pacífica del concepto Estado<sup>71</sup>, propias de la modernidad industrial.

No queda duda que vivimos en un *contexto* de riesgos globales<sup>72</sup> y que los efectos negativos derivados de la lógica del desarrollo técnico- científico y del mito de la razón (modernidad industrial<sup>73</sup>), se proyectaron intensamente en nuestro ordenamiento jurídico casi medio siglo después de haber entrado *reflexivamente* en un nuevo período de la historia.

Allí donde leemos *fines del Estado*<sup>74</sup>, debemos preguntar: ¿Cuáles son dichos fines si en el contexto de riesgos globales<sup>75</sup> constantemente revaluamos las funciones, la utilidad y hasta la

---

<sup>69</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

<sup>70</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 36.

<sup>71</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

<sup>72</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 19.

<sup>73</sup> Ver definición del concepto, *infra.*, página 19.

<sup>74</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

<sup>75</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 19.

validez del concepto Estado<sup>76</sup>?; allí donde leemos *obtención de utilidades* debemos cuestionarnos: ¿el fin de los negocios jurídicos en el contexto de la modernidad reflexiva<sup>77</sup> es distribuir riquezas o distribuir riesgos?; allí donde leemos que el Estatuto General de la Contratación Pública pretende “romper la camisa de fuerza” para jalonar el desarrollo, es necesario interrogar: ¿la presencia de los peligros y riesgos del *desarrollo* civilizatorio no han derribado ya la puerta de nuestros templos de seguridad?

#### **2.2.1.1.2 Artículo 27 de la Ley 80 de 1993**

Tal como hemos indicado, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, es un reflejo del sistema de coordenadas de la *modernidad industrial*<sup>78</sup>, y por tanto, la contratación pública contiene una multitud de fines *difusos* que ponen en peligro la estabilidad de los negocios jurídicos, y la seguridad de las personas que pueden afectarse por los efectos secundarios no previstos en la ejecución de un objeto contractual. La planeación, ejecución y liquidación de un contrato Estatal, que tiene como fin desarrollar una imagen del mundo centrada en estos valores, solo puede ser resultado de esa falta de conciencia sistemática del riesgo que padece nuestro Estatuto General de la Contratación Pública (salvo por el tratamiento que se da al concepto riesgo en la Ley 1508 de 2012).

Ahora bien, podemos observar que el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, al establecer los fines (cuestionables) de la contratación pública, condicionará la adscripción de significado (interpretación<sup>79</sup>) del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, el cual analizaremos en el presente numeral, por ser el siguiente eslabón en la cadena evolutiva que derivó en el proceso técnico-racional

---

<sup>76</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

<sup>77</sup> Ver definición del concepto, *infra.*, página 19.

<sup>78</sup> Ver definición del concepto, *infra.*, página 19.

<sup>79</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 36.

denominado tipificación<sup>80</sup>, estimación<sup>81</sup> y asignación<sup>82</sup> de los riesgos previsibles. Así mismo, y con el propósito de: i) describir el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 en tanto antecedente normativo, y ii) establecer la relación entre el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 y las categorías de la modernidad industrial<sup>83</sup>, interpretaremos dicha norma jurídica<sup>84</sup> haciendo uso de la metodología empleada en el numeral 1.2.1.1.1.

En este sentido, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, establece lo siguiente:

“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.

Al respecto, en relación al *material jurídico relevante*<sup>85</sup> (Alchourrón & Bulygin, 2012), debemos señalar que *todo* el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, será objeto de análisis ya que en su conjunto reviste interés para nuestra investigación. De igual forma, emplearemos las técnicas de

---

<sup>80</sup> Ver definición del concepto, supra., página 22 y ss.

<sup>81</sup> Ver definición del concepto, supra., página 25 y ss.

<sup>82</sup> Ver definición del concepto, supra., página 29 y ss.

<sup>83</sup> Ver definición del concepto, infra., página 19.

<sup>84</sup> Ver definición del concepto, supra., página 36

<sup>85</sup> Ver definición del concepto, supra., página 36.

interpretación<sup>86</sup> *auténtica y judicial*<sup>87</sup>, y describiremos los aspectos fundamentales de la teorías del Hecho del Príncipe (Benavides, 2002) y de la imprevisión (Escola, 1977), en aras de obtener las *normas jurídicas* que subyacen a la *disposición normativa*<sup>88</sup> en comento.

#### **2.2.1.1.2.1 Interpretación auténtica**

En este orden de ideas, y con el fin de abordar el análisis del artículo 27 a través la primera técnica de interpretación<sup>89</sup> (auténtica), es necesario señalar que en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, el legislador indicó:

“Si bien el rol del particular cuando celebra un contrato estatal es el de colaborador, también es incuestionable su deseo de alcanzar una utilidad económica. Utilidad que debe preservarse y garantizarse en todo momento. Por eso, el contratista afectado por circunstancias ajenas tiene el derecho a ser restablecido en su interés económico. Precisamente el cabal reconocimiento de esa posibilidad se ha denominado el mantenimiento del equilibrio económico y financiero del contrato. Pues bien, el proyecto de ley recoge y consagra en forma expresa ese derecho fundamental e inviolable del contratista (artículo 5º., numeral 1º; artículo 27). No obstante, este último precepto garantiza el derecho a la intangibilidad de la ecuación contractual respecto de las partes, merece atención especial en lo tocante al contratista particular, quien tradicional y habitualmente se ha visto afectado por este tipo de situaciones”.

---

<sup>86</sup> Ver definición del concepto, supra., página 36.

<sup>87</sup> Ver definición de los conceptos, supra., página 36

<sup>88</sup> Ver definición del concepto, supra., página 36

<sup>89</sup> Ver definición del concepto, supra., página 36.

Es así como el legislador, partiendo del *fin* que persiguen los particulares al suscribir negocios jurídicos con el Estado<sup>90</sup>, tal como lo observamos en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, quiso elevar tal aspiración a la categoría de *derecho*, el cual en su carácter de proyección comprendiera: i) el reconocimiento y protección de la utilidad económica a que aspirara cualquier particular, ii) el deber de preservar y garantizar “en todo momento” la utilidad esperada por el particular en el marco de la relación contractual (sin perjuicio de la función social que asume el particular al colaborar con las entidades públicas en el logro de sus fines), y iii) el restablecimiento del *equilibrio económico y financiero* del contrato cuando la *utilidad* esperada por el particular se viera afectada por “circunstancias ajenas”. En relación al *reconocimiento y protección de utilidad económica del particular*, es necesario indicar que el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, reafirma lo establecido en el aparte derogado del inciso 2 del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, con lo cual es evidente, que la expulsión del referido texto del ordenamiento jurídico fue una acción inocua, en la medida que el Estatuto General de la Contratación Pública, todavía *reconoce y protege* el fin (utilidad) que impulsa a los particulares en los negocios jurídicos suscritos con el Estado<sup>91</sup>.

Del mismo modo, en la exposición de motivos del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, se establece:

“El restablecimiento del equilibrio financiero directamente por la administración exige un mecanismo idóneo que garantice su cabal realización. Por ello, el numeral 13 del artículo 25 del proyecto dispone que en los presupuestos anuales las entidades incluirán una apropiación global destinada a cubrir los costos que se consumen con motivo de tal restablecimiento, **permitiendo según lo preceptúa el artículo 27, que sean las partes las que adopten y consecuentemente suscriban**

---

<sup>90</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

<sup>91</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.



**los acuerdos y pactos a que haya lugar sobre cuantía, condiciones y forma de pago de los montos a reconocer.** Sin duda alguna, se trata de un instrumento de suma importancia, el cual contribuirá a la celeridad y agilidad contractual y a **evitar las inmensas condenas que en contra de la Nación** se profieren frecuentemente por tales circunstancias” (Negrilla fuera de texto).

Por tanto, el legislador además de elevar a la categoría de *derecho* la obtención y protección de utilidades esperadas por los particulares, de manera tal que fuera procedente el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato en determinadas circunstancias, quiso que fueran directamente los sujetos de relaciones jurídicas del vínculo negocial quienes suscribieran en el menor tiempo posible “los acuerdos y pactos necesarios”, para *normalizar económicamente* los efectos de las “circunstancias ajenas” (no imputables a quien resulte afectado). Esto con el objetivo de estimular la ejecución de los objetos contractuales, y orientar soluciones oportunas a circunstancias que de otra manera podrían derivar en costosos procesos judiciales (y posibles condenas) ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Visto lo anterior, consideramos oportuno abrir un paréntesis para referirnos a los motivos del legislador, ya que a pesar de no haber obtenido en esta etapa del análisis las *normas jurídicas* objeto de nuestra reflexión, consideramos relevante hacer una corta referencia a los razonamientos descritos anteriormente, ya que con ellos el Congreso habló en términos de un saber que no era abordable, y conservó en el aire (que ya había cambiado de viento) el aciago grito de “*razón y desarrollo*”<sup>92</sup>.

Esto es así ya que: i) **el pronto restablecimiento del equilibrio económico**, no siempre será oportuno, en la medida que no es posible producir oportunamente conocimiento definitivo sobre

---

<sup>92</sup> Entendiendo los *razón y desarrollo* como categorías de la modernidad industrial. Al respecto ver *supra.*, página 19.

consecuencias secundarias imprevisibles y muchos menos con información parcial sobre la expresión aritmética de obligaciones contractuales, ii) **el restablecimiento del equilibrio económico efectuado directamente entre las partes del negocio jurídico**, es una acción vacía ya que las reglas de control metodológico fallan por la producción de conocimiento hiperespecializado y parcial, el cual es incluso más hiperespecializado y parcial, en la medida que su producción es el resultado del *círculo vicioso autoconfirmador del vínculo negocial*, iii) **el restablecimiento del equilibrio económico a través de acuerdo y pactos necesarios**, ignora la ceguera de la razón y su incapacidad para delimitar o controlar los efectos secundarios del proceso civilizatorio y del vínculo negocial, iv) **el restablecimiento del equilibrio económico para estimular la ejecución de los objetos contractuales**, implica que las partes del contrato Estatal se someten a las exigencias de un desarrollo que no conoce cesura y que estimula hasta sus últimas consecuencias, la realización de los peligros que subyacen en el vínculo negocial, junto con la *insistencia* en la ejecución del contrato, y v) **el restablecimiento del equilibrio económico para orientar soluciones oportunas a circunstancias que de otra manera podrían derivar en costosos procesos judiciales**, es una idea que reproduce la retórica del reparto de riquezas y pasa por alto el modelo de reparto de riesgos propio de la modernidad reflexiva<sup>93</sup>.

Afirmamos en consecuencia, que la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, ofrece en su conjunto una imagen que retrata la absoluta presencia de las categorías de la modernidad industrial<sup>94</sup> en la visión del mundo que tiene el legislador. Perspectiva que subyace en las derivaciones semánticas del artículo 27, y que desemboca en el culto total a una *Razón Salvaje* condenada de antemano.

---

<sup>93</sup> Ver definición del concepto, infra., página 19.

<sup>94</sup> Ver definición del concepto, infra., página 19.

Ahora bien, y al margen de la reflexión anterior, la conservación del equilibrio entre derechos y obligaciones del contrato, y “la conservación aritmética de las condiciones contractuales iniciales” (Camacho, Manual de Contratación de la Administración Pública, 2017, pág. 319) que se tuvieron en cuenta para la ejecución del negocio jurídico (Dávila, 2016, pág. 698), son ideas estructuradas e incorporadas en el estatuto general de la contratación pública, a partir de una larga reflexión que se suscitó en la cultura jurídica de occidente alrededor de las teorías del Hecho del Príncipe y de la Imprevisión.

#### **2.2.1.1.2.2 Teorías del Hecho del Príncipe y de la Imprevisión**

El artículo 1602 del código civil colombiano establece “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sin por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico los contratos entrañan una fuerza obligatoria, en virtud de la cual los derechos y obligaciones correlativas creadas a través del vínculo negocial, deben ser cumplidas como si ellas emanaran de una *ley*, es decir, de una norma “heterónoma en su imperio, toda vez que el poder contractual establece normas obligatorias, de modo que su cumplimiento, o su sanción no depende de la voluntad posterior de los contratantes, sino del régimen jurídico establecido por el contrato” (Concha, 2019, pág. 469).

En este sentido, el contrato estatal al igual que los contratos de derecho privado, se encuentra soportado en las *reglas* que las partes se imponen a ellas mismas y que son fruto del consentimiento negocial. Bajo este supuesto, un deudor solo podría impedir la declaratoria de responsabilidad (en la etapa de la imputación) por el incumplimiento de una obligación contractual, si se cumplieran los presupuestos de alguna de las causales de exoneración (fuerza mayor – caso fortuito, hecho del tercero, y/o hecho exclusivo de la víctima).

Empero, tal como indica (Zárate, 2012) hay otro tipo de situaciones que si bien no impiden la ejecución del objeto contractual, si tienen la capacidad de alterar las condiciones de ejecución del contrato, de tal forma que el cumplimiento de las obligaciones en los términos inicialmente pactados, podría resultar excesivamente oneroso para los sujetos de relaciones jurídicas. De esta forma, en los contratos *conmutativos*<sup>95</sup>, se ha aceptado la posibilidad de restablecer el equilibrio económico perturbado e incluso indemnizar perjuicios, –entre otras- a través de las teorías del Hecho del Príncipe y de la Imprevisión.

Siguiendo este orden de ideas, **la Teoría del Hecho del Príncipe** (théorie des faits du prince) que tiene su origen en el derecho francés y la cual ha padecido de un alto grado de ambigüedad (Marienhoff, 1998; Dávila, 2016), hace referencia a una actuación general y abstracta que el Estado<sup>96</sup> realizada por fuera del vínculo negocial conmutativo, y que siendo imprevisible al momento de ofertar y suscribir un negocio jurídico, sobreviene durante la ejecución del contrato, haciendo excesivamente oneroso el cumplimiento de las obligaciones, y generando el derecho a que se restablezca la ecuación económica alterada y a que se indemnicen los perjuicios causados.

Vale la pena precisar que en nuestro *contexto*, el Consejo de Estado (sentencia del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, , del 30 de enero de 2013, expediente 24020) ha establecido que el Hecho del Príncipe solo puede ser resultado de la actuación de la misma entidad que celebró el contrato, empero algunos doctrinantes han reconocido que el Estatuto General de la Contratación Pública, admite: i) que el Hecho del Príncipe proviene de la misma entidad que celebró el contrato, en virtud del numeral 9 del artículo 4 de la

---

<sup>95</sup> ver Setencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, del 24 de octubre de 1996 y concepto 1011 del Consejo de Estado, sala de consulta, del 14 de agosto de 1997, en donde se afirma que el restablecimiento del equilibrio económico no procede para contratos de ejecución instantánea ni en contratos aleatorios haciendo eco del artículo 868 de Código de Comercio.

<sup>96</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

Ley 80 de 1993, y ii) que el Hecho del Príncipe emana de cualquier entidad, que con una actuación suya, haya afectado la ecuación económica de un contrato estatal, a la luz del artículo 27 y del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993.

Al respecto (Camacho, Manual de Contratación de la Administración Pública, 2017, pág. 319), citando a (Benavides, 2002), indica:

“Como sostiene Benavides, una de las causas de modificación de la ecuación contractual es el “Hecho del Príncipe”; en el texto de la Ley 80 quedaron identificados, por un lado, **los actos imputables a la entidad contratante**, y por otro, aquellos proferidos **por otras entidades públicas**”. (Negrilla fuera de texto)

De igual manera, el autor (Camacho, manual de contratación de la administración pública, 2017) explica que ante la expedición de un acto general y abstracto, proferido por una entidad pública diferente a la que suscribió el negocio jurídico, y capaz de alterar el equilibrio económico de un contrato, es posible reparar al contratista afectado pero únicamente a través de un proceso de responsabilidad civil extracontractual (aplicando la Teoría de la Imprevisión); en tanto que al tratarse del Hecho del Príncipe derivado de la misma entidad que suscribió el contrato, se podría reparar al particular afectado por medio de una acción contractual ante la jurisdicción contencioso administrativa (aplicando en estricto sentido la Teoría del Hecho del Príncipe).

Ahora bien, la **Teoría de la Imprevisión**, cuyas categorías iniciales pueden ser rastreadas hasta el derecho romano, el cual en los párrafo del Digesto y de las instituciones de Justiniano, consagró que el principio de *pacta sunt servanda*, admitía una excepción en la formula *contractus qui habent tractum succesivum et dependiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* (Jimenez, 2009), ciertamente tiene su origen más próximo en el derecho galo, a raíz del pronunciamiento del 30 de

marzo de 1916, del Consejo de Estado francés, en el famoso caso de la *Compagnie du Gaz de Bordeaux*, expediente N° 599928.

En este pronunciamiento jurisprudencial, el Consejo de Estado francés, resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de la Prefectura de La Gironde, el cual rechazó la demanda presentada por una compañía de gas contra la Municipalidad de Bordeaux. En dicho libelo el demandante solicitó que se anulara el decreto del 30 de julio de 1915, a través del cual la entidad demanda se negó a autorizar (en el marco de la ejecución de un contrato) el incremento de la tarifa del gas y a indemnizar perjuicios, a pesar de que los costos inicialmente pactados en el vínculo comercial, se habían incrementado por la escases de carbón (derivada de los efectos de *Gran Guerra*). Al respecto, el comisario gubernamental Chardenet, citado por (Mazeaud & Mazeud, 1959, pág. 425), señaló:

“si es erróneo que la compañía pretenda no estar obligada a soportar ningún aumento del precio del carbón por encima de los 28 francos la tonelada, por haber sido esa cifra, según ella, considerada correspondiente al precio máximo del gas previsto en el mercado, sería por completo excesivo admitir que ha lugar a la aplicación pura y simple del pliego de condiciones como si este estuviera en presencia de una eventualidad ordinaria de la empresa; que importa buscar, por el contrario, para poner fin a las dificultades temporales, una solución que tenga en cuenta a la vez el interés general, que exige la continuación del servicio por la compañía con la ayuda de todos sus medios de producción, y de las condiciones especiales que no permiten que el contrato reciba su aplicación normal”.

Por otro lado, independientemente que los fallos jurisprudenciales que dieron vigencia a la Teoría de la Imprevisión a principios del siglo XX (Marienhoff, 1998), se fundamentan en la

equidad y en el principio de igualdad ante las cargas públicas (Péquignot, 1953), en nuestro Estatuto General de la Contratación Pública, podemos decir que los efectos de la figura (Teoría de la Imprevisión) no se derivan del principio de la solidaridad, si no que se trata de un verdadero derecho que tiene las partes del negocio jurídico (Camacho, Manual de Contratación de la Administración Pública, 2017), en virtud del artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

Teniendo en cuenta esto, podemos decir que la Teoría de la Imprevisión en nuestro contexto, designa un acontecimiento excepcional, ajeno a la voluntad de las partes y externo al vínculo negocial conmutativo, que siendo imprevisible al momento de ofertar y suscribir un negocio jurídico, sobreviene durante la ejecución del contrato, haciendo excesivamente onerosa la ejecución de su objeto, y generando el derecho a que se restablezca la ecuación económica alterada y a que se indemnicen perjuicios.

En resumen podemos decir, que tanto la Teoría del Hecho del Príncipe, como la Teoría de la Imprevisión, se asemejan ya que ambas pretenden que la ejecución de los negocios jurídicos se realice en una armonía perfecta entre las variables de su ecuación económica, pero se diferencian toda vez que la primera supone la actuación del Estado<sup>97</sup>, mientras que la segunda es producto de una situación ajena a la voluntad de las partes.

De esta forma, el Consejo de Estado, en Sentencia del 6 de febrero del 2020, radicado N°25000-23-26-000-2012-00225-01(63123), señaló:

“(…) Dicha equivalencia puede verse afectada ya fuere por factores externos a las partes cuya ocurrencia se enmarca dentro de la Teoría de la Imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la

---

<sup>97</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como “Hecho del Príncipe”(..).”

Finalmente, del análisis de las teorías del Hecho del Príncipe y de la Imprevisión, podemos efectuar las siguientes afirmaciones, en el marco de nuestra investigación: i) ambas teorías fueron concebidas en el continente europeo en la primera mitad del siglo XX, es decir, en coordenadas espacio temporales que corresponden a la modernidad industrial<sup>98</sup>, ii) ambas teorías ilustran lo vulnerable que es el contenido obligacional frente a circunstancias externas, y desde sus orígenes se han visto en la obligación de crear un *orden*, en virtud del cual los negocios jurídicos se ejecuten sin asumir costos excesivamente onerosos, iii) ambas teorías son medios para garantizar el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos, radicalizando el enfoque *moderno* de distribución de riquezas y *normalizando* el carácter *funcional* de la *rentabilidad de inversiones* en el estatuto general de la contratación pública, iv) ambas teorías reaccionan a las circunstancias *imprevisibles* que pueden alterar el equilibrio económico de un contrato, por lo cual, en su propia clasificación de *imprevisibles*, estas circunstancias comparten las propiedades del *riesgo*, y en el contexto de la *modernidad reflexiva*<sup>99</sup>, pueden ser subsumidas en éste último concepto, y v) ambas teorías son una gran llamada hacia la contradicción permanente ya que el concepto de *equilibrio económico*, se debe interpretar actualmente en un contexto de *total desequilibrio* entre el poder de definición de las partes del contrato estatal, y el hundimiento de los significados que ofrecían certeza.

### **2.2.1.1.2.3 Interpretación judicial**

En esta etapa del análisis, nos referiremos a sentencias promulgadas antes y con posterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007, evitando mencionar las teorías del Hecho del Príncipe y

---

<sup>98</sup> Ver definición del concepto, infra., página 19.

<sup>99</sup> Ver definición del concepto, infra., página 19.



de la Imprevisión, en la medida que en el numeral anterior fueron abordadas incorporando la *interpretación judicial*<sup>100</sup> correspondiente. Esto lo haremos para obtener los elementos relevantes del proceso interpretativo judicial (que nos servirán para extraer las normas jurídicas que subyacen a la disposición normativa<sup>101</sup>), y para describir la forma en la cual los elementos del artículo 27 de la Ley 80 de 2007, son en efecto los antecedentes más cercanos del concepto riesgo (en la perspectiva técnica limitada del Estatuto General de la Contratación Pública exceptuando la Ley 1508 de 2012).

Así el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, en sentencia del 21 de junio de 1999, expediente N° 14943, expresó:

“Cuando se rompe el equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, a pesar de que el particular debe asumir el **riesgo normal** y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante que lo prive de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones convenidas. El fundamento jurídico del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, se encuentra en el papel que, mediante la contratación administrativa cumple el contratista, que se constituye en un colaborador activo de la administración para el logro de los fines estatales; y además porque no sería justo ni equitativo privarle al particular que contrato con el Estado, del derecho a obtener la satisfacción de sus aspiraciones contractuales dentro de lo razonable y legal. El particular no debe ser sacrificado en aras de una finalidad estatal, porque la atención fe la misma corresponde de conformidad con

---

<sup>100</sup> Ver definición del concepto, supra., página 36

<sup>101</sup> Ver definición del concepto, supra., página 36

lo establecido por las normas superiores, a la administración”. (Negrilla fuera de texto)

Vemos como en esta oportunidad, el Consejo de Estado destacó que la conservación del equilibrio económico del contrato, además de constituirse como un verdadero derecho, **podía ser alterado por riesgos asumidos o no por las partes**, haciendo evidente que antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, el intérprete judicial ya estaba familiarizado reflexivamente con el concepto de riesgo (aunque con un significado de baja intensidad). Así mismo, esta alta corporación, fundamentó el derecho al restablecimiento del equilibrio económico en la ideas de justicia y equidad, lo cual es celebramos ya que la conservación de la equivalencia entre las prestaciones de un contrato no puede estar limitado por la camisa de fuerza del vínculo negocial, principalmente cuando los factores que pueden alterar la armonía de derechos y obligaciones son producto de riesgos globales<sup>102</sup>.

Posteriormente, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, en sentencia del 31 de agosto de 2011, expediente N° 04390, reiteró que la conservación del equilibrio financiero del contrato, era un verdadero *derecho* que tenían los sujetos de relaciones jurídicas del vínculo negocial, y precisó que tal derecho era un “principio fundamental del contrato”, el cual, en caso de ser alterado, generaba a las partes la obligación de adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en responsabilidad contractual. Además, y de forma muy llamativa para nuestra investigación, el Consejo de Estado estableció que la alteración de la ecuación contractual, no solo podía ser *alterada* por los riesgos del contrato (como

---

<sup>102</sup> Lamentablemente actualmente el Consejo de Estado (ver sentencia del 23 de marzo de 2017 expediente N° 51526), indica que si el riesgo acontece en el marco de lo establecido previamente por las partes en la respectiva matriz de riesgos, no habrá lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato, idea que contradice la presencia de riesgos globales, los cuales tienen la capacidad de alterar de forma imprevisible el equilibrio entre derechos y obligaciones. Este tipo de riesgos puede afectar el escenario proyectado por los sujetos del vínculo negocial, al punto que sea necesario hacer revisiones posteriores a la luz de la equidad.

vimos en la sentencia N° 14943), sino que la ecuación económica, desde una perspectiva ontológica, era en realidad un conjunto de **riesgos** y beneficios en estado de equilibrio.

“Las partes al celebrar un contrato estatal, estiman beneficios y asumen **determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera**, la cual debe mantenerse durante su cumplimiento” (Negrilla fuera de texto).

Vemos de esta manera, como el Consejo de Estado dio un paso más allá en el proceso *reflexivo* del *riesgo* en el estatuto general de la contratación pública, al dejar claro que la ecuación financiera del contrato estaba constituida por beneficios y **riesgos** estimados por las partes. Esta idea, transmite la fuerza creadora del *riesgo*, sin embargo, el juez colegiado no interpretó el concepto en su verdadera magnitud y lo circunscribió a una relación de identidad con la ecuación contractual (sin ir más allá en la utilidad del concepto en tanto *ente a la mano*).

Adicionalmente el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, en sentencia del 8 de junio de 2018, expediente N° 01988, reiteró que no cualquier eventualidad generaba la necesidad de restablecer el equilibrio del negocio jurídico, sino solo aquellas circunstancias que incidían “de manera cierta, evidente, clara y material en las estructuras económica y financieras del negocio en los términos propuestos y pactados”. Así mismo, estableció que tal diagnóstico debía ser el fruto del análisis comparativo entre el diseño económico inicial y la situación económica en que quedó el contrato (luego de acaecer el hecho o acto desequilibrante).

A la luz de la jurisprudencia mencionada, vemos como el Consejo de Estado, a pesar de los avances *reflexivos* en la comprensión del riesgo, nos conduce con su interpretación al laberinto de la *razón*, al proponer el reto imposible de hacer *análisis comparativos* en la escala más alta de los

riesgos globales<sup>103</sup> (los cuales pueden subyacer en cualquier contrato estatal). La confirmación o refutación de este tipo de hipótesis (rompimiento o no rompimiento del equilibrio económico), por esencia no es proceso “evidente, claro y material” en nuestro *contexto*, ya que así como es imposible medir el cielo con la envergadura de un ala, un *enunciado* no puede ser confirmado o refutado con información parcial sobre los efectos secundarios que nos rodean.

Finalmente, y siguiendo esta línea argumental (propia de la *modernidad industrial*<sup>104</sup>), el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, en sentencia del 2 de marzo de 2020, expediente N° 41376, dijo:

“Todo contrato sinalagmático está **precedido del análisis del contexto** donde se deberán cumplir las obligaciones. Antes de la firma, las partes examinan lo que pueda incidir en la ejecución, como los precios de mercado de los elementos necesarios para el desarrollo del contrato; el contexto normativo que rodea el contrato –disposiciones tributarias, aduaneras, laborales, así como licencias o permisos–; las condiciones de tiempo, modo y lugar en que deban ejecutarse las prestaciones y, en general, los riesgos que razonablemente puedan preverse. Con fundamento en ese análisis, las partes definen el equilibrio entre las prestaciones, ya que cada una asume una carga equivalente a la de su contraparte, por lo que si esa igualdad se desdibuja durante la ejecución es preciso restablecer la ecuación económica del contrato.”

Teniendo en cuenta lo anterior, distinguimos que el intérprete dejó de emplear el concepto *riesgo* en su relación de identidad con el equilibrio económico del contrato, para usar en su lugar la idea de *contexto* como el elemento relevante en la ecuación financiera del negocio jurídico.

---

<sup>103</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 19.

<sup>104</sup> Ver definición del concepto, *infra.*, página 19.

Ahora bien, esta postura genera mayor desconcierto, ya que si en el análisis de la sentencia anterior (en la escala más alta de los peligros), afirmamos que era imposible producir conocimiento válido sobre efectos secundarios (con información parcial), en este caso, resulta igual de inviable el establecimiento de un balance perfecto entre derechos y obligaciones, a partir de la *observación* de un “contexto”, que se redefine permanentemente en relación al proceso de la modernización reflexiva.

#### **2.2.1.1.2.4 Determinación de significado del artículo 27 de la Ley 80 de 1993**

Teniendo en cuenta el orden metodológico previamente establecido, y los elementos aportados en la interpretación auténtica<sup>105</sup> y judicial, así como en el análisis de las teorías del Hecho del Príncipe y de la Imprevisión, podemos describir al artículo 27 de la Ley 80 de 1993, en tanto disposición normativa<sup>106</sup>, de la siguiente manera: *“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”*; mientras que la determinación de significado de dicha expresión lingüística comprende las siguientes normas jurídicas:

---

<sup>105</sup> Ver definición del concepto, supra., página 36

<sup>106</sup> Ver definición del concepto, supra., página 36

**Norma jurídica N° 1:** En los contratos estatales *conmutativos* las partes tienen la *obligación* de conservar la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar.

**Norma jurídica N° 2:** En los contratos estatales conmutativos las partes tienen la *obligación* de indemnizar perjuicios y restablecer las condiciones económicas y financieras de contrato en el menor tiempo posible, cuando la equivalencia entre derechos y obligaciones sea alterada por **riesgos** (actos o hechos) imprevisibles al momento de ofertar y suscribir el negocio jurídico, y que sobrevienen durante la ejecución del contrato, haciendo excesivamente onerosa la realización de su objeto, siempre y cuando la parte afectada no se encuentre en mora de cumplir lo pactado.

**Norma jurídica N°3:** En los contratos conmutativos que reúnan las condiciones para restablecer el equilibrio entre derechos y obligaciones alteradas, las partes tienen la obligación de suscribir en el menor tiempo posible, los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y formas de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

Como hemos visto, estas *normas jurídicas* incorporan los elementos lingüísticos más importantes del proceso interpretativo del legislador y del juez, así como los aspectos fundamentales de las teorías en que se ha soportado la conservación de la ecuación contractual. Tal es así, que en relación a la **autoridad que expidió la disposición normativa**<sup>107</sup>, destacamos:

i) el carácter de *derecho* que tiene la conservación y el restablecimiento de la ecuación contractual,

---

<sup>107</sup> Ver definición del concepto, supra., página 36.

ii) la protección normativa de las utilidades esperadas por los particulares, iii) la necesidad de efectuar “en el menor tiempo posible” los acuerdos necesarios para que las partes directamente restablezcan el equilibrio económico perturbado; del **intérprete judicial** obtuvimos: i) la idea que la ecuación económica del contrato está compuesta por “beneficios” y “riesgos” en equilibrio, y que el rompimiento de la ecuación contractual, es fruto un desbalance de “**riesgos**” distribuidos en el vínculo negocial (incluso antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007), y ii) la circunscripción del restablecimiento de equilibrio económico a contratos bilaterales y a los sujetos de relaciones jurídicas que no se encontraban en mora de cumplir lo debido; y por último, de la **descripción de las teorías del Hecho del Príncipe y de la Imprevisión**, establecimos: i) que el fundamento conceptual de la disposición normativa<sup>108</sup> introducida en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, fue concebido antes de iniciar el periodo de la modernidad reflexiva<sup>109</sup>, ii) los fundamentos necesarios para definir y distinguir ambas teorías, y iii) la procedencia restrictiva de la Teoría del Hecho del Príncipe, a actos o hechos emanados de la misma entidad que suscribió el contrato (idea que solo sería válida en un Estado<sup>110</sup> con funciones claramente delimitadas, y dado que el Estado<sup>111</sup> y sus entidades actualmente padecen idéntica indeterminación funcional, no tiene sentido realizar tal distinción).

Finalmente, y una vez obtenidas las normas jurídicas que subyacen en los artículo 3 y 27 de la Ley 80 de 1993, contamos con los ingredientes necesarios para responder los interrogantes que han guiado nuestra reflexión sobre los antecedentes normativos del concepto riesgo en el estatuto general de la contratación pública, los cuales son: i) ¿Los artículo 3 y 17 de la Ley 80 de 1993 son antecedentes normativos del concepto *riesgo* en el estatuto general de la contratación pública?, y

---

<sup>108</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 36

<sup>109</sup> Ver definición del concepto, *infra.*, página 19.

<sup>110</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

<sup>111</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 13 y ss.

ii) ¿Los antecedentes normativos relevantes del riesgo en el estatuto general de la contratación pública son expresión de las categorías de modernidad industrial<sup>112</sup>, o por el contrario, son el resultado de los presupuestos de la modernidad reflexiva<sup>113</sup>?

### 2.2.1.2 Conclusión sobre los antecedentes normativos del concepto riesgo

Tanto el artículo 3 como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, desde una perspectiva evolutiva desarrollan en conjunto las categorías conceptuales más próximas del concepto *riesgo* en el estatuto general de la contratación pública, esto es así ya que las normas jurídicas que hemos extraído, se encuentran sobredeterminadas en su interpretación<sup>114</sup> por la necesidad común de suprimir la incertidumbre y controlar los efectos secundarios no previstos. Tanto la configuración de los fines de la contratación pública, como la conservación del equilibrio entre derechos y obligaciones del contrato estatal, son construcciones normativas que sirven de barrera a los supuestos de hecho que puedan perturbar el núcleo esencial de su significado.

En este sentido, el Consejo de Estado antes de la promulgación de la Ley 1150 de 2007 (como señalamos en su oportunidad), ya había establecido relaciones de identidad entre los riesgos y el concepto de equilibrio económico de los contratos; también el legislador ya habla de la necesidad de poner a salvo a las partes de las “circunstancias ajenas” del contrato; y ya ambos preparaban el terreno para construir una fórmula desesperada de orden con el fin de *tipificar*<sup>115</sup>, *estimar*<sup>116</sup>, y *asignar*<sup>117</sup> los riesgos que subyacen al contrato estatal. En una última contradicción, el estatuto general de la contratación pública ha obtenido de la sinrazón un método para construir la pendiente de su propia caída (tal como veremos en el siguiente numeral y salvo por la Ley 1508 de 2012).

---

<sup>112</sup> Ver definición del concepto, infra., página 19.

<sup>113</sup> Ver definición del concepto, infra., página 19.

<sup>114</sup> Ver definición del concepto, supra., página 36.

<sup>115</sup> Ver definición del concepto, supra., página 22 y ss.

<sup>116</sup> Ver definición del concepto, supra., página 25 y ss.

<sup>117</sup> Ver definición del concepto, supra., página 29 y ss.



Ahora bien, aunque los artículo 3 y 27 de la Ley 80 de 1993, tienen el mérito de ser *reflexivamente* la forma primitiva del concepto riesgo (como método de tipificación<sup>118</sup>, estimación<sup>119</sup> y asignación<sup>120</sup>), no albergamos la menor duda que las normas jurídicas obtenidas canalizan la luz agonizante que aún proyecta esa estrella de la modernidad industrial, la cual a pesar de haber extraviado su fuego en el frenesí que nos condujo a una sociedad de **riesgos globales**<sup>121</sup>, todavía es observable en nuestro abigarrado firmamento jurídico.

Por tanto, expresiones como “utilidad económica”, “fines del Estado”, “conservación del equilibrio económico”, “desarrollo”, “previsibilidad”, y “círculo autoconfirmador del vínculo negocial”, son reflejo de la utilidad más liberticida del concepto riesgo en tanto *ente a la mano*, y nos confirman la devoción de estos antecedentes normativos a las categorías del desarrollo y la distribución de riquezas.

Finalmente, podemos concluir que los artículos 3 y 27 de la Ley 80 de 1993, son antecedentes del concepto riesgo tal como ha sido incorporado en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 1150 de 2007, e indudablemente se puede declarar que son expresión de las categorías de propias de la modernidad industrial<sup>122</sup>.

### 2.2.2 Estructura normativa vigente

Teniendo claros los antecedentes normativos del concepto riesgo<sup>123</sup>, en el presente numeral abordaremos el análisis de las Leyes 1150 de 2007 y 1508 de 2012, a partir de una interpretación auténtica y judicial<sup>124</sup>, con el fin de establecer si las normas jurídicas que subyacen a dichas

---

<sup>118</sup> Ver definición del concepto, supra., página 22 y ss.

<sup>119</sup> Ver definición del concepto, supra., página 25 y ss.

<sup>120</sup> Ver definición del concepto, supra., página 29 y ss.

<sup>121</sup> Ver definición del concepto, supra., página 19.

<sup>122</sup> Ver definición del concepto, supra., página 19.

<sup>123</sup> Ver definición del concepto, supra., página 19.

<sup>124</sup> Ver definición del concepto, supra., página 36.

disposiciones<sup>125</sup>, son expresión de las categorías de la modernidad industrial<sup>126</sup> o en su defecto de la modernidad reflexiva<sup>127</sup>.

### 2.2.1.1 Ley 1150 de 2007

En relación a la Ley 1150 de 2007 el material jurídico relevante<sup>128</sup> de nuestro análisis será el artículo 4 en su integridad<sup>129</sup>, el cual establece, en tanto disposición normativa<sup>130</sup>, lo siguiente:

“Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”.

Al respecto, y en el marco de la interpretación auténtica<sup>131</sup>, el legislador en la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007, estableció que:

“En cuanto constituye el principal instrumento de ejecución del gasto público, la contratación pública aparece como un asunto esencial para el correcto devenir de

---

<sup>125</sup> Ver definición del concepto, supra., página 36.

<sup>126</sup> Ver definición del concepto, supra., página 19.

<sup>127</sup> Ver definición del concepto, supra., página 19.

<sup>128</sup> Ver definición del concepto, supra., página 36.

<sup>129</sup> Es necesario precisar que en esta etapa del análisis, no profundizaremos en el alcance de los conceptos “estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles”, ya que en los numerales 2.2.1.1; 2.2.1.2; y 2.2.1.3, definimos los conceptos de la siguiente manera. i) **Tipificación del riesgo**: concepto que designa la relación de identidad entre las actividades del contrato y los daños que se pueden producir por la exposición a los peligros que subyacen en su objeto y obligaciones, ii) **Estimación del riesgo**: juicio de valor al que son sometidos los riesgos previsibles previamente tipificados, y a través del cual se establece el umbral de peligro-daño, la magnitud, el momento de aparición del daño, y el tiempo disponible para ejecutar medidas de contención y/o medidas de reacción, y iii) **Asignación del riesgo**: señala el contexto de la parte contractual, en el cual, de producirse un daño como resultado de la exposición a los peligros que subyacen en las actividades del contrato, dicho daño podrá ser afrontado de la mejor manera, y en consecuencia corresponderá a la parte contractual que tiene dominio sobre dicho contexto superar y financiar los efectos de la ocurrencia de una eventualidad.

<sup>130</sup> Ver definición del concepto, supra., página 36.

<sup>131</sup> Ver definición del concepto, supra., página 36.

la administración pública y, por ende, para la **satisfacción de los cometidos estatales**. Adicionalmente, por el tamaño de la misma, es sin duda también la contratación pública un instrumento de singular valía dentro del entorno de la **materialización de los objetivos socio-económicos de la administración.**”

(Negrilla fuera de texto)

Así mismo, al referirse concretamente al artículo 4, indicó:

“Por su parte, en el artículo 4º se erige como regla general para la adecuada marcha de los contratos la repartición de los riesgos en él incluidos, para lo cual se asigna a las entidades la obligación de incluir en los pliegos de condiciones o términos de referencia, la estimación y tipificación de los riesgos previsibles involucrados en su desarrollo y la asignación de los mismos en cabeza de la entidad y del contratista y para el caso de los procesos de licitación pública, la determinación de una etapa dentro del procedimiento de selección en la que dicha asignación pueda ser revisada y ajustada con los oferentes.”

En este sentido, observamos que el legislador dando continuidad a los motivos que impulsaron la promulgación de la Ley 80 de 1993, pretendió que la expedición de la Ley 1150 de 2007, contribuyera a la “satisfacción de los cometidos estatales”, y a la “materialización de los objetivos socio-económicos de la administración”. Es decir, a la prolongación de las categorías de la Modernidad Industrial<sup>132</sup>, ya que el cumplimiento de estos fines se conecta directamente a la idea de desarrollo, en la medida que tales objetivos económicos requieren para su materialización, un contexto que estimule el reparto de riquezas y acepte pacíficamente la definición y las funciones del Estado.

---

<sup>132</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 19

De igual forma, al hacer mención al artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, el legislador señaló que la tipificación, estimación y asignación de riesgos, era una regla general para la adecuada “marcha de los contratos”, con lo cual podemos colegir que su intención era: i) que los riesgos relevantes y previsibles que pudieran afectar el equilibrio económico de los contratos fueran incorporados en los documentos del proceso<sup>133</sup>, ii) que la tipificación, estimación, y asignación de riesgos previsibles, fuera una herramienta para la “adecuada” gestión de los contratos estatales, perdiendo de vista la dimensión real del concepto *riesgo* en el contexto de la modernidad reflexiva, y relegándolo a definiciones técnicas, y iii) que los riesgos previsibles identificados por las partes del contrato fueran asignados por esos mismo sujetos con la información parcial que ofrece el contexto autoconfirmador del vínculo negocial.

Por otro lado, y en el marco del análisis de la interpretación judicial<sup>134</sup>, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, en sentencia del 9 de septiembre de 2015, expediente N° 45088, indicó:

“(..) a la luz de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el deber legal de elaborar, identificar, tipificar y asignar los riesgos con precisión, como todos los demás que se encuentran en cabeza de la Administración Pública, debe ejercerse con estricta sujeción y apego a los principios y reglas que orientan la actividad contractual del Estado. De ahí que en modo alguno resultará ajustado al orden jurídico que por cuenta del deber de su distribución, se traslade al contratista la carga de asumir cualquier tipo de riesgo, sin importar su magnitud, ni

---

<sup>133</sup> Es necesario aclarar que los riesgos previsibles deben incorporarse en los documentos del proceso, en las diferentes modalidades de contratación, es decir, licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, mínima cuantía, y contratación directa. Sin embargo, cabe la posibilidad que las partes justifique en los documentos del proceso que no existen riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato, lo cual choca abiertamente con la idea de riesgos permanente presentes, en el contexto de la modernidad reflexiva.

<sup>134</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 36.

limitar sus alcances, pues una exigencia de tal índole resultaría a todas luces inequitativo y abandonaría por completo el criterio de justicia que debe permear el pliego de condiciones.”

Además, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, en sentencia del 23 de noviembre de 2016, expediente N° 52161, precisó:

“A la luz de la reforma normativa introducida al Estatuto de Contratación Estatal por cuenta de la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, aunque fue expedida con posterioridad a la apertura del procedimiento de selección que tuvo como resultado la celebración del presente contrato conviene traerse a colocación por resultar de interés, se prevé que durante la etapa precontractual debe diseñarse la respectiva matriz de riesgos que habrá de regir la vida del contrato y, en mérito de ello, le asiste a la entidad el deber de elaborar con precisión la identificación, tipificación y asignación de riesgos, deber que en todo corresponde ejercerse con estricta sujeción a los principios y reglas que le sirven de apoyo”.

De igual manera, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, en sentencia del 23 de marzo de 2017, expediente N° 51526, estableció:

“En orden a articular lo plasmado respecto de la distribución de riesgos con la figura del equilibrio económico del contrato, imperioso resulta advertir que la fractura de la ecuación financiera puede tener cabida en el escenario de un contrato con matriz de riesgos, cuando la concreción de la causa generadora de la misma desborde los límites de la asunción de quien lo padece. Resulta que el desequilibrio económico del contrato comporta el desbalance de la carga prestacional en las condiciones pactadas al suscribir el negocio jurídico, de suerte tal que al concebir el riesgo

asumido como parte integral de esas condiciones convenidas de inicio por las partes, su concreción dentro del margen acordado y aceptado no habría de tener vocación para impactarlas negativamente. Por contera, si el riesgo que acontece se enmarca dentro de los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de su ocurrencia, bajo la comprensión de que el mismo ya fue cubierto por la respectiva matriz y corresponderá asumirlo a quien allí se haya dispuesto en la estimación acordada”.

El Consejo de Estado, en consecuencia, y en su calidad de intérprete del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, ha destacado que la identificación, tipificación, estimación y asignación de riesgos previsibles, es resultado de un proceso técnico que corresponde a las partes del contrato, en el cual: i) el Estado no puede trasladar al contratista cualquier tipo de riesgo, ii) la tipificación, estimación y asignación de riesgos se debe efectuar observando los criterios de equidad y justicia durante la etapa precontractual, y iii) las partes del contrato se encuentran obligadas por el contenido de la matriz de riesgos habida cuenta que si un riesgo se configura en los términos inicialmente previstos, no puede alterar el equilibrio entre derechos y obligaciones del negocio jurídico.

De esta forma vemos que las sentencias analizadas destacan la importancia de la autonomía de la voluntad en la tipificación, estimación, y asignación de riesgos, la cual solo podrá limitarse por razones de justicia y equidad, cuando el Estado asigne “cualquier tipo de riesgo” al particular que concurra al vínculo negocial. Sin embargo, esta postura que refleja las carencias del vínculo contractual y su necesaria corrección de cara a los postulados de la equidad, no fue tomada en cuenta a la hora de establecer el carácter vinculante de la matriz de riesgos<sup>135</sup> cuando los actos o

---

<sup>135</sup> De suyo es destacable que el Consejo de Estado se limita a establecer una permanente relación de identidad entre el proceso técnico de definición de riesgos y la elaboración de una matriz, perdiendo de vista que la denominada

circunstancias fácticas acontecieran “dentro de los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación”.

Esta interpretación genera múltiples dificultades, en la medida que cualquier definición elaborada en el estrecho círculo del ámbito contractual, con información parcial y descontextualizada de los riesgos globales imprevisibles, exige mecanismos consensuales que abran las puertas para que tales productos técnicos sean ajustados cuando se hubiera apreciado erradamente la realidad. Es decir, partiendo de la certeza de que cualquier definición puede ser una definición errada, y que ésta al mismo tiempo puede alterar la ecuación contractual, las partes del contrato y los intérpretes judiciales, deben actuar responsablemente y aceptar por anticipado que siempre se deberá corregir a la luz de la equidad, aquello falsamente apreciado, aunque ello implique romper la camisa de fuerza del principio *pacta sunt servanda*.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos decir que las normas jurídicas que subyacen al artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, son:

**Norma jurídica N°1:** los estudios y documentos previos, y pliego de condiciones, y el pliego, en las modalidades de licitación pública, selección abreviada, y concurso de méritos; el estudio previo y la invitación pública en la modalidad de mínima cuantía; y el estudio previo en la modalidad de contratación directa, deberán incluir la tipificación, estimación y asignación de riesgos previsibles que puedan alterar el equilibrio económico del contrato<sup>136</sup>.

**Norma jurídica N° 2:** los estudios y documentos previos, y el pliego de condiciones, en las modalidades de licitación pública, selección abreviada, y concurso de méritos; el estudio previo y

---

matriz de riesgos, es expresión de una de las tantas metodologías de evaluación de riesgos que podrían ser empleadas en un contrato estatal.

<sup>136</sup> Al respecto los artículos 2.2.1.1.2.1.1 y 2.2.1.1.2.1.2 del decreto 1082 de 2015, establecen que tanto los estudios y documentos previos, el proyecto de pliego de condiciones, y el pliego de condiciones definitivo deberán contener los riesgos asociados al contrato.

la invitación pública en la modalidad de mínima cuantía; y el estudio previo en la modalidad de contratación directa, deberán incluir la tipificación del riesgo previsible la cual consistirá en la identificación de la relación de identidad entre las actividades del contrato y los daños que se pueden producir por la exposición a los peligros que subyacen en su objeto y obligaciones.

**Norma jurídica N° 3:** los estudios y documentos previos, y el pliego de condiciones, en las modalidades de licitación pública, selección abreviada, y concurso de méritos; el estudio previo y la invitación pública en la modalidad de mínima cuantía; y el estudio previo en la modalidad de contratación directa, deberán incluir la estimación del riesgo previsible la cual consistirá en un juicio de valor al que serán sometidos los riesgos previamente tipificados, y a través del cual se establecerá el umbral de peligro-daño, la magnitud, el momento de aparición del daño, y el tiempo disponible para ejecutar medidas de contención y/o medidas de reacción.

**Norma jurídica N° 4:** los estudios y documentos previos, y el pliego de condiciones, en las modalidades de licitación pública, selección abreviada, y concurso de méritos; el estudio previo y la invitación pública en la modalidad de mínima cuantía; y el estudio previo en la modalidad de contratación directa, deberán incluir la asignación del riesgo previsible, con el fin de señalar el contexto de la parte contractual, en el cual, de producirse un daño como resultado de la exposición a los peligros que subyacen en las actividades del contrato, dicho daño podrá ser afrontado de la mejor manera.

**Norma jurídica N° 5:** en las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.



En conclusión las normas jurídicas obtenidas, en nuestro proceso interpretativo, ofrecen un significado de baja intensidad al concepto riesgo, al punto que relegándolo a un uso técnico, podría suceder que las partes justificaran en los documentos del proceso, la inexistencia de riesgos previsibles con capacidad de alterar el equilibrio económico del contrato, y optaran por no incluir ningún tipo de riesgo en la respectiva matriz<sup>137</sup>. Esta posible solución negacionista de la sociedad del riesgo, es resultado del significado atribuido por los intérpretes judicial y auténtico al concepto riesgo, y la manera en la cual seguía siendo concebido bajo coordenadas de la modernidad industrial.

Por tanto, las ideas de riesgo previsible, materialización de objetivos socioeconómicos de la administración, conservación del equilibrio económico de los contratos, y el poder vinculante de la autonomía de la voluntad<sup>138</sup>, son conceptos que buscan estimular la distribución de riquezas, ejerciendo control sobre fenómenos que superan el conocimiento de los sujetos del vínculo comercial, e incluso sobrepasan las capacidades de contención de los Estados- nación. Esto es una clara evidencia que la Ley 1150 de 2007, vanamente intentó contener en un vaso con fisuras el océano de los riesgos globales del proceso civilizatorio, y dio continuidad a la visión del mundo que subyace en las normas jurídicas de los artículos 3 y 27 de la Ley 80 de 1993.

### **2.2.1.2 Ley 1508 de 2012**

Para el análisis de la ley 1508 de 2012, por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas<sup>139</sup>, emplearemos la metodología que hemos usado hasta el

---

<sup>137</sup> Ver definición del concepto, *supra.*, página 25 y ss.

<sup>138</sup> Cuando los riesgos se hagan presentes en los términos establecidos por las partes en la matriz de riesgos, al margen que la desde la equidad sea razonable modificar dicho acuerdo de voluntades.

<sup>139</sup> En los términos establecidos por la Corte Constitucional en sentencia C-346 de 2017, esta ley “establece dos formas de asociación público privada: de iniciativa pública y de iniciativa privada. Las APP de iniciativa privada se diferencian de las de iniciativa pública, en tanto en las primeras los particulares estructuran el proyecto por su propia cuenta y riesgo, asumen la totalidad de los costos de la estructuración, y los presentan de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes. En las APP de iniciativa pública, la entidad que invita a participar cuenta con los estudios requeridos para la celebración del contrato”.

momento<sup>140</sup>, y seleccionaremos el artículo primero en su integridad, como material jurídico relevante, para nuestra investigación. En este sentido, el artículo primero de la Ley 1508 de 2012, en tanto disposición normativa, establece:

“Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”<sup>141</sup>.

Al respecto, el legislador<sup>142</sup> en la exposición de motivos publicada en la Gaceta del Congreso N° 823 del 2011, expresó:

“(…) La experiencia adquirida sobre vinculación del sector privado para el desarrollo de infraestructura pública es reconocida por el Gobierno Nacional como un gran avance, sin embargo se identifican algunos elementos clave que deben mejorarse con el fin de atraer inversionistas privados de largo plazo que se conviertan en socios del Estado. (...) La vinculación del sector privado permitirá mantener un elevado ritmo de desarrollo de infraestructura sin impactar la deuda pública; **ahorrar recursos públicos en un horizonte de largo plazo vía una eficiente transferencia de riesgos**; responder a las necesidades de las comunidades

---

<sup>140</sup> Recordemos que las normas jurídicas que obtenemos a través del proceso interpretativo (interpretación auténtica y judicial) en el presente capítulo, se extraen de sus disposiciones normativas, con fin de establecer su ubicación en relación a las coordenadas de la modernidad reflexiva y/o de la modernidad industrial.

<sup>141</sup> Sobre el contexto normativo de las Asociaciones Público Privadas se pueden consultar los artículos 2.2.2.1.1.1 y ss del Decreto 1082 de 2015, la Ley 1682 de 2013, y la Ley 1508 de 2012. Así mismo para proyectos de inversión privada que sean igual o estén por debajo de 6.000 smmlv se puede consultar el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 o en su defecto la Ley 105 de 1993.

<sup>142</sup> En el marco de la interpretación auténtica tal como hemos definido en *supra.*, página 36 y ss.

y de los distintos niveles de la administración pública, tanto del orden nacional como del orden departamental y municipal, en términos de financiamiento alternativo para la construcción, modernización, operación y mantenimiento de la infraestructura, así como de la prestación de servicios complementarios; contribuir con el desarrollo de mercado de capitales colombiano; y alcanzar una mayor dinámica en los procesos de innovación tanto en la construcción, como en la operación u mantenimiento de la infraestructura y sus servicios relacionados, generado bienestar económico y social a la población a través de una mejor y más amplia dotación de infraestructura pública y de los servicios públicos.” (Negrilla fuera de texto)

Es necesario precisar, que el texto del artículo primero en su versión final no es el mismo que fue incluido en la exposición de motivos que se citó textualmente, sin embargo es de gran importancia observar que la intención del legislador fue conectarse con los argumentos que impulsaron la promulgación de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007<sup>143</sup>, y promover el desarrollo de la infraestructura y los servicios públicos del país, atrayendo la vinculación del sector privado, a través de un “esquema de gestión de proyectos en el marco de las Asociaciones Público Privadas”.

Así mismo, observamos que tal aspiración, además de anhelar “un elevado ritmo de desarrollo”, ambicionaba una gestión eficiente de recursos públicos a través del esquema de asociaciones público privadas, en los cuales la transferencia de riesgos se realizara de acuerdo a la capacidad que tuvieran las partes del vínculo comercial para administrarlos. De esta forma en la exposición de motivos se indica: “bajo el nuevo enfoque de asociaciones público privadas se

---

<sup>143</sup> Ver *supra.*, página 36 y ss.

busca: (...) (2) optimizar la transferencia y distribución de riesgos de los proyectos, con base en una valoración rigurosa de estos y un cuidadoso análisis en términos de eficiencia en la asignación de los mismo”.

Finalmente, a la luz de una primera mirada, la intención que tuvo el legislador de “desarrollar la infraestructura y la servicios públicos” con la expedición de la Ley 1508 de 2012, bien podría encuadrarse en las coordenadas conceptuales de la *modernidad industrial*, sin embargo, al observar con mayor detenimiento es evidente que los motivos del legislador se quedan cortos frente al contenido del artículo primero de la Ley 1508 de 2012, ya que a través de esta disposición normativa, se inauguró una época en el Estatuto General de la Contratación Pública, en la cual es posible afirmar que **el riesgo es un elemento esencial de los contratos de concesión que se suscriban bajo el esquema de Asociaciones Público Privadas**<sup>144</sup>.

Ahora bien, en el marco de la interpretación judicial de la disposición normativa, la Corte Constitucional, en sentencia C-263 de 2016, manifestó: “**la finalidad de la ley que la contiene es la de incentivar el uso de las APP para efectos de distribuir mejor los riesgos** y dotar a las entidades de una mayor tecnificación en la estructuración de ciertos proyectos” (negrilla fuera de texto).

De igual manera, la Corte Constitucional en Sentencia C.-595 de 2014, estableció:

---

<sup>144</sup> Sobre este punto nos referiremos extensamente en el capítulo II de la presente investigación. Así mismo, el Consejo de Estado, en Setencia del 29 de enero de 2018, expediente N° 57421, en relación a los contratos de concesión, estableció: “Puede decirse, pues, que los principios, fundamentos y criterios inspiradores del modelo del contrato de concesión de obra pública son de la esencia de la figura de las “Asociaciones público privadas”, entendidas como la herramienta que permite desplegar en su máxima expresión el mandato constitucional de la libertad de empresa, de la iniciativa privada y del desarrollo de obras de infraestructura y de otras actividades a partir de la estructuración que plantea un determinado sujeto privado al Estado, que deberá bajo su discrecionalidad si se corresponde con las políticas centrales, sectoriales y con la procura de la satisfacción de las necesidades que en interés general espera la comunidad. Debe tenerse en cuenta que la concesión se reconoce como una de las expresiones de las “Asociaciones público privadas” (...)”.

“La Ley 1508 de 2012 instituye las asociaciones público privadas y las define como un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado. El negocio jurídico que se celebra se caracteriza porque tiene por objeto proveer bienes públicos y servicios relacionados, involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes, y prevé mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio del objeto del contrato (artículo 1º). (...) En este orden de ideas, el Legislador tuvo como finalidad contar con la financiación del sector privado para posibilitar el desarrollo de infraestructura por medio de una relación contractual que: (i) evitara que se generara un impacto a la deuda pública; (ii) transfiriera los riesgos de forma eficiente, y de ese modo posibilitara el ahorro de recursos públicos a largo plazo; (iii) respondiera a las necesidades de orden nacional y territorial, de contar con financiación alternativa para la construcción, modernización, operación y mantenimiento de la infraestructura, así como de la prestación de servicios complementarios; (iv) contribuyera al desarrollo del mercado de capitales colombiano; y (v) dinamizara los procesos de innovación, tanto en la construcción, como en la operación y mantenimiento de la infraestructura y sus servicios relacionados.”

Igualmente, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en Setencia del 29 de enero de 2018, expediente N° 57421, resaltó:

“Las Asociaciones público privadas (en adelante APP) se definen por el artículo 1º de la Ley 1508 de 2012 como el “instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o

jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”. De dicha definición legal se puede extraer sus elementos: (i) es una herramienta de vinculación del capital privado, por lo que se constituye en un modelo o esquema para; (ii) que tiene como pieza clave la celebración de un contrato entre el sujeto privado y el Estado; (iii) a partir de un proyecto encaminado a proveer bienes públicos y los servicios con este relacionados; (iv) **donde opera un claro fenómeno de transferencia de riesgos;** (iv) así como la retención en los mecanismos de pago; (v) ligados a que pueda disponerse de una infraestructura o servicio con la calidad ofrecida”. (Negrilla fuera de texto).

En consecuencia, el juez en su interpretación del artículo primero de la Ley 1508 de 2012, ha tenido dos posturas diferentes, según las cuales: i) hay una relación de identidad entre los fines de la Ley y la distribución de riesgos en los contratos derivados del esquema de asociaciones público privadas (tesis sostenida por la Corte Constitucional principalmente en la sentencia C-263 de 2016), y ii) la relevancia del concepto riesgo en tanto uno de los diversos elementos que sirven para definir el significado de las asociaciones público privadas en nuestro ordenamiento jurídico. Teniendo en cuenta lo anterior, estos criterios nos permiten observar un incremento en la intensidad del significado atribuido al concepto riesgo, ya que no solo se concibe como una herramienta técnica accesoria<sup>145</sup>, sino que se ubica en la centralidad del esquema de asociaciones público privadas, y por tanto, en los respectivos contratos de concesión vinculados a éstas.

---

<sup>145</sup> Tal como sistemáticamente sucedió en la interpretación de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. Así mismo, observamos que en el artículo 4 de la Ley 1508 de 2012, se le confiere al concepto riesgo un valor equivalente al de

Ahora bien, como consecuencia la interpretación auténtica y judicial del artículo primero de la Ley 1508 de 2012, podemos obtener la siguiente norma jurídica:

**Norma jurídica N°1:** Las Asociaciones Público Privadas son instrumentos de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato de concesión entre una entidad estatal y una persona jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra como elemento esencial del contrato la tipificación, estimación, y asignación de riesgos, entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura.

En relación a lo anterior, observamos que si bien la disposición normativa hace mención expresa a “la retención y transferencia de riesgos entre las partes”, es decir, a la asignación del riesgo, no es dable interpretar que solo éste nivel del análisis haga parte de los elementos relevantes del contrato, toda vez que cualquier sujeto de relaciones jurídicas que pretenda asignar riesgos, debe haber efectuado previamente la tipificación y estimación de los mismos. Por tanto, la consecución de los fines del legislador<sup>146</sup> y los argumentos del intérprete judicial, requieren para su efectiva consecución y validez, una actividad precontractual que abarque la tipificación, estimación y asignación de riesgos<sup>147</sup>.

Por otro lado, aunque la incorporación del concepto riesgo como elemento relevante y esencial en los contratos derivados de los esquemas de asociación público privadas, supone un acierto histórico en nuestro ordenamiento jurídico, de cara a la comprensión reflexiva del riesgo y a la armonización de nuestras instituciones jurídicas frente a los retos de la modernidad reflexiva,

---

insumo técnico en el marco de la tipificación, estimación y asignación de riesgos previsible, sin embargo, consideramos que tal interpretación complementa (no contradice) la perspectiva más amplia ofrecida en el artículo primero de la misma Ley.

<sup>146</sup> A pesar que disintimos de la fuerte influencia de las ideas de desarrollo y distribución de riquezas.

<sup>147</sup> De igual el artículo 2.2.2.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 indica que la entidad competente es la responsable de “la tipificación, estimación y asignación de los riesgos que se puedan generar en los proyectos de Asociación Público Privada”.

también es cierto que en el Estatuto General de la Contratación Pública, existe un déficit lingüístico sobre los elementos del concepto riesgo, el cual tiene su origen en las normas jurídicas que derivan de la Ley 80 de 1993 y de Ley 1150 de 2007. Dicho de otra manera, por fuera de los contornos de la Ley 1508 de 2012, los negocios jurídicos de derecho público, se aproximan al riesgo desde una perspectiva instrumental que no le permite al concepto evolucionar, hasta ser por lo menos, un elemento accesorio del contrato.

### **2.2.3 Tierra de nadie. Conclusión del capítulo primero.**

Thomas Mann, en su novela “La Montaña Mágica”, la cual es sin duda una de más las importantes obras literarias de la humanidad, nos transporta al final de su relato a la Primera Guerra Mundial, y en ella a la azarosa *tierra de nadie*<sup>148</sup>, ese “algún lugar” de contención de los ejércitos en el frente occidental.

En este territorio asolado por impactos de artillería, y vapores venenosos, el escritor alemán, hace una puesta en escena del desarrollo en el contexto de la modernidad industrial<sup>149</sup>, y nos deja ver que la razón, los Estados-nación, los ordenamientos jurídicos<sup>150</sup>, y las riquezas, que antes se revelan saludables y necesarios para construir el estado último de simpatía, ahora acumulaban en el rostro de millones de soldados caídos las tinieblas de la muerte, y extraviaban para estos, los pasos necesarios para retornar a sus hogares.

A este periodo oscuro, descrito en la obra literaria de referencia, hemos acudido para emplearlo como una metáfora para realizar la conclusión final del presente capítulo, ya que así como los individuos en la *tierra de nadie* estaban obligados a marchar bajo una lluvia mortal de efectos

---

<sup>148</sup> La tierra de nadie designa el territorio que en el marco de la Gran Guerra, se encontraba entre las líneas del frente de los ejércitos en contienda, y el cual no tenía presencia permanente de ningún bando, por el alto costo humano y material que suponía su ocupación como consecuencia del desarrollo de las nuevas armas de la artillería, las ametralladoras, alambre de espinos, rifles, aviones, y gas venenoso.

<sup>149</sup> Ver supra., página 36.

<sup>150</sup> Ver supra., página 13 y ss.



secundarios del proceso civilizatorio y tropezaban con peligros permanentemente presentes; similarmente, nuestro sistema normativo estimula la producción de objetos contractuales y obligaciones en la cuales subyacen riesgos que deben ser identificados, estimados, y asignados<sup>151</sup>, a pesar de que las fuerzas del proceso civilizatorio, hacen que las partes del contrato sean incapaces de predecir el conocimiento definitivo de los peligros que afrontan. Por tanto, la conservación del equilibrio económico de los contratos<sup>152</sup>, con información parcial producida en el círculo autoconfirmador del vínculo contractual, es una esperanza que nunca podrá empinarse lo suficiente para ver sobre las trincheras de los riesgos imprevisibles, el camino del equilibrio entre derechos y obligaciones.

Así es: el ordenamiento jurídico, y particularmente las Leyes 80 y 1150 de 2007<sup>153</sup>, son diseños normativos que encuadran perfectamente en los contornos de la modernidad industrial<sup>154</sup>, es decir, en una *tierra de nadie*, donde las partes del contrato avanzan empuñando sus “certezas” y oponiendo a los riesgos globales, el discurso de la nada. No cabe duda, es imposible enfrentar al ejército de efectos secundarios de la técnica y la ciencia, con los resultados de una metodología que se pensó por el legislador y ha sido interpretada por los jueces, sobre la base de un proyecto de modernidad fracasado.

Aunque en la actualidad es impensable un mundo sin riesgos globales<sup>155</sup>, así como hubiera sido imposible hacer florecer la *tierra de nadie*, cuando sobre ella ya no alentaba vida, ciertamente es indispensable que el estatuto general de la contratación pública, sea el resultado de una comprensión *reflexiva* de la sociedad del riesgo. Dentro de este horizonte conceptual, estaríamos

---

<sup>151</sup> Ver supra., página 22 y ss.

<sup>152</sup> Ver supra., página 46 y ss.

<sup>153</sup> Para profundizar en el contenido relevante para nuestra investigación de la Ley 80 de 1993, ver supra., página 33 y ss; y para profundizar en el contenido relevante para nuestra investigación de la Ley 1150 de 2007, ver supra., página 67 y ss.

<sup>154</sup> Ver definición del concepto supra., página 19.

<sup>155</sup> Ver definición del concepto supra., página 19.

en condiciones de diseñar metodologías que produjeran conocimiento multinivel, podríamos aprender a convivir con los riesgos en tanto última certeza, y sería posible diseñar un lenguaje contractual que nos permitiera comunicarnos en términos de distribución de riesgos y no de distribución de riquezas.

De esta forma, el nuevo contexto global exige que profundicemos en el desarrollo de disposiciones normativas que se asemejen a la Ley 1508 de 2012<sup>156</sup>, en lo que respecta al reconocimiento del *riesgo* como elemento esencial del contrato, ya que tal afirmación no es algo que deba ser exclusivo de los contratos de concesión derivados de dicha ley, por el contrario, es algo que necesariamente debe extenderse a todos los negocios jurídicos del Estado. Acaso en la Ley 1508 de 2012, estemos contemplando el momento que precede al ascenso definitivo de la modernidad reflexiva, en el nuestro ordenamiento jurídico contractual<sup>157</sup>.

Es por este motivo que, aquí y ahora, nuestra percepción crítica del ordenamiento jurídico vigente, y la irreversibilidad de los riesgos globales, no deben ser ideas que se empleen de forma exclusiva para boicotear nuestra capacidad de fundar y descubrir de nuevo la contratación estatal. En nuestro contexto urge impregnar de significado al concepto riesgo, y es necesario interpretarlo no solo como una metodología para tipificar, estimar y asignar, o para segregar riesgos “previsibles”<sup>158</sup>, sino para reconocerlo como el elemento más relevante de los negocios jurídicos, desde las dos dimensiones que estudiaremos en el próximo capítulo: i) concepto riesgo-contrato, y ii) riesgo como elemento esencial del contrato.

---

<sup>156</sup> Sobre el análisis del artículo 1 de la Ley 1508 de 2012, se puede consultar supra., página 74 y ss.

<sup>157</sup> Sobre este punto particular, nos referiremos extensamente en el capítulo siguiente, en el cual analizaremos: i) el riesgo como elemento esencial del contrato, y ii) el concepto riesgo-contrato.

<sup>158</sup> En el marco de riesgos globales no es válido hablar de riesgos previsibles ya que por esencia todo riesgo es imprevisible.

Cuando pase la noche, la *tierra de nadie* debe dar paso a una *tierra de todos*, ya que ante la multiplicidad de visiones justificables sobre la producción y contención de riesgos globales caracterizados por su imprevisibilidad, es necesario hacer de nuestros fines negociales un reflejo de las ideas de tolerancia y pluralismo, ya que en el marco de la contratación pública nos hace falta, como dice (Kaufmann, 2013), “la ambigüedad de la tolerancia, es decir, la capacidad de tratar razonablemente las indeterminaciones, las insolubles aporías, los riesgos de la vida. Por lo general se tiene que haber vivido mucho para percatarse de que el relativismo no es algo que se deba superar, sino practicar con inteligencia y medida”.

Por tanto, cuando empecemos por aceptar que la contratación estatal debe ser un instrumento para estimular la convergencia de todo consenso, cuando entendamos que el contrato estatal le pertenece esencialmente al pluralismo, y cuando recuperemos cuanto de humanidad ha perdido nuestro esquema normativo, quizás solo en ese momento pongamos punto final al impune bombardeo del proceso civilizatorio en los negocios jurídicos del Estado, quizás solo así demos por finalizado lo que Thomas Mann describía en la tierra de nadie, como: “El producto de una ciencia enloquecida cargada del peor de los horrores (...). Una fuente de tierra, fuego, hierro, plomo y humanidad en pedazos.” (Mann, 1924, pág. 925)

## Capítulo segundo

### 3.1 Concepto riesgo-contrato

Hemos venido anunciando, a lo largo de la presente investigación, que en el contexto de la modernidad reflexiva, y en el marco del Estatuto General de la Contratación Pública, el riesgo alcanza su concreción en la estructura del concepto *riesgo-contrato*. Por tanto, con el fin de comprender que entendemos por dicha expresión compuesta, vamos a: i) definir sus elementos constitutivos<sup>159</sup>, y ii) ofrecer argumentos para justificar el uso de ésta noción dotada de unidad, a través de los aspectos que la determinan de forma total.

#### 3.1.1 Elementos constitutivos del concepto riesgo-contrato

Sobre la base de las consideraciones anteriores, podemos afirmar que el riesgo es el primer elemento constitutivo del concepto *riesgo-contrato*, el cual como ya expusimos anteriormente, es un concepto de intensidad gradual, según el cual, la proximidad al lugar peligroso o su permanencia en éste, determina el nivel con que se hace presente en el mundo (ente a la vista), y es útil, en el contexto de la modernidad reflexiva, para recordar el carácter imprevisible de los peligros que subyacen al proceso civilizatorio (ente a la mano).

Por su parte, el concepto *contrato*<sup>160</sup>, el cual corresponde al segundo elemento constitutivo de la noción *riesgo-contrato*, se encuentra consagrado en el artículo 1495 del Código Civil, en los siguientes términos: “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”<sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> A continuación definiremos el concepto riesgo y el concepto contrato de forma individual.

<sup>160</sup> Según el Diccionario de la Real Academia, la palabra contrato deriva del latín *contractus*, y designa un “pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas”.

<sup>161</sup> De igual manera el Código de Comercio, en su artículo 864 define el contrato es: “un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta (...)”.

Así, la definición de *contrato*<sup>162</sup> plasmada en nuestro ordenamiento jurídico, es producto del pensamiento liberal adoptado por la dogmática civil colombiana a finales del siglo XIX, la cual ofreció a los sujetos de relaciones jurídicas participes un método de fijación de derechos emanados de su propio consentimiento (Bravo, 1990). De esta manera, el legislador adoptó una postura voluntarista fundamentada en los principios de libertad e igualdad, y consideró que el contrato era una ley privada creada por las partes, a la cual estas se encontraban sometidas como si se tratara de una disposición normativa creada por la voluntad general (Pérez, 2008)<sup>163</sup>.

Al respecto, (Vélez, 2013, pág. 111) define el contrato como “el reflejo del acuerdo de voluntades que tiene como finalidad acordar los derechos y obligaciones de las partes, las cuales deben ser válidas, validez que supone el cumplimiento de los requisitos consagrados en el artículo 1502 del C.C”; mientras que los hermanos (Mazeaud & Mazeud, 1959, pág. 400), distinguen entre los conceptos de *acto jurídico* y *contrato*, y señalan que el primero, hace referencia a “toda manifestación de voluntad hecha por una o varias personas con la intención de crear, modificar, o extinguir un derecho”, mientras que el segundo, designa un acto jurídico bilateral o plurilateral que crea obligaciones a partir de un acuerdo de voluntades.

Por otra parte, el Código Civil, clasifica los contratos en<sup>164</sup>: i) unilaterales y bilaterales, ii) gratuitos y onerosos, iii) conmutativos y aleatorios, iv) principales y accesorios, y v) reales,

<sup>162</sup> La palabra contrato proviene del latín *contractus* que significa contraer, estrechar, unir. (Pizarro, 1967).

<sup>163</sup> Al respecto el artículo 1602 del Código Civil, establece que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

<sup>164</sup> **El artículo 1496** del código civil establece: El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente; **el artículo 1497** del código civil consagra: El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro; **el artículo 1498** del código civil establece: El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio; **el artículo 1499** del código civil indica: El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella; **el artículo 1500** del código civil señala: El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la

solemnes y consensuales; y establece que estos actos jurídicos se estructuran a partir de elementos característicos<sup>165</sup> que ha definido como: i) accidentales, ii) de la naturaleza, y iii) de la esencia<sup>166</sup>.

Podemos afirmar, con base en lo considerado, que el *contrato* es un acto jurídico<sup>167</sup> creado por la voluntad de las partes, en el cual una parte se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, en los mismos términos a que estaría obligada por una ley emanada de la voluntad general, siempre y cuando los derechos y obligaciones acordados por ellas, gocen de validez por reunir los elementos esenciales comunes a todo contrato, en los términos establecidos en el artículo 1502 del Código Civil, es decir, el consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa.

Ahora bien, una vez definido el concepto *contrato*, nos corresponde establecer el significado de *contrato estatal*, para este fin debemos señalar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, consagra: “Son contratos estatales 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 (...)”<sup>168</sup>.

Con esta definición, es claro que el legislador a través de la disposición normativa descrita, reprodujo los elementos centrales aportados por el Código Civil y por la doctrina iusprivatista,

---

observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.

<sup>165</sup> El artículo 1501 del Código Civil indica: Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales

<sup>166</sup> Los elementos esenciales comunes a todo contrato, en los términos establecidos en el artículo 1502 del Código Civil son el consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa, los cuales a su vez deben ser complementados por otros elementos que son de la esencia de cada contrato en particular. Así por ejemplo serían elementos de la esencia del contrato de trabajo (además del consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa como elementos esenciales de cada contrato), en los términos establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo: i) la actividad personal del trabajador, ii) la subordinación o dependencia, y iii) el salario como retribución del servicio.

<sup>168</sup>El Consejo de Estado en sentencia 68001-23-31-000-2007-00058-01(42345) del 5 de mayo de 2020, indicó que el contrato estatal es una fuente natural de obligaciones que emanan de un acuerdo de voluntades, y que obliga a los sujetos que lo suscriben en los términos establecidos en el artículo 1602 del Código Civil.

respecto a la forma, el contenido, y los elementos de los actos jurídicos, para determinar la existencia y validez de los mismos<sup>169</sup>.

Al respecto, en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, el legislador manifestó lo siguiente en relación a la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por entidades estatales:

“Si bien la doctrina y la jurisprudencia fueron prolijas en la sustentación de criterios diferenciadores del “contrato administrativo” respecto del contrato de derecho privado de la administración, la realidad ha mostrado enorme dificultad cuando se ha pretendido hacer la distinción. (...). De lo anterior se puede concluir que, por lo menos entre nosotros, la distinción entre las dos categorías contractuales no ha sido clara. Por el contrario, es motivo de permanente discusión y propiciadora de no pocos conflictos en razón de las consecuencias que la propia ley hace derivar en uno u otro evento. Ahora bien, si a todo ello agregamos la relación indudablemente existente, entre el contrato que celebra el Estado y el interés público, tendremos que concluir que todos los contratos que celebren los órganos del Estado se pueden agrupar en una única categoría: los contratos estatales, regulados y regidos, como se anotó, por la autonomía de la voluntad como principio rector y por las normas que tutelan el interés colectivo. No obstante, ser el contrato estatal un verdadero contrato y en cuanto tal, la situación jurídica individualizada que de él surge se asemeja a las situaciones nacidas de los contratos civiles la finalidad de interés colectivo que el contrato estatal implica determina una posición también especial

---

<sup>169</sup> Tal es así ya que el Estatuto General de la Contratación Pública, reconoce la aplicación de la normativa civil en los términos expuestos en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, así: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia”.

de las partes contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles”.

En consecuencia, no existen diferencias estructurales entre los contratos de derecho privado y los contratos estatales, ya que a lo sumo solo podemos identificar matices que acentúan la forma fundamental de los contratos en el contexto público o privado. Es decir, aunque el contrato estatal, hace referencia a un acto jurídico en el cual hace parte una entidad estatal, y el cual se caracteriza por su solemnidad (Gamboa, 2002) y por la incorporación de cláusulas excepcionales<sup>170</sup>, ciertamente estos elementos no representan una ruptura total en relación a las categorías que sirven para estructurar, celebrar y ejecutar contratos dentro de los límites del derecho privado.

Siguiendo esta línea interpretativa (Vélez, 2013, pág. 28), ilustra la manera en la cual el contrato estatal ha adoptado las figuras contractuales concebidas en la centralidad del derecho

---

<sup>170</sup> El artículo 14 de la Ley 80 de 1993, establece: Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial. Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley. 2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente. Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.



civil, habida cuenta que describe este tipo de negocio jurídico como un acuerdo de voluntades de carácter bilateral, oneroso, conmutativo, y principalmente solemne “ya que la manifestación de voluntad, si no se expresa bajo la forma *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus* exigida por la ley, es inexistente, es decir se entiende que el contrato jamás ha sido creado para el mundo jurídico”.

Encontramos, a manera de resumen, que la definición de *contrato* descrita anteriormente<sup>171</sup>, abarca las propiedades relevantes del *contrato estatal*, en la medida que existe una relación de identidad, desde una perspectiva estructural entre ambos conceptos. No obstante lo anterior, debemos reiterar que el contrato estatal en virtud de su naturaleza solemne, y al estar conminado a cumplir los fines descritos en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993<sup>172</sup>: i) es aquel suscrito por la entidades públicas descritas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, ii) se distancia de la informalidad y la consensualidad que caracteriza al derecho privado en la materialización del vínculo contractual<sup>173</sup>, y iii) rompe el principio de igualdad al incorporar cláusulas excepcionales al derecho común, como prerrogativas a favor de las entidades estatales, necesarias para salvaguardar el cumplimiento del objeto contractual y la satisfacción del interés general<sup>174</sup>.

---

<sup>171</sup> Ver *supra*, página 87.

<sup>172</sup> Ver *supra*, página 36.

<sup>173</sup> Sobre este asunto, (Vélez, 2013), diferencia entre las formalidades y la forma del contrato del contrato estatal. Según el autor, el primero concepto hace referencia a los requisitos que deben observarse para la celebración del contrato, mientras que el segundo concepto, designa la manifestación externa que deben adoptar las partes para que la expresión de voluntad produzca efectos jurídicos.

<sup>174</sup> En relación a este punto la Corte Constitucional en Sentencia C-620 de 2012 señaló: “(...) Las cláusulas exorbitantes son prerrogativas derivadas del poder público de la Administración pública y que no podrían aplicarse en un contrato de derecho privado. Estas cláusulas se derivan fundamentalmente de la presencia del interés público en los contratos estatales y de la especial naturaleza de los mismos, permitiendo a la entidad ejercer determinadas prerrogativas que no podrían aplicarse en una relación contractual de carácter privado[130]. “Al respecto esta Corporación ha señalado que las cláusulas exorbitantes implican “el reconocimiento de poderes excepcionales a la administración que le permiten extinguir el vínculo contractual para asegurar la primacía de los intereses públicos o sociales que están vinculados a la realización del objeto del contrato”.

### 3.1.1.1 Elementos esenciales del contrato estatal

Una vez definidos el concepto *contrato*, procederemos a describir los elementos esenciales comunes a todo negocio jurídico, en los términos establecidos en el artículo 1502 del Código Civil<sup>175</sup>. Al respecto, esta disposición normativa consagra que toda declaración de voluntad expresada en forma de contrato, debe contener los siguientes elementos esenciales: i) capacidad, ii) consentimiento, iii) objeto, y iv) causa.

En este orden de ideas, **en primer lugar** debemos señalar que la *capacidad* legal de una persona, tal como establece el inciso 2 del artículo 1502 del Código Civil “consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”; es decir, se refiere a la aptitud que debe tener una persona, en el contexto de sus relaciones jurídicas, para obrar válidamente de forma autónoma, o tal como indica (Alfonso, 2008) “para ser titular de derecho y obligaciones”.

Sobre este aspecto, nuestro ordenamiento jurídico distingue entre las personas naturales, para quienes existe una presunción de capacidad, tal como indica el artículo 1503 del Código Civil<sup>176</sup>, y entre las personas jurídicas de derecho privado o público,<sup>177</sup> quienes son capaces en relación al contorno delimitado por su objeto social y/o por el contenido de las disposiciones normativas<sup>178</sup>

---

<sup>175</sup> El artículo 1502 del Código Civil, señala: Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1) que sea legalmente capaz, 2) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, 3) que recaiga sobre un objeto lícito, y 4) que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

<sup>176</sup> En relación a la capacidad de personas naturales, el artículo 1503 del Código Civil, preceptúa: “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces; y el artículo 1504 el Código Civil estipula quienes son incapaces: “son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos que han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes”.

<sup>177</sup> Existen personas jurídicas tanto de derecho privado como de derecho público: las primeras deriva su capacidad del objeto social tal como hemos indicado; y las segundas por la disposición normativa de su creación y por el ordenamiento jurídico en lo que al ejercicio de sus competencias refiera.

<sup>178</sup> Según (Vélez, 2013, pág. 115), la capacidad de las entidades estatales, “no se trata de una capacidad en sentido estricto, pues esta proviene de las consideraciones de su objeto social como persona jurídica, sino que radica en un aspecto de competencia para contratar”

que fijan sus fines y competencias, respectivamente<sup>179</sup>. Así mismo, en el marco del Estatuto General de la Contratación Pública, se restringe la capacidad a las personas naturales y jurídicas, que pretendan suscribir contratos con entidades estatales y colaborar con éstas en el cumplimiento de sus fines, cuando se encuentren incurso en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad<sup>180</sup>, o cuando no se encuentren inscritas en el registro único de proponentes<sup>181</sup> (Vélez, 2013).

**En segundo lugar**, el *consentimiento* en tanto elemento esencial del contrato, determina que todo negocio jurídico al tener su origen en la voluntad de las partes, solo será plenamente eficaz en la medida que los sujetos de relaciones jurídicas brinden su consentimiento de manera libre y sin vicios. Sobre esto último, el artículo 1508 del código civil determina que “los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo”<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup> En los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, los consorcios y uniones temporales son una forma especial de asociación concebidas para desarrollar conjuntamente negocios, actividades o proyectos, y a pesar de no constituir una persona jurídica, pueden actuar válidamente en ciertas relaciones jurídicas, en los términos establecidos en el documento privado o acta de constitución.

<sup>180</sup> Según (Camacho, Manual de Contratación de la Administración Pública, 2017) en cuanto a la diferencia entre inhabilidad e incompatibilidad, manifiesta “En cuanto a la diferenciación entre una y otra, expone el legislador que las inhabilidades se refieren a circunstancias de alguna manera imputables al contratista que impiden la celebración de cualquier tipo de contrato estatal por un tiempo determinado; por su parte, las incompatibilidades, se predicen respecto a la celebración de un contrato circunscrito a una determinada entidad y por un tiempo igualmente señalado en razón a vinculaciones de orden labora, vínculos de parentesco, vínculos de afecto o de interés”. Por otro lado, las inhabilidades e incompatibilidades en que puede incurrir una persona natural o jurídica cuando suscribe contratos con entidades públicas, se encuentran descritas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

<sup>181</sup> El artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto 19 de 2012, establece “todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el registro único de proponentes del registro único empresarial de la cámara de comercio con jurisdicción en su domicilio principal (...)”

<sup>182</sup> La Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado N° 85230-31-89-001-2008-00009-02 del 15 de mayo de 2019, definió los vicios del consentimiento del siguiente modo: i) en relación con el *error* como falso conocimiento de la realidad que motivó la suscripción del negocio jurídico indicó “como vicio del consentimiento puede referirse a la especie del acto, a la identidad de su objeto o su sustancia, o a la persona con quien se celebra. Aplicación de los artículos 1510, 1511 y 1512 del Código Civil”, ii) sobre la *fuerza* estableció “para que la violencia repercuta en la voluntad y, por ende, afecte la validez del acto, requiere ser «capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio tomando en cuenta su edad, sexo, condición». En ese orden, se considera «como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave» (art. 1513 del C.C.)”; y iii) finalmente sobre el *dolo* manifestó: “es la maniobra engañosa perpetrada con el fin de influir necesariamente en la voluntad de otro a fin de que consienta en contratar, el artículo 1515 prevé que éste no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes y aparece claramente que sin él no se hubiera convenido”.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 26 de julio de 2012, radicado N° 13001-23-31-000-1998-00343-01(23605), manifestó:

“El consentimiento hace referencia a la exteriorización de la voluntad de una persona para aceptar derechos y obligaciones, en el marco de la autonomía privada. Significa la manifestación o declaración de voluntad, expresa o tácita, ya sea en forma verbal o escrita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente. Es la exteriorización de una conducta, por acción u omisión, en la que una parte acepta y otorga su conformidad sobre el contenido del contrato o negocio jurídico celebrado con otra, que a la vez emite en forma coincidente su asentimiento o aquiescencia en torno al mismo. El consentimiento debe ser libre, sano, lo que significa que debe estar exento de vicios, como son el error, la fuerza y el dolo (art. 1508 C.C.)”.

Por tanto, en todas las etapas del proceso contractual, esto es, en la planeación, suscripción, ejecución y liquidación de un contrato en el cual haga parte una entidad estatal, el libre consentimiento debe ser presupuesto necesario que de forma al contenido negocial. Bajo esta óptica, y tal como manifiesta (Vélez, 2013) las siguientes exteriorizaciones de la voluntad -entre otras- deben caracterizarse por ser libres y sanas: i) adjudicación del contrato en el marco de un proceso con pluralidad de oferentes, ii) presentación de la oferta, iii) suscripción del contrato, iv) comunicación de la aceptación de la oferta, y v) la ejecución de lo acordado.

**En tercer lugar**, el *objeto* en tanto elemento esencial del contrato<sup>183</sup>, se encuentra definido en el artículo 1517 del Código Civil, como: “toda declaración de voluntad debe tener por objeto una

---

<sup>183</sup> En nuestro contexto normativo, el concepto *objeto* no cuenta con una definición unívoca dada la ambigua redacción del código civil, al respecto (Fernandez, 1998) “Así, a vuelta de relacionar debidamente, aunque denominándolos impropiaamente como cosas, los elementos esenciales, naturales y accidentales que integran ese contenido (art. 1501), seguidamente pierde la visión panorámica y el concepto único del objeto que ella impone, lo

o más cosas, que trata de dar, hace o no hacer”. En relación con lo anterior, la doctrina ha interpretado que el análisis del objeto del contrato puede abordarse desde tres dimensiones diferentes: i) cosa, ii) prestación, y/o iii) postura subjetivista (Fiori, 2007)<sup>184</sup>.

Para efectos nuestra investigación optamos por la definición de objeto contractual, en tanto *bien o cosa*, adhiriéndonos a los argumentos expuestos por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 10 de agosto de 2015, radicado N° 1100131030312001-00844-01, la cual, al hacer un análisis de las diversas posturas doctrinales concluye que las tesis subjetivista y la tesis de la prestación, adolecen de inconsistencias lógicas en la medida que la primera puede conducir a la eficacia y validez de un contrato que incorpore un bien inexistente, y la segunda podría llevar a una interpretación extrema en virtud de la cual ningún contrato es inexistente aun cuando su objeto sea ficticio.

---

cual lo conduce a confundir dicho objeto, o sea los fines específicos voluntarios y legales de los actos jurídicos, unas veces con las prestaciones propias de las obligaciones provenientes de los contratos, otras veces con las cosas que son materia de los actos y, en fin, otras veces, con los actos mismos. Por otra parte, el régimen establecido por el Código en relación con el objeto se diluye en una serie de disposiciones casuísticas que dificultan y oscurecen su entendimiento [...] Según el art. 1517, ‘toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer’. La lectura de ese texto legal demuestra que en su redacción se incurrió en la impropiedad de la doctrina tradicional y de la legislación francesa, las cuales confunden el objeto de las obligaciones provenientes de los contratos con el objeto de estos [...] El art. 1518 comienza por decir que ‘no solamente las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan’, con lo cual se le atribuye a la expresión objeto un significado distinto del anteriormente estudiado [...] El art. 1523 preceptúa que ‘hay asimismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes’, lo que equivale a identificar el objeto de un acto jurídico con este mismo...”.

<sup>184</sup> Para profundizar en las diversas posturas de la doctrina sobre el concepto de objeto contractual se puede consultar, (Fiori, 2007, pág. 255). Al respecto el autor señala: “En realidad, como muestra el análisis histórico, no sólo la noción de objeto del contrato es deudora, en nuestro ordenamiento, sea del valor ‘cosal’, sea del significado de ‘prestación’, aunque, estos dos valores no sean plenamente alternativos entre ellos. De un lado, el significado de objeto como res nació y se desarrolló en contextos que no habían excluido absolutamente las concepciones romanas del contrato como mera fuente de obligación y de un rol, en suma, secundario del consenso, y que por ello, incluso en función subsidiaria, han debido tener presente siempre la prestación. Del otro, la identificación con la prestación, se favoreció con la vigencia, en Alemania, del derecho romano, y entonces se alimentó de la concreta estructura de las relaciones, pero se cumplió dentro de perspectivas culturales en las que el esquema ‘sujeto-voluntad-objeto’, entendido como modelo de apropiación del mundo de las cosas por parte del hombre, era ya de tiempo atrás absorbente, de modo que no era posible escapar a una –aunque secundaria–, visión ‘cosal’ del objeto. Pero no basta. Como se ha visto, la noción de ‘objeto del contrato’ se formó mediante la recomposición en clave subjetiva de la ‘cosa’ y de la ‘prestación’; y el surgimiento del subjetivismo como valor positivo se realizó sobre todo en el plano gnoseológico. Por ello, en sustancia, también la teoría de la ‘descriptiva negocial’ revela uno de los factores de formación de la noción”.

Sin embargo, en marco de un acuerdo de voluntades no basta con que dicho objeto recaiga sobre un bien o cosa, sino que este debe ser, tal como señalan los artículos 1518 y 1519 del Código Civil<sup>185</sup>, lícito, posible y determinado<sup>186</sup>, e incluso, en los términos expuestos por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en Setencia del 22 de julio de 2009, expediente N° 16.106, debe ajustarse plenamente a los fines del Estado en aquellos contratos regidos por el Estatuto General de la Contratación Pública.

Finalmente, el Consejo de Estado de Colombia, en los últimos años, ha sostenido<sup>187</sup> que la omisión del principio de planeación en el contrato estatal genera la declaratoria de nulidad absoluta del contrato estatal por objeto ilícito, con lo cual podemos afirmar que **la ausencia del análisis de riesgos que subyacen a un negocio jurídico estatal, vulnera el principio de planeación, y por tanto produce indirectamente la ilicitud del objeto, y la nulidad absoluta del contrato estatal.** De esta forma, la licitud y la correcta ejecución del objeto de todo contrato estatal, son categorías que se relacionan directamente con el principio de planeación, en tanto conceptos jurídico vinculantes para las entidades del Estado y para los colaboradores de la administración.

---

<sup>185</sup> El artículo 1518, establece: “No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”, y el artículo 1519, indica “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”.

<sup>186</sup> Sobre este tema (Vélez, 2013), expresa que se debe entender por objeto ilícito “el hecho de que las cosas objeto del acuerdo de voluntades que da origen a la obligación específica deben existir en el mundo real, y ser susceptibles de comercialización, de tal manera que no sea contrario a la naturaleza, ni sea prohibido por la ley, ni contrario a las buenas costumbres y al orden público”.

<sup>187</sup> Al respecto se puede consultar: i) Consejo de Estado sentencia del 24 de abril de 2013, radicado N° 27315, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, y ii) Consejo de Estado sentencia del 13 de junio de 2013, radicado N° 26637 Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

### 3.1.1.2. Causa como elemento esencial del contrato

En cuarto lugar, y en relación al concepto de *causa* como elemento esencial del contrato, el cual abordaremos a mayor profundidad dada su relevancia para el presente escrito, es necesario indicar que la palabra *causa* proviene del latín *causa* y del griego *αἰτία* (*aitía*), que significa “aquello que se considera como fundamento y origen de algo” (RAE, 2020). Por tanto, desde un enfoque meramente etimológico, el término, en tanto *ente a la vista*, resulta accesible en sus propiedades y hace referencia a la razón que fundamenta un efecto determinado; y en tanto *ente a la mano*, el concepto es útil para rastrear el verdadero significado de cada causa, el cual se encuentra permanentemente en fuga y se oculta en torno al lenguaje y a los entes mismos.

A partir de esta definición, vale la pena señalar que la noción de *causa* ha sido objeto de múltiples reflexiones filosóficas; sin embargo, para efectos de nuestra exposición, nos limitaremos a mencionar solo algunas de estas escuelas y autores. En este sentido, según (Aristóteles, 1994), dado que la sabiduría<sup>188</sup> es ciencia que anda en búsqueda de los principios y causas primeras, solo puede ser sabio aquel cuyo conocimiento –entre otras- alcance las cosas más difíciles con la mayor exactitud respecto de sus causas. De esta manera, para el Estagirita dichas causas se pueden clasificar en: i) la substancia o esencia, ii) materia o substrato, iii) principio del movimiento, y iv) fin del movimiento<sup>189</sup>. En palabras de (Lorente, 2017), la primera hace referencia a la *causa formal*, es decir aquella que hace que algo sea lo que es; la segunda, a *la materia* de que están hechas las cosas; la tercera, a la *causa eficiente* como aquello que hace que algo pase de un estado a otro; y

---

<sup>188</sup> Tal como indica (Lorente, 2017, pág. 50) “sabiduría era una palabra de su común en la Grecia antigua y no indica una forma de saber particular. Indica, en cualquier contexto, el grado de saber más alto o más elevado”

<sup>189</sup> Dice (Aristóteles, 1994, pág. 79) “pero de causas se habla en cuatro sentido: de ellas una causa decimos que es la *entidad*, es decir, la esencia (pues el por qué se reduce, en último término, a la definición, el por qué primero es causa y principio); la segunda, la materia, es decir el sujeto; la tercera de donde proviene el inicio de movimiento, y la cuarta, la causa opuesta a esta última, *aquello para lo cual*, es decir, el bien (éste es, desde luego, el fin a que tiende la generación y el movimiento) “.

la cuarta, a la *causa final*<sup>190</sup>, como aquello respecto a lo cual se da el movimiento y que Aristóteles identifica con la idea del bien.

Esta primigenia *teoría de las causas*, conservó su vigencia y fue empleada durante muchos siglos como noción explicativa para dar respuesta al origen de las cosas y del cambio, empero con el advenimiento de la ciencia natural moderna, esta clasificación contempló su propio ocaso. Así, Hume<sup>191</sup> identificó la causalidad como una mera creencia basada en la costumbre (Sols, 2014), Bacon eliminó las causas finales, y Galileo y Descartes, expulsaron las causas formales y materiales, con lo cual en su última etapa solo la causa eficiente conservó su validez en el contexto científico (Bueno, 1992) citado por (Valbuena, 1997).

Ahora bien, esta idea de causalidad eficiente, dio fundamento en el contexto de la modernidad industrial al optimismo prometeico del siglo XIX y a los pujantes avances de la razón que han dado forma a nuestra sociedad. Sin embargo, esta visión reduccionista de causalidad (Viniestra, 2019), al revelarse como paradigma explicativo ajeno a cualquier consideración subjetiva en aras de la pureza y exactitud de sus resultados, y al desligarse de la causa final<sup>192</sup> del objeto observado, terminaría generando la “deshumanización de la humanidad” (Sábato, 1951, pág. 53), y la producción de riesgos globales capaces de arrinconar la vida hasta su extinción final<sup>193</sup>. Dicho de otra manera, la causalidad eficiente que permitía observar sin ninguna interferencia la realidad

---

<sup>190</sup> En relación a la causa final, cuyo concepto será retomado más adelante en el marco de nuestra exposición, (Mayor, 2002, pág. 16) manifiesta: “Aristóteles presume de ser el primer pensador de la finalidad. Pero es un craso error hablar o suponer que Aristóteles se interesa por una finalidad externa (...) El insiste en la finalidad intrínseca: cada cosa tiende a alcanzar la perfección de su propia forma”.

<sup>191</sup> Al respecto también se puede consultar (Hume, 2001); y sobre la diferencia entre el concepto de causa aristotélica y el concepto moderno de causa, se puede consultar (Follon, 1998).

<sup>192</sup> Algunos pensadores han restado importancia a la causa final al punto de no tenerla en cuenta o de simplemente subsumirla en la causa eficiente. Para profundizar sobre los problemas de causa final en Aristóteles se puede consultar (Nati, 1999).

<sup>193</sup> Sobre los riesgos globales y la sociedad del riesgo, ver *supra.*, pág. 4 y ss.



como si se tratara de un índice de confianza de calidad (Viniegra, 2019), condujo al rechazo de miradas comprensivas, concebibles únicamente desde un análisis integral sobre las causas.

Hacemos énfasis en la exclusión de la causa final como un elemento relevante para la producción de conocimiento científico, porque precisamente esta idea es la que nos facilita atenuar la arrogancia de la razón y buscar el *bien* del cual nos hablaba Aristóteles, ya que justamente la validez y utilidad de todos descubrimientos técnico científicos deberían medirse no solo desde la aplicación rigurosa del “evangelio empirista y reduccionista” (Viniegra, 2019) de la causa eficiente, sino también, desde los fines y las consecuencias éticas<sup>194</sup> que ha tenido el proceso civilizatorio .

En la sociedad del riesgo global, tal como expresa (Beck, La sociedad del riesgo global, 2002, pág. 34) “las constataciones del riesgo son la figura en que la ética (y por tanto también la filosofía, la cultura, la política) resucita en los centros de la modernización, en la economía, en las ciencias naturales, en las disciplinas técnicas”. Por consiguiente, este resurgimiento de la ética<sup>195</sup>, nos deja ver con claridad la importancia que tiene la *causa final* para construir la visión del mundo que habitamos, ya que solo en la comprensión del *bien* al que se aspira, es posible desarrollar la *prudencia*<sup>196</sup> necesaria para actuar virtuosamente en todo momento y lugar.

Al respecto, (Aristóteles, Moral a Nicómaco tomo I, 1873, pág. 157), indica:

“Resta, pues, que la prudencia sea una facultad que, descubriendo lo verdadero, obre con el auxilio de la razón en todas las cosas que son buenas o malas para el hombre; porque el objeto de la producción es siempre diferente de la cosa

---

<sup>194</sup> Como señala (Nati, 1999) “la noción de causa final es central en la ética de Aristóteles, basta leer las primera líneas de la obra para encontrarse de inmediato un contexto finalístico”.

<sup>195</sup> Sobre estas obras se puede consultar (Arendt, 1993), (Arendt, La vida del espíritu, la voluntad y el juicio en la filosofía y en la política, 1948), (Strauss, 1970), (Voegelin, 1987), y (Gadamer, 1996).

<sup>196</sup> En este sentido (Kaufmann, 2013) señala: “expresado con mi propias palabras: prudencia es la capacidad de reconocer el bien en cuanto bien, y el mal en cuanto mal, y obrar de acuerdo con tal comprensión. El bien dentro de la ética aristotélico-tomista es generalizable hasta el principio supremo: haz el bien evita el mal.

producida; y, por lo contrario, el objeto de la acción es siempre la acción misma, puesto que el fin que ella se propone puede ser únicamente el obrar bien”.

Por otro lado, y teniendo claros los conceptos previamente descritos, procederemos a examinar la idea de causa en tanto elemento esencial del contrato. Al respecto, el artículo 1524 del Código Civil establece lo siguiente: “(...) Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público (...)”.

Siguiendo lo dicho por la norma, y conservando cierto paralelismo con las posturas filosóficas que acabamos de presentar sobre la *causa*, la doctrina iusprivatista, según (Juanes, 2012), se ha dividido en las siguientes posturas: i) causalismo clásico, ii) neocausalismo, y iii) anticausalismo. En los términos expuestos por la autora, el **causalismo clásico** establece que la causa es un elemento esencial de la obligación que debe identificarse con una noción objetiva diferente a los motivos particulares y contingentes de las partes; el **neocausalismo** reconoce que la causa es un elemento esencial del acto jurídico y no de la obligación, y establece una relación de identidad entre ésta y los motivos subyacentes ya sean **objetivos y/o subjetivos**; y finalmente el **anticausalismo** niega la relevancia de la causa como elemento esencial del acto jurídico, debido a que desde su perspectiva, no tiene ninguna utilidad práctica<sup>197</sup>.

---

<sup>197</sup> Igualmente (Juanes, 2012), indica que la teoría **Neocausalista** a su vez se subdivide en dos corrientes: una subjetiva, y otra objetiva. Según la autora: i) **la corriente subjetivista** (psicologista) tiene su origen en la teoría de la presuposición, en virtud de la cual cada sujeto declara su voluntad presuponiendo un conjunto de circunstancias que da por ciertas y que no exterioriza mediante ninguna manifestación, de manera tal que si estas situaciones presupuestas no se producen, la declaración de voluntad pierde todo fundamento, y ii) **la corriente objetiva**, por el contrario establece que todo contrato tiene una base equivalente a las circunstancias cuya existencia presupone el contrato y que son necesarias para que el negocio jurídico subsista independientemente que sean o no sean conocidas por las partes. Para esta corriente, el fin del contrato pierde su fundamento cuando desaparece la base objetiva del mismo, ya sea por el rompimiento entre la equivalencia de las prestaciones, o porque se torne imposible satisfacer la finalidad objetiva del negocio jurídico. En relación con estas posturas se puede consultar (Larenz, 1956).

En la actualidad, y según las clasificaciones que acabamos de presentar, podemos afirmar que en nuestro contexto normativo, y en particular en el Estatuto General de la Contratación Pública:

i) la causa de la cual nos habla el artículo 1524 del Código Civil, corresponde al concepto de causa fin acuñado desde hace ya veinticuatro siglos por la filosofía griega, en tanto ésta disposición normativa la asimila con el “motivo que induce al acto o contrato”, y ii) el concepto de causa fin como elemento esencial del contrato estatal, se aproxima a las categorías conceptuales de la teoría neocausalista objetiva, ya que como sostiene (Vélez, 2013, pág. 123): “la causa es la razón legal que justifica la contratación estatal en general, y es independiente de la causa específica de cada contrato en particular, pues en el campo de la contratación del Estado la legalidad prima sobre la simple intención y libertad contractual”.

Así, podemos afirmar que la *base objetiva* de la *causa fin* de los contratos estatales, en tanto materialización de la idea del *bien* y en tanto presupuesto independiente a la voluntad de las partes, es equivalente al contenido normativo del artículo 3 de la Ley 80 de 1993<sup>198</sup>, es decir, al cumplimiento de los fines estatales, a la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, y a la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con la administración en el cumplimiento de sus fines y que cumplen una función social que como tal implica obligaciones.

Por este motivo, la trascendencia jurídica del contrato estatal dependerá de que su *causa fin* materialice la idea del bien, que en nuestro contexto implica el cumplimiento de los fines descritos en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, ya que la inobservancia de estos presupuestos objetivo normativos, deriva en una causa ilícita “prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”, y ii) se oriente en virtud del saber práctico de la *prudencia*, que en el marco

---

<sup>198</sup> En relación al artículo 3 de la Ley 80 de 1993, ver *supra.*, página 36.

del estatuto general de la contratación pública, equivale al *principio de planeación*, y al cumplimiento de todos los requisitos que establece el ordenamiento jurídico, para la elaboración de los documentos y estudios previos de un proceso contractual<sup>199</sup>.

En relación con esto, (Vélez, 2013, pág. 124), expresa:

“ (...) partiendo de la legalidad que rodea a la contratación pública, consideramos que la causa en este ámbito se encuentra íntimamente ligada con el principio de planeación, por lo cual esta debe ser entendida como una causa normativa de formación compleja, es decir que su estructuración se verifica a partir del cabal cumplimiento de una serie de requisitos que se deben agotar de manera concatenada para la adopción de los estudios previos del contrato y cuya pretermisión deviene, a nuestro juicio, en la nulidad absoluta del contrato por falta de causa”.

Ahora bien, es necesario observar que el contenido normativo al que equivale la *causa fin* del contrato, y que debe estar presente en toda manifestación de voluntad en la cual haga parte una entidad estatal, ciertamente resultaba útil para representar la razón de ser de los negocios jurídicos estatales en el marco de la modernidad industrial, sin embargo, con el advenimiento de la modernidad reflexiva hemos despertado del largo sueño de la razón, y hemos descubierto que vivimos en un mundo de riesgos globales, en el cual los fines, funciones y utilidad del concepto Estado ha perdido su claridad y validez. Por tanto, la idea de *causa fin* del contrato en tanto “cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, y

---

<sup>199</sup> Al respecto el Consejo de Estado en sentencia 68001-23-31-000-2007-00058-01(42345) del 5 de mayo de 2020, citada por (Vélez, 2013), indicó: “lo anterior evidencia, sin lugar a dudas que la administración está en el deber de satisfacer a plenitud los requisitos técnicos exigidos por la ley, previamente a adelantar el procedimiento de selección, con lo cual se garantiza la legalidad de los actos que expida a fin de seleccionar al contratista que colaborará con la administración en el cumplimiento de los cometidos de interés público, sólo así, el contrato podrá nacer en condiciones de validez y si esto es así, los estudios, diseños y planos del proyecto se convierten en requisitos de validez del contrato”.

a la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”, hoy en día es una apariencia indefinible dada la ambigüedad de su contenido.

Es imprescindible, en consecuencia, que replanteemos la relación entre las nociones de *causa fin y contrato estatal*, ya que en nuestro contexto no es suficiente vincular dichos conceptos a partir de disposiciones normativas mermadas en la intensidad de su significado, sino que es necesario reunirlos en torno a la idea del *riesgo* y en particular al concepto de *distribución de riesgos*.

Esta afirmación la hacemos ya que en el contexto de la modernidad reflexiva, en el cual los riesgos globales están permanentemente presentes, el proceso para identificar lo conveniente y *bueno* (fin), no debe limitarse a la descripción de conceptos que han perdido su relevancia, sino que debe partir de sus propias certidumbres (riesgos), para establecer esa conexión profunda con la prudencia y la sabiduría de la cual nos hablaba Aristóteles, desde las cumbres más altas del pensamiento occidental. Dicho en otras palabras, el riesgo debe ser elemento esencial del contrato en tanto causa fin, ya que la consecución del *bien* en cada negocio jurídico, en el contexto de la modernidad reflexiva, depende de la correcta distribución de riesgos permanentemente presentes.

### **3.1.2 Significado del concepto riesgo-contrato**

Siguiendo la línea argumental de este escrito, el riesgo es: i) un elemento de la esencia de los contratos de concesión que se suscriben bajo el esquema de Asociaciones Público Privadas por expreso mandato de la Ley 1508 de 2012, ii) un elemento esencial de los contratos estatales en tanto causa fin de los mismos, y iii) un factor relevante para calificar la licitud de un objeto negocial ya que su omisión vulnera el principio de planeación y por tanto produce la nulidad absoluta del contrato estatal.

Empero, no debemos limitarnos a usar el concepto *riesgo* como una pieza más en la definición de los elementos esenciales del contrato estatal, ya que en concordancia con la luz de la

modernidad reflexiva, el *riesgo* se ha transformado en la unidad de reproducción vital de los contratos estatales, y las categorías jurídicas tradicionales son insuficientes para revelarnos la verdadera utilidad de aquello que se congrega en torno al *riesgo*. En este sentido, el significado del *contrato estatal* se ha desintegrado y ha dado paso un nuevo concepto que hemos denominamos *riesgo-contrato*.

Teniendo en cuenta que la noción de riesgo-contrato, se compone de los conceptos *riesgo*<sup>200</sup> y *contrato*<sup>201</sup>, podemos afirmar que en el marco de la modernidad reflexiva, el riesgo corresponde a la esencia del contrato estatal, de manera tal que solo en el uso de este concepto global, podemos entender estas ideas, no solo como nociones aisladas y útiles para definir los elementos esenciales de un vínculo negocial, sino como palabras que al ser articuladas en una unidad de valor lingüístico, hacen posible que el intérprete jurídico abarque en su totalidad, un conjunto de elementos que por separado no designan correctamente aquello que nombran. Por tanto, los conceptos antes aludidos complementan su significado con tal nivel de intensidad, que es necesario reunirlos en torno a un nuevo concepto donde todos sus elementos se pertenezcan recíprocamente.

A esta altura de nuestra reflexión y para efectos de esta investigación, la noción *riesgo-contrato* designa un acto jurídico creado por la voluntad de las partes, que reúne los elementos esenciales de capacidad, consentimiento, objeto, y causa<sup>202</sup>, y en el cual una parte se obliga para

---

<sup>200</sup> Al respecto de se puede consultar, *supra.*, página 19 y ss.

<sup>201</sup> En nuestra investigación, la noción *contrato* que compone el concepto riesgo-contrato, hace referencia exclusivamente a la idea de contrato estatal.

<sup>202</sup> El contrato estatal en virtud de su naturaleza solemne, y al estar conminado a cumplir los fines descritos en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, además de reunir los elementos descritos en nuestra definición : i) es aquel suscrito por la entidades públicas descritas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, ii) se distancia de la informalidad y la consensualidad que caracteriza al derecho privado en la materialización del vínculo contractual , y iii) rompe el principio de igualdad al incorporar cláusulas excepcionales al derecho común en la manifestación externada del acuerdo de voluntades, como prerrogativas a favor de las entidades estatales, necesarias para salvaguardar el cumplimiento del objeto contractual y la satisfacción del interés general .

*con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, y en el que subyacen riesgos que son identificados, estimados, y asignados a quien esté en mejor capacidad de administrarlos.*

Por tanto, el concepto riesgo-contrato, en tanto *ente* meramente presente (Vorhandensein), tiene las siguientes propiedades: i) es un acto jurídico creado por la voluntad de las partes, en donde al menos una de ellas es entidad estatal en los términos establecidos en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 ii) contiene riesgos permanentemente presentes que *en la escala más alta del proceso civilizatorio* no pueden ser asegurados, identificados, calculados, o controlados (por la incertidumbre que rodea los efectos secundarios del desarrollo técnico-científico), iii) contiene riesgos que pueden ser *identificados, estimados, y asignados a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos*, partiendo de supuestos que en el contexto de la modernidad reflexiva, a pesar de contar con altos niveles de *certeza*, no garantizan que cualquier riesgo derive en una amenaza incontrolable ante el fracaso de “los pilares del cálculo del riesgo” (Beck, La sociedad del riesgo global, 2002, pág. 87), iv) es un acto jurídico en el cual una parte se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, y vi) es un acto jurídico cuya existencia depende de que se reúnan los elementos esenciales comunes a todo contrato, es decir, capacidad, consentimiento, objeto, y causa<sup>203</sup>.

Mientras que en tanto *ente a la mano* (Zuhandensein), es útil para: i) reunir en un concepto ese conjunto de elementos que se necesitan recíprocamente para designar correctamente aquello que nombran, ii) emplear, en el contexto de la modernidad reflexiva, un lenguaje contractual que nos permita comunicarnos en términos de distribución de riesgos y no de distribución de riquezas, y iii) desarrollar una imagen de riesgos sin atributos de previsibilidad absoluta, ya que como hemos sostenido a lo largo del presente documento, “la racionalidad científica está vacía” (Beck, La

---

<sup>203</sup> Tal como señalamos en *supra.*, pág. 94 y ss, en el contexto de la modernidad reflexiva la distribución de riesgos guarda relación de identidad con la causa fin de todo contrato estatal.

sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad, 2002, pág. 36) y en consecuencia, cualquier esfuerzo realizado por las partes de un negocio jurídico, por identificarlos, estimarlos, y asignarlos previamente, conducirá inevitablemente a un resultado “parcial”, ya sea por la dificultad de hacer visibles todos los peligros que subyacen al vínculo negocial, o por la imposibilidad de delimitar permanente los contornos de cualquier tipo de riesgo.

Por tanto, el significado atribuido al concepto *riesgo-contrato* nos ofrece el contexto propicio para corregir a la luz de la equidad, aquellos riesgos erradamente identificados, estimados y asignados<sup>204</sup> en un negocio jurídico, ya que los problemas de definición que plantea la modernidad reflexiva, no se resuelven con signos últimos e indivisibles. Por el contrario, debe generarse el mayor grado de congruencia posible entre los riesgos que gradualmente se hacen presentes en las etapas de planeación, suscripción, ejecución y liquidación de un contrato estatal, y la capacidad efectiva de los sujetos de relaciones jurídicas para administrarlos, aunque esto implique ir en contra de la autonomía de la voluntad y del principio *pacta sunt servanda*<sup>205</sup>.

Así mismo, es preciso destacar que las ideas de *riesgo-contrato* y *riesgo como elemento esencial del contrato*, se yuxtaponen como entes autónomos pero vinculados en una relación inescindible. Sin embargo, podemos afirmar que la primera es un concepto que se funda en una relación esencial entre *contrato* y *riesgo*, mientras que la segunda establece que este concepto *riesgo-contrato*, debe tener –entre otras- una *causa* que para efectos de nuestra investigación equivale a la *distribución de riesgos*.

En suma, el concepto riesgo-contrato, no pretende ser un puño cerrado que resguarde los antiguos ídolos del círculo autoconfirmador del vínculo negocial, más bien pretender ser una mano abierta donde se pose la incertidumbre con los signos de su presencia. Ante el fracaso de la razón,

---

<sup>204</sup> Ver página *supra.*, pág. 19 y ss.

<sup>205</sup> Ver página *supra.*, pág. 72.



la producción de riesgos globales, la crisis de los Estados-Nación, y la decadencia del Estatuto General de la Contratación Pública como un discurso impregnado de categorías propias de la modernidad industrial<sup>206</sup>, hablamos de una mano abierta, porque no tememos que el elusivo tejido del control escape entre nuestros dedos, porque una mano inerte hablará siempre del lenguaje de la tolerancia y elevará la distribución de riesgos hasta la cúspide equitativa de la prudencia.

---

<sup>206</sup> El Estatuto General de la Contratación Pública está impregnado de las categorías de la modernidad industrial, a excepción de la Ley 1508 de 2012. Al respecto se puede consultar *supra.*, pág. 73 y ss.

## Conclusión

Llegando a las postrimerías de este viaje investigativo, y de acuerdo con lo expuesto como respuesta a la pregunta fundamental que motivó esta investigación: ¿el *riesgo* es un elemento esencial del contrato estatal? Hemos concluido que: i) en el contexto de la modernidad reflexiva, el Estado-Nación se encuentra en la difícil tarea de redefinir sus funciones, y el derecho ha perdido sus atributos de sistematicidad, generalidad y estabilidad, ii) en medio de la producción de riesgos globales es urgente que desde una nueva comprensión del *riesgo* como *ente a la mano*, rediseñemos nuestras instituciones y hagamos una revisión de las categorías fundamentales de la Contratación Estatal, iii) el Estatuto General de la Contratación Pública, por fuera de los contornos de la Ley 1508 de 2012, es un diseño normativo que reproduce los paradigmas de la modernidad industrial, y se aproxima al *riesgo* desde una perspectiva instrumental y accesorio, iv) el *riesgo* es un elemento esencial del contrato estatal, y v) el *riesgo* se hace presente con tal nivel de intensidad que se ha producido una unidad de significado indisoluble entre los conceptos *riesgo* y *contrato estatal*.

A continuación, profundizaremos en las razones que justifican cada una de estas afirmaciones, ubicándolas en las respectivas secciones en las cuales dividimos este escrito: título preliminar, capítulo primero, y capítulo segundo.

En este orden de ideas, en el *título preliminar*, establecimos que el riesgo es un concepto de intensidad gradual, según el cual, la proximidad a lo que hemos denominado el lugar peligroso o su permanencia en éste, determinan el nivel con que se hace presente en el mundo, y definimos que era útil para advertir sobre un peligro y provocar el distanciamiento de éste, o facilitar su encuentro.

Una vez definido el *concepto* riesgo establecimos una relación de identidad entre el contexto relevante para nuestra investigación y los periodos conocidos como modernidad industrial y modernidad reflexiva. A partir del análisis de estas coordenadas espacio-temporales, nos percibimos y criticamos como sociedad del riesgo global (Beck, La sociedad del riesgo global, 2002), en la cual Estado se encuentra redefiniendo sus funciones (Chevallier, El estado postmoderno, 2011), y el derecho se confronta con la realidad problemática de que ha perdido sus atributos de sistematicidad, generalidad y estabilidad, en el horizonte de los nuevos tiempos (Chevallier, El estado postmoderno, 2011).

Evidenciamos en este escenario, y ante la crisis de los paradigmas de la modernidad industrial, que el *concepto riesgo* se nos presenta con inusitada relevancia, ya que en un entorno de riesgos globales no asegurables, esta noción es útil para advertirnos que no estamos a salvo en ningún lugar, y para recordarnos que es necesario reformular la manera en la cual el *riesgo* se aprecia y valora –entre otras - en el Estatuto General de la Contratación Pública.

Siguiendo este análisis, en el *capítulo primero*, examinamos el *concepto riesgo* como un componente de los documentos del proceso contractual, circunscrito al método técnico-racional denominado tipificación, estimación y asignación de riesgos previsible, y describimos la evolución normativa del *concepto riesgo*, en aras de establecer hasta qué punto el ordenamiento jurídico vigente hace uso de categorías propias de la modernidad industrial.

Estas consideraciones nos condujeron a establecer que los conceptos de *tipificación*, *estimación* y *asignación de riesgos*, a pesar de que hacen referencia a un conjunto de etapas diseñadas para: i) revelar los riesgos *previsibles* que subyacen a un acuerdo de voluntades, ii) establecer la posibilidad de ocurrencia de daños, iii) reducir el impacto o eliminar los factores de generación de daños, y iv) ofrecer soluciones distributivas a las ganancias y pérdidas derivadas de la exposición

al peligro o producción del daño, no alcanzan a dimensionar, en toda la magnitud de la complejidad presente, el alcance real del *concepto riesgo*, como un *ente a la mano* indispensable para redefinir nuestras categorías jurídicas, ya que en nuestro contexto y en el marco del círculo autoconfirmador del vínculo negocial, no existe metodología racional que ofrezca información *permanentemente* válida, sobre los peligros en virtud de los cuales los riesgos se hacen visibles de forma significativa.

Así mismo, a través de la descripción evolutiva del *riesgo* en el Estatuto General de la Contratación Pública, evidenciamos que las Leyes 80 de 1993, y 1150 de 2007, le conceden un significado de baja intensidad a dicho concepto, al punto que lo relegan a un uso meramente técnico y accesorio. El uso de categorías como: *riesgo* previsible, materialización de objetivos socioeconómicos de la administración y de los particulares, conservación del equilibrio económico de los contratos, y el poder vinculante de la autonomía de la voluntad, hacen evidente que el *riesgo* en este diseño normativo, es una expresión de categorías propias de la modernidad industrial, y está concebido para garantizar y cuidar la distribución de riquezas, y para ejercer un aparente control sobre fenómenos que superan el conocimiento de los sujetos del vínculo negocial e incluso sobrepasan las capacidades de contención de los Estados-Nación.

A pesar de tan sombrío escenario, en la Ley 1508 de 2012 apreciamos que el legislador incorporó el *riesgo* como elemento relevante y esencial en los contratos derivados de los esquemas de asociación público privadas, lo cual ha supuesto un acierto histórico en nuestro ordenamiento jurídico, de cara a la armonización de nuestras instituciones jurídicas frente a los retos de la modernidad reflexiva. Sin embargo, por fuera de los contornos de la Ley 1508 de 2012, los negocios jurídicos de derecho público, se aproximan al riesgo desde una perspectiva instrumental, que no le permite al concepto evolucionar, hasta ser, por lo menos, un elemento accesorio del contrato.

Llegamos así, a la contundente evidencia de que en nuestro contexto nacional es imprescindible que el Estatuto General de la Contratación Pública se redefina en torno a disposiciones normativas que, como la Ley 1508 de 2012, reconozcan con mayor claridad y eficacia al *riesgo* como elemento de la esencia de todo contrato estatal, ya que tal postura no debe ser exclusiva de los contratos de concesión derivados de dicha ley, puesto que, por fuerza de conveniencia general, es una precisión normativa que necesariamente debe extenderse a todos los negocios jurídicos del Estado. Es decir, ante la irreversibilidad de los riesgos globales debemos ampliar y extender el significado del *riesgo*, y reconocerlo como un elemento fundamental para convertir al contrato estatal en un reflejo de equidad, pluralismo y tolerancia.

En el *capítulo segundo*, una vez definidas las nociones de contrato y contrato estatal, y descritos los elementos esenciales comunes a todo negocio jurídico, pudimos determinar que el riesgo es: i) un factor relevante para calificar la licitud de un objeto comercial ya que su omisión vulnera el principio de planeación, ii) un elemento esencial de los contratos estatales en tanto causa fin de los mismos, y iii) un concepto que se hace presente con tal nivel de intensidad en el contrato estatal, que es necesario reunir en una unidad de valor lingüístico denominada riesgo-contrato, las nociones riesgo y contrato, ya que en las actuales circunstancias estos elementos se necesitan recíprocamente para designar correctamente aquello que nombran.

Así las cosas, el *riesgo* reviste tal importancia en el contexto de la modernidad reflexiva, que en concordancia con las funciones que le hemos atribuido a lo largo de la presente investigación, se trata del elemento más significativo que confrontan los negocios jurídicos que suscriben las entidades del Estado. En una época caracterizada por la fatalidad de los efectos secundarios no previstos del proceso civilizatorio, el *riesgo* deja permanentemente, su huella inevitable en los

contratos estatales, ya sea en la forma de riesgos globales, o en la ausencia de conocimiento certeramente válido sobre los peligros que subyacen a la ejecución de un objeto contractual.

Por tanto, el *riesgo*, en nuestro medio nacional, se patentiza como un salto al vacío que nunca finaliza su caída, y que desnuda en su descenso interminable, las carencias de aquellos paradigmas delineados con las cicatrices de una razón en ruinas. Visto así, es una realidad evidente que asunto de tal magnitud, demanda pronto ajustes legislativos e interpretativos, ya que cualquier tardanza en la corrección de nuestro ordenamiento jurídico, solo agudiza esa vulneración sistemática de derechos, que ha resquebrajado de manera generalizada la confianza en las instituciones.

Dicho lo anterior, está abierto este escenario, complejo y azaroso, para que a través de futuras investigaciones se haga una revisión profunda de los principios de la contratación estatal, y en particular de los principios de *pacta sunt servanda* y de la *autonomía de la voluntad*, con el fin de que los sujetos de relaciones jurídicas cuenten con herramientas eficaces para corregir a la luz de la equidad, aquello erradamente apreciado en ese laberinto de información parcial que caracteriza al círculo del vínculo negocial.

Así mismo, queda pendiente la ardua tarea de asumir el dominio de la incertidumbre en su totalidad, a través de reglas e instituciones que trasciendan las limitadas capacidades de observación de las partes de un contrato, ya que así como la producción de riesgos globales, y la contención de sus efectos, superan la capacidad de los Estados, claramente el cálculo del riesgo no puede seguir siendo la responsabilidad de sujetos extraviados en el cortocircuito privado de sus intereses, sino que requiere una precisión estable que solo puede ser ofrecida por actores provenientes de la esfera pública a partir de una base firme de discusión colectiva.

Esta investigación, vista desde el horizonte de lo que demandan el presente y, mucho más, el futuro, es solo un parpadeo del instante, una modesta contribución frente a lo que habrá de

consolidarse como todo un constructo jurídico que de luz a las sombras de la confusión que reinan en la contratación estatal. Se materializa aquí un modesto intento de aportar algunas reflexiones sobre la imperiosa necesidad de reconocer al *riesgo*, como un elemento cada día más decisivo, a la hora de armonizar el Estatuto General de Contratación Pública con los vaivenes, siempre cambiantes, de lo por venir.

Ahora, más que nunca, se requiere una sana obsesión por el estudio de estos temas que confrontan la incertidumbre en el ámbito académico. Justo en este momento en el que la vida de la humanidad entera ha sido puesta de rodillas por sucesos inesperados, casi inéditos para esta generación, como los *riesgos* mortales de la pandemia derivada del Coronavirus, los apocalípticos panoramas que nos anuncia el calentamiento global, las azarosas e impensables consecuencias de la manipulación genética, o la inevitable expansión del uso generalizado de la energía nuclear, entre otros cientos de riesgos no visibles o apenas en gestación, debemos reconocer que ya suenan los acordes del réquiem como música de fondo en la extinción de nuestra especie, y movilizar todos nuestros recursos y capacidades en la búsqueda de esa ruta que nos permita llegar sanos y salvos al puerto de la supervivencia.

Si acaso es cierto, tal como señaló Kafka, que “la literatura no es más que una expedición hacia la verdad” (Janouch, 1961, pág. 47), debemos retornar a ese mar enfurecido al que hicimos referencia para evocar la muerte de Odiseo en la introducción de este escrito, no para seguir describiendo aquella tragedia, sino para emplear ese mismo territorio de riesgos azarosos como un punto de apoyo para la esperanza y la salvación humana.

Así es. En estas mismas aguas asoladas por el riesgo en donde Dante narró el naufragio del héroe de Troya, Stefan Zweig, en su última obra titulada “Novela de ajedrez” (Zweig, 2013), nos cuenta la historia de un grupo de viajeros que a bordo de un trasatlántico, navegaron desde Europa

hacia al occidente más lejano, huyendo de la muerte desatada por la insania de los nazis en el marco de la segunda guerra mundial.

Dentro de este grupo de individuos, señala Zweig, se encontraba un Austriaco, de libre pensamiento, que había escapado recientemente de la Gestapo, y el cual, en sus años de encierro y tortura, solo había contado con un librito de ajedrez para resistir el infierno en que se había convertido su existencia. En un mundo donde la esperanza hacía mucho tiempo había desviado la mirada, este personaje sobrevivió entregándose a una obsesión llena de búsquedas sin destino, y descubrió, entre las interminables partidas que tuvieron lugar en su imaginación, que el riesgo de la muerte no era un argumento contra la vida.

No tendría sentido describir los pormenores de la novela, basta con señalar que a través de un desarrollo magistral de la historia, nuestro protagonista terminó enfrentando y derrotando, en un juego que el mundo no vio y del cual pocos supieron, al campeón mundial de ajedrez. Este suceso no logró ingresar en las páginas gloriosas del deporte y su recuerdo se desvaneció como papel mojado sobre el océano atlántico... pero ciertamente tal acontecimiento que desafía toda lógica, resplandeció con el fulgor de aquellas redenciones consumadas con el brillo de un metal que el martillo del esfuerzo y la consagración lograron pulir.

Ahí estamos, en ese mismo territorio donde Odiseo asumió el mayor de los riesgos y sucumbió bajo las olas, pero esta vez Zweig nos hace testigos del poder salvador de la obstinada constancia en un mundo asolado por la muerte. Quizás nosotros, en un horizonte amenazado por los efectos secundarios no previstos del desarrollo técnico-científico, tengamos mucho que aprender de historias como estas, ya que ante un mundo poblado de certezas que se desvanecen, lo único que nos queda es afrontar apasionadamente el riesgo, en tanto objeto de estudio, así como aquel prisionero de los nazis lo hizo con su pequeño manual de ajedrez para encontrar la salvación. Quién



sabe cuál página reavivará el fuego verde de la tierra. Quién sabe qué futuro luminoso nos aguarda más allá del azar y de la confusión.

## Glosario

---

### A

#### Asignar

Señala el contexto de la parte contractual, en el cual, de producirse un daño como resultado de la exposición a los peligros que subyacen en las actividades del contrato, dicho daño podrá ser afrontado de la mejor manera, y en consecuencia corresponderá a la parte contractual que tiene dominio sobre dicho contexto superar y financiar los efectos de la ocurrencia de una eventualidad.

---

### D

#### Disposición normativa

Expresión lingüística dictada por el legislador objeto de interpretación.

---

### E

#### Estado

Tal como establece Jellinek, es la asociación de un pueblo, poseedora de una personalidad jurídica soberana que de un modo sistemático y centralizador, valiéndose de medios exteriores, favorece los intereses solidarios individuales, nacionales y humanos, sin

embargo, este concepto entró en crisis en el contexto de la modernidad reflexiva y perdió la certeza absoluta de su utilidad y contenido.

#### Estimar

Juicio de valor al que son sometidos los riesgos previsible previamente tipificados, y a través del cual se establece el umbral de peligro-daño, la magnitud, el momento de aparición del daño, y el tiempo disponible para ejecutar medidas de contención y/o medidas de reacción.

---

### H

#### Hecho del príncipe

Hace referencia a una actuación general y abstracta que el Estado realizada por fuera del vínculo negocial conmutativo, y que siendo imprevisible al momento de ofertar y suscribir un negocio jurídico, sobreviene durante la ejecución del contrato, haciendo excesivamente oneroso el cumplimiento de las obligaciones, y generando el derecho a que se restablezca la ecuación económica alterada y a que se indemnicen los perjuicios causados.

---

### I

#### Interpretación auténtica

Interpretación que realiza el órgano que dictó la disposición.

### **Interpretación judicial**

La interpretación que realiza el juez sobre una disposición normativa.

### **Interpretación jurídica**

Adscripción de significado de una disposición normativa.

### **Interpretar**

Adscripción de significado a un enunciado lingüístico.

## **M**

### **Modernidad industrial**

Proceso social e histórico que se hizo presente entre el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, y el cual se caracterizó por la distribución de riquezas, la hegemonía de la razón, el desarrollo técnico- científico, la definición pacífica del concepto Estado y sus funciones, y la producción de riesgos no deseados vinculados al proceso civilizatorio.

### **Modernidad industrial**

Proceso social e histórico que se hizo presente entre el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, y el cual se caracterizó por la distribución de riquezas, la hegemonía de la razón, el desarrollo técnico- científico, la definición pacífica del concepto Estado y sus funciones, y la producción de riesgos no deseados vinculados al proceso civilizatorio.

### **Modernidad reflexiva**

Proceso social e histórico que se hizo presente en la segunda mitad del siglo XX, y el cual se ha caracterizado por la indefinición del concepto Estado y sus funciones, la individualización, la destradicionalización de las formas de vida, la globalización, y la distribución de riesgos globales.

## **N**

### **Norma jurídica**

El significado atribuido a una disposición normativa.

## **R**

### **Riesgo**

Es un concepto de intensidad gradual, según el cual, la proximidad al lugar peligroso o su permanencia en éste, determina el nivel con que se hace presente en el mundo, y es útil, en el contexto de la modernidad reflexiva, para recordar el carácter imprevisible de los peligros que subyacen al proceso civilizatorio.

### **Riesgo-contrato**

La noción riesgo-contrato designa un acto jurídico creado por la voluntad de las partes, que reúne los elementos esenciales de capacidad, consentimiento, objeto, y causa, y en el cual una parte se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, y en el que subyacen riesgos que son identificados, estimados, y

asignados a quien esté en mejor capacidad de administrarlos.

### **Riesgos globales**

Efectos secundarios no previstos del proceso civilizatorio de la modernidad industrial.

---

## **S**

### **Subsistema**

Según (Basabe, 2005) para Luhmann “existen tres sistemas principales de interacción. De un lado, el de los sistemas sociales propiamente dichos, entre los que hallamos al de carácter jurídico, político, económico, cultural, etc. De otro, el del ser humano, denominado síquico; y, finalmente, el de los seres de la naturaleza, en el que se encuentran las especies animales y vegetales provistas de vida. A todos ellos la teoría sistémica los considera como independientes y autónomos, denominándolos subsistemas.

---

## **T**

### **Teoría de la imprevisión**

Designa un acontecimiento excepcional, ajeno a la voluntad de las partes y externo al vínculo negocial

conmutativo, que siendo imprevisible al momento de ofertar y suscribir un negocio jurídico, sobreviene durante la ejecución del contrato, haciendo excesivamente onerosa la ejecución de su objeto, y generando el derecho a que se restablezca la ecuación económica alterada y a que se indemnicen perjuicios .

### **Tierra de nadie**

Designa el territorio que en el marco de la Gran Guerra, se encontraba entre las líneas del frente de los ejércitos en contienda, y el cual no tenía presencia permanente de ningún bando, por el alto costo humano y material que suponía su ocupación como consecuencia del desarrollo de las nuevas armas de la artillería, las ametralladoras, alambre de espinos, rifles, aviones, y gas venenoso.

### **Tipificar**

Para efectos de la presente investigación optamos por emplear el concepto identificar, para designar aquello que legislador erradamente denominada tipificar, en tanto concepto que designa la relación de identidad entre las actividades del contrato y los daños que se pueden producir por la exposición a los peligros que subyacen en su objeto y obligaciones .

### Bibliografía

- Alchourrón, C., & Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos*. Astrea.
- Alfonso, L. P. (2008). La personalidad jurídica y su distinta construcción: personas privadas y público administrativas. *Quaestiones Juridicae*(32), 41-42.
- Alighieri, D. (1922). *La divina comedia*. Latium.
- Arendt, H. (1948). *La vida del espíritu, la voluntad y el juicio en la filosofía y en la política*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Arendt, H. (1993). *La condición humana*. Paidos.
- Aristóteles. (1873). *Moral a Nicómaco tomo I*. Patricio de Azcárate.
- Aristóteles. (1994). *Metafísica*. Gredos.
- Basabe, S. (2005). Lateoría de sistemas de Niklas Luhman. Apuntes previos para una aplicación a la sociología del derecho. *Foro Revista de derecho*(4), 193-203.
- Bauman, Z. (2000). *Modernidad líquida*. Fondo de cultura económica.
- Beck, U. (1998). *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Paidos.
- Beck, U. (2002). *La sociedad del riesgo global*. Siglo veintiuno de españa editores.
- Beck, U. (2002). *La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad*. Paidós Básica.
- Benavides, J. (2002). *El contrato estatal*. Universidad Externado de Colombia.
- Bertorello, A. (2014). El principio de inmanencia y la diferencia ontológica. *Scielo Analytics*(31), 175-193.
- Bianca, M. (s.f.). *Diritto Civile. L'obbligazione*. 1990: Giuffre Editore.

- Bravo, M. B. (1990). La propiedad privada como elaboración del liberalismo burgués. Su proceso de positivación. *Anales de estudios económicos empresariales*(5), 263-286.  
Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=786017>
- Bueno, G. (1992). En torno a la doctrina filosófica de la causalidad. *Revista Meta*, 207-227.  
Obtenido de <http://www.fgbueno.es/med/dig/meta89i.pdf>
- Bulygin, & Alchuourrón. (1991). *Análisis lógico y derecho*. Centro de estudios constitucionales.
- Bulygin, E., Atienza, M., & Bayón, J. (2009). *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*. Fundación coloquio jurídico europeo.
- Camacho, E. M. (2017). *manual de contratación de la administración pública*. Universidad Externado de Colombia.
- Camacho, E. M. (2017). *Manual de Contratación de la Administración Pública*. Universidad Externado de Colombia.
- Castro, E. (1989). *Estimación en cálculo y medida*. Síntesis.
- Chevallier, J. (2011). *El estado postmoderno*. Universidad Externado de Colombia.
- Chevallier, J. (2015). *El Estado de derecho*. Universidad Externado.
- Concha, R. (2019). *Lus et praxis*(2), 467- 476.
- Congreso. (1992). *Gaceta del congreso 75*. Obtenido de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>
- Corominas, J. (1961). *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*. Editorial Gredos S.A.
- Dávila, L. (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Legis.
- DNP. (2011). *Documento Conpes 3714*. Obtenido de <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>

- Dominguez, J. (2017). El papel de las infraestructuras públicas en el desarrollo económico territorial. *eXtroikos*(19).
- Escola. (1977). *tratado integral de los contratos administrativos*. Ediciones Depalma.
- Fernandez, G. O. (1998). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico* . Temis.
- Fiori, R. (2007). El problema del objeto del contrato en la tradición civil. *Revista de derecho privado*, 12(13), 205-260.
- Follon, J. (1998). Reflexiones sobre la teoría aristotélica de las cuatro causas. *Revue Philosophique de Louvain*, 86, 317-353.
- Fukuyama, F. (2004). *La construcción del Estado*. Ediciones B .
- G.Radbruch. (1999). *Filosofía del derecho*. Granada Comares.
- Gadamer, H.-G. (1996). *Verdad y método*. Sígueme.
- Gamboa, J. O. (2002). *Delitos de la celebración indebida de contratos*. Universidad Externado de Colombia.
- Gamboa, J. O. (2004). *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- Garbolino, P., Genovese, R., & Benedetti, C. (1989). *Modi di Attribuzione Filosofia e teoria del sistemi*. Liguori Editore.
- García, J. (2017). La idea de mérito en la antigüedad griega. (55), 219-248.
- Giddens, A. (1990). *The consequences of modernity* . Standford.
- Heidegger, M. (2005). *¿Qué significa pensar?* Trotta.
- Heidegger, M. (2010). *El ser y el tiempo*. Fondo de Cultura Económica de México.
- Hessen, J. (1987). *Tratado de Filosofía Tomo III*. Suramericana.

- Hume. (2001). *Tratado sobre la naturaleza humana*. Libros de la red. Obtenido de [http://23118.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/informacion\\_adicional/obligatorias/034\\_historia\\_2/Archivos/Hume\\_tratado.pdf](http://23118.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/informacion_adicional/obligatorias/034_historia_2/Archivos/Hume_tratado.pdf)
- ISO31000-2018. (s.f.). *Organización internacional de normalización*. Obtenido de <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:31000:ed-2:v1:es>
- Jaeger, W. (1980). *Paideia*. Fondo de Cultura Económica.
- Janouch, G. (1961). *Gespräche mit Kafka*. Fischer Verlage.
- Jellinek, G. (1958). *Teoría General del Estado*. Continental.
- Jimenez, W. (2009). La teoría de la imprevisión. ¿Regla o principio? *Misión jurídica*(2).
- Juanes, N. (2012). La causa del contrato. *Revista de la facultad*, III(1), 39-52.
- Kaufmann, A. (2013). *Filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia. Obtenido de <https://ebooks.uexternado.edu.co/epubreader/filosofa-del-derecho>
- Larenz, K. (1956). Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. *Revista de derecho privado*, 21- ss.
- Lau, C. (2017). *Nuevos riesgos y conflictos sociales*. Universidad de Augsburgo.
- Linares, J. (2003). La concepción heideggeriana de la técnica: Destino y peligro para el ser humano. *Red de revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*(10), 15-44.
- Lorente, J. A. (2017). La ciencia de las causas primeras en aristóteles. *Philosophia*, 77(1), 47-60.
- Luhman, N. (1992). *Sociología del riesgo*. Universidad Iberoamericana.
- Luhmann, N. (1991). *La Sociología del riesgo*. Universidad de Guadalajara.
- Luhmann, N. (1999). *Politique et complexité*. Cerf.
- Lumann, N. (1991). Comprensión sobre riesgos y peligros. (4), 28-217.



Mann, T. (1924). *La montaña mágica*. Grupo Editorial Tomo, S.A. de C.V.

Marienhoff, M. (1998). *Tratado de derecho administrativo Tomo III*. La Ley. Obtenido de

[http://ejuridicosalta.com.ar/files/TRATADO\\_DE\\_DERECHO\\_ADMINISTRATIVO\\_Tomo\\_III.pdf](http://ejuridicosalta.com.ar/files/TRATADO_DE_DERECHO_ADMINISTRATIVO_Tomo_III.pdf)

Martín, J. A. (2003). La ética de Aristóteles y su relación con la ciencia y la técnica. *Diálogos Educativos*, 13-38.

Mayor, C. B. (2002). Aristóteles, un pensamiento de actualidad. *Revista de la Facultad de Educación de Albacete*(17), 11-48.

Mazeaud, H., & Mazeud, J. (1959). *Lecciones de derecho civil. Parte primera. Volumen I*. Ediciones jurídicas Europa - América.

Mesa, R. (2008). El concepto de riesgo y la protección social a la infancia en Aragón. Un análisis socio jurídico. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 80-247. Obtenido de [http://plan.aragob.es/FBA.nsf/0/69ab51f700828ec3c1257585003bc3de/\\$FILE/El%20concepto%20de%20riesgo%20y%20la%20protecci%C3%B3n%20social%20a%20la%20infancia%20en%20Arag%C3%B3n%20un%20an%C3%A1lisis%20socio-jur%C3%ADdico.pdf](http://plan.aragob.es/FBA.nsf/0/69ab51f700828ec3c1257585003bc3de/$FILE/El%20concepto%20de%20riesgo%20y%20la%20protecci%C3%B3n%20social%20a%20la%20infancia%20en%20Arag%C3%B3n%20un%20an%C3%A1lisis%20socio-jur%C3%ADdico.pdf)

Nati, C. (1999). Problemas de la noción de causa final en Aristóteles. *Anuario filosófico*, 32, 39-57.

Norma técnica NTC-IEC/ISO 31010 (Icontec Internacional 2013).

Péquignot. (1953). Des contrats administratifs. *extrait du juris-classeur administratif*, 511(241), 46-47.

Pérez, A. D. (Julio-Diciembre de 2008). Una revisión del concepto clásico de contrato. *Revista facultad de derecho y ciencias políticas*, 38(109), 453-479.

- Pérez, C. L. (2017). El contenido del contrato y la determinación del precio en la propuesta de código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. *ADC, LXX(III)*, 1073-1137.
- Pizarro, N. A. (1967). *ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA Tomo IV*. Editorial Bibliográfica Argentina.
- RAE. (06 de 05 de 2020). *Diccionario de la lengua española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/riesgo>
- Renn, O. (1998). the role of risk perception for risk management. *Reliability engineering and system safety*, 49-62.
- República, C. d. (Ley 1150 de 2007). Artículo 4. Diario oficial N° 46.691 de 16 de julio de 2007.
- Sábato, E. (1951). *Hombres y engranajes*. Emecé.
- Sentencia, 11001-03-26-000-2015-00068-00 (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo 28 de octubre de 2019).
- Sols, I. (2014). Recupreando la causa formal sin abandonar la causa eficiente. *Naturaleza y Libertad. Revista de estudios interdisciplinarios*, 3, 151- 166.
- Speranza, A. (s.f.). *Ecología profunda y autorrealización*. Biblos.
- Strauss, L. (1970). *Qué es filosofía política*. Guadarrama.
- Trotsky, L. (1973). *Yo acuso. La era de la revolución permanente*. Juan Pablo Editores.
- Upegui, J. (2017). Tipos y elementos del Estado constitucional. En P. Acosta, C. Bernal, J. Flórez, C. López, N. Osuna, S. Pérez, . . . B. Vela, *Lecciones de derecho constitucional Tomo I* (págs. 117-268). Universidad externadod de Colombia.
- Valbuena, F. (1997). *Teoría General de la información*. Noesis.
- Vélez, J. C. (2013). *Forma y contenido del contrato estatal*. Universidad Externado de Colombia.

- Vergel, E. F. (2019). *La causa en los actos y negocios jurídicos*. Leyer editores.
- Villa, A. (2017). Heidegger y su concepto de mundo. *Ratio juris*, 1(3), 123-134.
- Viniegra, L. (2019). Crítica de la causalidad mecanicista en las ciencias de la vida. (I. N. Salud, Ed.) *Boletín médico del Hospital Infantil de México*, 76(4).
- Voegelin, E. (1987). *The new science of politics: an introduction*. Universidad of Chicago Press.
- Weber, M. (1979). *El político y el científico*. Alianza Editorial Madrid.
- Zárate, F. (23 de diciembre de 2012). La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil: una aproximación desde la perspectiva de la jurisdicción civil en Colombia. *Revista de derecho privado*, 233-265.
- Zorilla, D. M. (2010). *Metodología Jurídica y argumentación*. Marcial Pons.
- Zweig, S. (2013). *Novela de Ajedrez*. Acantilado.