



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala Plena

Magistrado Ponente: Dr. Eugenio Fernández Carlier

ACCIÓN DE TUTELA INSTAURADA POR EL SEÑOR IVÁN ROBERTO PEDRAZA RÍOS, CONTRA EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, -UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE CARRERA JUDICIAL, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, Y LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA.

Fecha de Reparto

27 de octubre de 2020

Expediente Nro.

11-001-02-30-000-2020-00716-00

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO

E. S. D.

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: IVÁN ROBERTO PEDRAZA RIOS
ACCIONADOS: UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

IVÁN ROBERTO PEDRAZA RIOS, mayor de edad identificado con cédula de ciudadanía nro. **1.057.580.340 de Sogamoso**, actuando en mi propio nombre y representación, interpongo ACCIÓN DE TUTELA en contra de la UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL, la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA con fundamento en los siguientes argumentos:

I. COMPETENCIA

Su Despacho es competente, para conocer del asunto, de conformidad a lo establecido en reiterativas providencias de la Honorable Corte Constitucional, de los cuales se cita el auto A-251 del 22 de julio de 2020, emitido por la Sala Plena de la Corporación, en el cual se indica que:

...existen únicamente tres factores de asignación de competencia en materia de tutela, a saber:

(i) El factor territorial, en virtud del cual son competentes “a prevención” los jueces con jurisdicción en el lugar donde: (a) ocurre la vulneración o la amenaza que motiva la presentación de la solicitud, o (b) donde se produzcan sus efectos (artículos 86 de la Constitución y 37 del Decreto 2591 de 1991);

(ii) El factor subjetivo, que corresponde al caso de las acciones de tutela interpuestas en contra de: (a) los medios de comunicación, cuyo conocimiento fue asignado en primera instancia a los jueces del circuito de conformidad con el factor territorial (artículo 37 del Decreto 2591 de 1991), y (b) los órganos de la Jurisdicción Especial para la Paz, cuya resolución corresponde al Tribunal para la Paz (artículo 8° transitorio del título transitorio de la Constitución); y

(iii) El factor funcional, que debe ser verificado por las autoridades judiciales al momento de asumir el conocimiento de una impugnación de un fallo de tutela, y que implica que únicamente pueden conocer de ella las autoridades judiciales que ostentan la condición de “superior jerárquico correspondiente” en los términos establecidos en la jurisprudencia constitucional (artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).

4. Igualmente, esta Sala ha señalado que la aplicación de las normas previstas en el Decreto 1069 de 2015, que fueron modificadas parcialmente por el Decreto 1983 de 2017, no autorizan al juez de tutela para abstenerse de conocer de los asuntos de amparo que le son asignados, en la medida en que únicamente se refieren a reglas administrativas para el reparto, pero no hacen alusión a la competencia de las autoridades judiciales. En este sentido, cabe resaltar que el parágrafo segundo del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015 expresamente dispone que “las

anteriores reglas de reparto no podrán ser invocadas por ningún juez para rechazar la competencia o plantear conflictos negativos de competencia”.

5. Así las cosas, teniendo en cuenta que las disposiciones del mencionado decreto reglamentario no son presupuesto para que un juez se aparte del conocimiento de un asunto, este Tribunal ha expresado que “en el caso de que dos autoridades judiciales promuevan un conflicto de competencia por este motivo, el expediente será remitido a aquella a quien se repartió en primer lugar con el fin de que la acción de tutela sea decidida inmediatamente, sin que medien consideraciones adicionales”.

6. Por lo demás, esta Corte ha reiterado que en virtud del principio *perpetuatio jurisdictionis*, cuando una autoridad judicial, sin desconocer las reglas de competencia fijadas en el Decreto 2591 de 1991, avoca el conocimiento de una acción de tutela no puede apartarse de su examen bajo ninguna circunstancia y, menos aún, con fundamento en las reglas de reparto contenidas en el Decreto 1983 de 2017...

De lo cual se concluye que los únicos factores de competencia son el territorial (según lugar de afectación de los derechos fundamentales o donde se producen sus efectos), el subjetivo (respecto a medios de comunicación y órganos de la Jurisdicción Especial para la Paz) y el funcional (en cuanto a quien conoce las impugnaciones de los fallos de tutela), **sin que sea dable declarar la falta de competencia, ni mucho menos formular un conflicto, con base en los factores de reparto contenidos en el Decreto 1069 de 2015, que modificado parcialmente por el Decreto 1983 de 2017**, siendo obligación del juez que conoció de la tutela en primer momento resolver el fondo del asunto.

En tal virtud, en el presente asunto el único factor de competencia aplicable es el territorial, que conforme lo indicado, entre otros, en el A-128 del 24 de abril de 2006, proferido por la Sala Plena del Máximo Tribunal Constitucional, se encuentra determinado con base en:

...que el domicilio del accionante -no del accionado- debe entenderse como el lugar donde se presenta la presunta vulneración de los derechos fundamentales del mismo...

Análisis que permite concluir que toda vez que mi domicilio se encuentra radicado en el lugar de presentación de la presente tutela, la competencia para conocer del presente asunto indudablemente se encuentra radicada en su Despacho.

II. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La presente acción de tutela es procedente para el amparo de mis derechos fundamentales, como quiera que conminarme a acudir a un proceso ordinario ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa conllevaría a la prolongación de la vulneración de mis intereses constitucionales, al tornarse en un medio ineficaz, teniendo en cuenta que la duración de los procesos en dicha Jurisdicción¹.

Al respecto, se tiene que la Honorable Corte Constitucional ha determinado a la tutela como medio idóneo para la protección de los derechos vulnerados en el adelantamiento de concursos de méritos, tal como lo ha establecido en retirada jurisprudencia, de la cual se cita la Sentencia T-156 de 2012, donde señaló:

1

https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/8829673/TOMO+I+TIEMPOS+PROCESALES_18122015.pdf/2da294fd-3ef6-4820-b9e0-7a892b1bdbf0

...4. Procedencia de la acción de tutela en casos como el presente. Reiteración de jurisprudencia.

Como primera medida, la Corte reitera que la acción de tutela, sin perjuicio de su naturaleza residual, es un mecanismo procedente para proteger los derechos de quienes han participado en concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera en las entidades estatales y han sido seleccionados, en la medida en que las acciones ordinarias ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo no proveen un mecanismo efectivo, oportuno e idóneo para la protección de los derechos al trabajo, a la igualdad y al debido proceso.

Ha explicado la jurisprudencia constitucional en este sentido, en línea decisoria que se reiterará en su integridad en la presente sentencia:

“5.1. La Corte Constitucional ha señalado de manera recurrente que la acción de tutela es un mecanismo protector de derechos fundamentales de naturaleza residual y subsidiaria, por lo cual solo puede operar para la protección inmediata de los mismos cuando no se cuenta con otro mecanismo judicial de protección, o cuando existiendo este, se debe acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sin embargo, la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede ‘desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto’, en aquellos casos en que el mecanismo alternativo no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos.

5.2. Considera la Corte que **en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata.** Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular... (Subrayado y negrita por fuera de texto original)

Igualmente, en Sentencia T-180 de 2015 la Alta Corte Constitucional consideró:

... Ahora bien, en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas

implica la prolongación de la vulneración en el tiempo.

Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009 se determinó que: “en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”.

Entonces, en ciertas circunstancias **los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo.**

La Corte ha resaltado que la provisión de empleos a través de concurso busca la satisfacción de los fines del Estado y garantiza el derecho fundamental de acceso a la función pública. Por ello, la elección oportuna del concursante que reúne las calidades y el mérito asegura el buen servicio administrativo y requiere de decisiones rápidas respecto de las controversias que surjan entre los participantes y la entidad.

Así las cosas, este Tribunal ha entendido que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales... (Subrayado y negrita por fuera de texto original)

III. **HECHOS**

PRIMERO. Me encuentro participando en el concurso de méritos para la provisión de los cargos de funcionarios de la Rama Judicial (Convocatoria 27), convocado mediante Acuerdo nro. PCSJA18-11077 del 16 de agosto de 2018 (http://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7e%2fApp_Data%2fUpload%2fPCSJA18-11077a.pdf), tal como se puede verificar en el listado de inscritos emitido por la UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL (<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/7227621/19224448/Listado+Total+Inscritos+con+Nombre.pdf/33db134f-219f-4ab4-90e7-875111f4f607>).

SEGUNDO. Para el adelantamiento del mencionado concurso, el DIRECTOR EJECUTIVO DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL celebró con la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA el Contrato de Consultoría nro. 096 del 01 de agosto de 2018 (https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=18-15-8109094&q-recaptcha-response=03AGdBq24Znn_1L8rUkHS97uVGrOMT07o3FQqNOLxJltpUfggJ24Q3qBBDhJah5Q3mKFwHw6au2Q3ZogLsOG0PymNGoibUqb5No5Ph2IbIdSCEgn8JowLr0SkPm5-CJ_OziBzl-096OjnZvEO7yV3bfQ6hufqUYj21NBG82oV4Hjoq5_7Mm1G5PseY-HpIVcp616ZWrlNSu8_6loKVx-FPFzOrJAXBYSEQ-b2I5Aa5SSeOkZO9lfNEytevJ1LaHWXbw7aSvyiYA3U5ArzNf3HfjgygLSXxQxoGelfIMzI47OjS3mt60WbcDKISfm6kD8QN62WcT2CQuZjyMtbCnp505Yn3-b110plrmfcpQ7SxApK-FulgOWnf9TxaZCGT9Mrij6_nYKU3oB_vQVicaXGVdkt6d68sd1hPR7sW0bg4UJy8zChn3a

[LHbrBSKxPAossSz7K1FsqIhNFQusnCVFuOe1NumhZbCcsWUg](#)), que actualmente se encuentra en ejecución.

TERCERO. El proceso de selección actualmente se encuentra en la etapa de resolución de los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución nro. CJR19-0679 del 07 de junio de 2019, proferida por la UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL (<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/7227621/21981712/CJR19-0679.pdf/e0e4bb2f-c4f1-48bd-bf5d-c6d13fd9c550>), por medio de la cual se corrige la actuación administrativa y se publica la calificación de las pruebas de aptitudes y conocimientos. Es de advertir que en esta fase varios de los concursantes han solicitado la exhibición de los cuadernillos, hojas de respuestas y claves de calificación.

CUARTO. Si bien el concurso contaba con un cronograma publicado por la UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL (<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/7227621/19224448/Cronograma+Fase+Final+V.2.pdf/13c19269-aea1-40a0-a1ae-70b5aeb7408f>), el mismo se ha visto afectado por distintas cuestiones que atañen al procedimiento y decisiones judiciales.

QUINTO. Entre las anteriores contingencias se resalta el fallo de tutela del 25 de septiembre de 2019, proferido por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C, dentro del proceso de radicación número 11001-03-15-000-2019-01310-01 (<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/7227621/11268794/FALLO+DE+2DA.+INSTANCIA.pdf/98f3df13-526e-42a2-9e39-fd5b908ff656>), en el que se ordenó llevar a cabo una nueva jornada de exhibición a todos los concursantes que solicitaron el acceso a los documentos de la prueba, planteando dentro de las opciones facultativas con las que cuentan las autoridades para el cumplimiento de la sentencia, incluso el envío telemático o físico de la mencionada documentación.

SEXTO. La anterior decisión judicial se encuentra en firme y no existe impedimento alguno para su cumplimiento, ya que las accionadas cuentan con las herramientas para llevar a cabo la jornada de exhibición, al punto que en procesos meritocráticos paralelos al presente, las mismas autoridades han tomado las medidas necesarias para tal fin, tal como puede ser evidenciado en la Convocatoria 4, por medio de cual se adelanta el proceso de selección y se convoca al concurso de méritos para la provisión de los cargos de empleados de carrera de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios, en la que la jornada de exhibición será realizada el 01 de noviembre de 2020 (<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/7227621/14829235/CRONOGRAMA+FINAL+CONVOCATORIA+26++07.10.20.pdf/983f5792-c3a1-4a56-a9c7-0135e78ddbe8>).

SÉPTIMO. En este punto, es preciso advertir que la fecha fijada para la jornada de exhibición de la mencionada Convocatoria 4, solamente fue lograda a partir de un fallo de tutela de fecha 13 de marzo de 2020, dictado por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, dentro del proceso de radicación número 2020-00003, (<https://t.co/qe9dsHEEzy?amp=1>), que ordenó la adopción de un cronograma en protección de los derechos fundamentales del accionante y en cumplimiento de los postulados de la Corte Constitucional, que se solicita sean igualmente tenidos en cuenta en la presente acción de tutela.

OCTAVO. A pesar de lo esbozado, en la Convocatoria 27 no se conoce fecha cierta de la realización de la jornada de exhibición, por lo que el concurso de méritos se encuentra paralizado.

NOVENO. Las anteriores circunstancias han conllevado al incumplimiento del cronograma inicialmente fijado, lo que si bien pudiere llegar a tornarse justificado, no permite entender como el mismo no ha sido reajustado conforme a dichas eventualidades, lo que impide conocer los términos prudenciales en que debe avanzar el concurso de méritos evitando dilaciones injustificadas, sin que sea de recibo que las autoridades encargadas de adelantar el proceso de selección se tomen de manera arbitraria tiempos desproporcionados para adelantar las distintas etapas, ya que los concursos de méritos deben respetar los principios de planeación, economía, eficiencia y eficacia, lineamientos que en el presente caso han sido obviados y olvidados.

DÉCIMO. Finalmente, no puede ser posible que en cada concurso que adelante la RAMA JUDICIAL la ineficiencia e ineficacia se acentúe y se fortalezca, ya que lastimosamente estas demoras no son nuevas y parece que se volvieron una malsana costumbre al interior de los procesos de selección, teniendo en cuenta que sus concursos se finiquitan generalmente luego cinco (5) años cuando las demás entidades del estado (Comisión Nacional del Servicio Civil, Fiscalía General de la Nación, Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República, Defensoría del Pueblo, etc.) manejan un promedio de dos (2) años con números similares de participantes, dejando mucho que desear frente a la gerencia y administración de la carrera judicial.

IV. DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS

La UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL, la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA han violado mis derechos fundamentales al **DEBIDO PROCESO Y ACCESO A CARGOS PÚBLICOS**, así como los **PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE GOBIERNAN LA CARRERA JUDICIAL**.

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Frente al asunto que nos ocupa en la presente acción de tutela, la Honorable Corte Constitucional ha establecido los siguientes lineamientos en la sentencia T-682 de 2016:

...la convocatoria en el concurso público de méritos es la norma que de manera fija, precisa y concreta reglamenta las condiciones y los procedimientos que deben cumplir y respetar tanto los participantes como la administración. Son reglas inmodificables, que tienen un carácter obligatorio, que imponen a la administración y a los aspirantes el cumplimiento de principios como la igualdad y la buena fe. Las reglas del concurso autovinculan y controlan a la administración, y se vulnera el derecho del debido proceso cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Solo en casos excepcionales, y por “factores exógenos”, como señala el precedente de la Corporación, cuando se varían las etapas o normas, dicha modificación debe ser publicitada a los participantes. Reglas que deben ser precisas y concretas, con el fin de que los aspirantes tengan un mínimo de certeza frente a las etapas del proceso de selección y la duración de las mismas, que no los someta a una espera indefinida y con dilaciones injustificadas.

(...)

...la demora también obedece a una falta de planificación en el cronograma de actividades del concurso, el cual se regula por el Acuerdo expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, y que no contiene plazos fijos y precisos para el desarrollo de las etapas. Estima la Sala que deben las entidades administrativas encontrar los

mecanismos que permitan dentro del marco de la igualdad y respeto del derecho de defensa de los participantes, evitar retrasos en el desarrollo de la convocatoria, así como desde el inicio, desarrollar una agenda con fechas ciertas para las etapas del concurso.

...Es así como se requiere de las entidades administradoras un manejo diligente de las convocatorias a efectos de cumplir, en un término perentorio, los procesos de selección. Como quiera que el régimen de carrera especial de la Rama Judicial demanda un proceso adicional como es el Curso de Formación Judicial, (cuya duración es aproximadamente un año), debe tenerse en cuenta dicha situación a efectos de crear un cronograma que no se extienda indefinidamente para los aspirantes, más cuando la normativa constitucional y legal impone que, en lo posible, el nombramiento de los funcionarios se realice con base en una lista de elegibles, razón por la cual se ordena realizar las convocatorias cada dos años.

(...)

...se ordenará al Consejo Superior de la Judicatura que debe realizar una nueva Convocatoria la cual debe iniciar a más tardar en marzo de 2020, o antes de ser necesario si la lista de elegibles de la Convocatoria 22 se agota, la cual debe contener no solo las pautas, términos y condiciones de la misma, sino que, además, debe establecer un cronograma con fechas precisas y concretas para su desarrollo, tomando en consideración los lapsos de tiempo necesarios que permitan el cumplimiento de la misma, y que garanticen una nueva lista de elegibles al momento de vencer la originada con la Convocatoria 22. Lo anterior, por cuanto se evidencia que el derecho de acceder a los cargos públicos deviene del cumplimiento de las normas legales y constitucionales que prevén la realización de concursos que señalen las condiciones, procedimientos y plazos precisos para su realización. Dicha regla viene siendo desconocida por el Consejo Superior de la Judicatura cuando no realiza los concursos ni gestiona procesos diligentes y eficaces tendientes a mantener una lista de elegibles vigente, a efectos de nombrar los funcionarios que han superado un proceso de selección, lo que constituye una vulneración del debido proceso.

7. CONCLUSIONES Y DECISIÓN A ADOPTAR

De la anterior exposición se colige que constituye un imperativo para el Consejo Superior de la Judicatura cumplir los términos previstos para realizar los concursos en la rama judicial y, por consiguiente, dedicar sus esfuerzos a que se conforme la lista de elegibles con quienes hayan superado las etapas de clasificación y selección, tomando en cuenta que este registro tiene una vigencia de cuatro años. Es así como debe reglamentar, adoptar y ejecutar todas las medidas que considere pertinentes a efectos de cumplir lo señalado en la Ley Estatutaria de Justicia al respecto.

Se requiere de las entidades administradoras un manejo diligente de las convocatorias y como quiera que el proceso especial de la carrera judicial de la Rama demanda de un proceso adicional como es el Curso de Formación Judicial, (cuya duración es aproximadamente un año), debe tenerse en cuenta dicha situación a efectos de crear un cronograma que no se extienda indefinidamente para los aspirantes, más cuando la normativa constitucional y legal impone que, en lo posible, el nombramiento de los funcionarios se realice con base en una lista de elegibles.

Se vulnera el derecho del debido proceso cuando las autoridades administrativas encargadas de realizar los procesos de selección no realizan convocatorias que, de manera precisa, y concreta señalen las condiciones, pautas procedimientos y presenten un cronograma definido para los aspirantes, regla que viene siendo desconocida por el Consejo Superior de la Judicatura cuando no realiza los concursos y no planea y ejecuta procesos diligentes y eficaces tendientes a mantener una lista de elegibles a efectos de nombrar los funcionarios de la carrera judicial. Esto por cuanto el derecho de acceder a los cargos públicos deviene del cumplimiento de las normas legales y constitucionales que prevén la realización de procesos de selección.

Con sujeción a la precedente argumentación la acción de tutela de la referencia está llamada a prosperar, razón por la cual esta Sala modificará la sentencia proferida por la Sección Segunda Subsección A, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante la cual se modificó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala de Decisión del Sistema Oral. En consecuencia, se ordenará al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, que deberá realizar todas las gestiones y actuaciones que le permitan iniciar una nueva Convocatoria para el concurso de méritos para la provisión de los cargos de Funcionarios de la Rama Judicial. Proceso de Selección que debe iniciar a más tardar en marzo de 2020, o antes de ser necesario, el cual debe contener no solo las pautas, términos y condiciones del mismo, sino que además debe establecer un cronograma con fechas precisas y concretas para su desarrollo, tomando en consideración los lapsos de tiempo necesarios que permitan el cumplimiento de la misma, y que garanticen una nueva lista de elegibles al momento de vencer la originada con la Convocatoria 22.

VI. PRETENSIONES

Teniendo en cuenta los fundamentos facticos y de derecho, los cuales sustentan la presente acción de tutela, además del acervo probatorio recaudado a lo largo del trámite procesal, comedidamente se solicita se acceda a las siguientes pretensiones:

PRIMERO. Se TUTELEN mis derechos fundamentales al **DEBIDO PROCESO Y ACCESO A CARGOS PÚBLICOS**, así como los **PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE GOBIERNAN LA CARRERA JUDICIAL**, violados por la UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL, la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA.

SEGUNDO. Se ORDENE a la UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL, que en el término improrrogable de 48 horas, adopte el nuevo cronograma que regirá las etapas subsiguientes del concurso de méritos para la provisión de los cargos de funcionarios de la Rama Judicial (Convocatoria 27), convocado mediante Acuerdo nro. PCSJA18-11077 del 16 de agosto de 2018, estableciendo plazos razonables y controlables por las autoridades judiciales y administrativas para cada una de las fases pendientes.

TERCERO. Se ORDENE a la UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL dar cumplimiento juicioso al nuevo cronograma que regirá las etapas subsiguientes del concurso de méritos para la provisión de los cargos de funcionarios de la Rama Judicial (Convocatoria 27), convocado mediante Acuerdo nro. PCSJA18-11077 del 16 de agosto de 2018.

CUARTO. Se ORDENE a la UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL que en el caso se existir circunstancias sobrevinientes que modifiquen el

cronograma adoptado en virtud de la orden judicial de tutela, proceda a modificarlo en el término improrrogable de 48 horas contadas a partir de la eventualidad que genere su cambio, poniendo en conocimiento de la autoridad judicial de tutela el nuevo cronograma y los motivos justificantes que llevaron a ello, evitando así que el concurso de méritos se quede sin cronograma en algún momento futuro y permitiendo su control judicial.

QUINTO. Se ORDENE a la UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL y a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, que adelanten las actuaciones administrativas y contractuales necesarias para llevar a cabo la jornada de exhibición pendiente, en el término improrrogable de 1 mes, plazo que deberá ser incluido en el cronograma a adoptar.

VII. PRUEBAS

Respetuosamente solicito se tengan en cuenta las siguientes pruebas:

A. Documentales

Se aporta disco compacto con los siguientes documentos:

1. Acuerdo nro. PCSJA18-11077 del 16 de agosto de 2018, que puede ser consultado en el siguiente vínculo:
http://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7e%2fApp_Data%2fUpload%2fPCSJA18-11077a.pdf
2. Listado de inscritos emitido por la UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL, que puede ser consultado en el siguiente vínculo:
<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/7227621/19224448/Listado+Total+Inscrito+s+con+Nombre.pdf/33db134f-219f-4ab4-90e7-875111f4f607>
3. Contrato de Consultoría nro. 096 del 01 de agosto de 2018, que puede ser consultado en el siguiente vínculo:
https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=18-15-8109094&q-recaptcha-response=03AGdBq24Znn_1L8rUkHS97uVGrOMT07o3FQqNOLxJltpUfggJ24Q3qBB DhJah5Q3mKfW6au2Q3ZogLsOG0PymNGoibUqb5No5Ph2lIdSCEqn8JowLr0Sk Pm5-CJ_OziBzI-096OjnZvEOn7yV3bfQ6hufqUYj21NBG82oV4Hjoq5_7Mm1G5PseY-HpIVcp616ZWriNSu8_6loKVx-FPFzOrJAXBYSEQ-b2I5Aa5SSeOkZO9IfNEytevJ1LaHWXbw7aSvyiYA3U5ArzNf3HfjqyqLSXxQxoGelfIMzI47OjS3mt60WbcDKISfm6kD8QN62WcT2CQuZjyMtbCnp505Yn3-b110plrmfcpQ7SxApK-FulgOWnf9TxaZCGT9Mrj6_nYKU3oB_vQVicaXGVdkt6d68sd1hPR7sW0bg4UJy8zChn3aLHbrBSKxPAossSz7K1FsqlhNFQusnCVFuOe1NumhZbCcsWUg
4. Resolución nro. CJR19-0679 del 07 de junio de 2019, proferida por la UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL, que puede ser consultada en el siguiente vínculo:
<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/7227621/21981712/CJR19-0679.pdf/e0e4bb2f-c4f1-48bd-bf5d-c6d13fd9c550>
5. Cronograma inicial de la Convocatoria 27 publicado por la UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL, que puede ser consultado en el siguiente vínculo:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/7227621/19224448/Cronograma+Fase+Final+V.2.pdf/13c19269-aea1-40a0-a1ae-70b5aeb7408f>

6. Fallo de tutela del 25 de septiembre de 2019, proferido por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C, , dentro del proceso de radicación número 11001-03-15-000-2019-01310-01, que puede ser consultado en el siguiente vínculo: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/7227621/11268794/FALLO+DE+2DA.+INSTANCIA.pdf/98f3df13-526e-42a2-9e39-fd5b908ff656>
7. Cronograma vigente de la Convocatoria 4 publicado por la UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL, que puede ser consultado en el siguiente vínculo: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/7227621/14829235/CRONOGRAMA+FINAL+CONVOCATORIA+26++07.10.20.pdf/983f5792-c3a1-4a56-a9c7-0135e78ddbe8>)
8. Fallo de tutela de fecha 13 de marzo de 2020, dictado por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, dentro del proceso de radicación número 2020-00003, que puede ser consultado en el siguiente vínculo: <https://t.co/qe9dsHEEzy?amp=1>

VIII. JURAMENTO

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 manifiesto bajo la gravedad del juramento, que no he interpuesto otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos ante ninguna autoridad judicial.

IX. SOLICITUD ESPECIAL

En aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, comedidamente solicito que la presente acción de tutela sea comunicada a todos demás participantes del concurso de méritos, quienes tienen un interés legítimo en el resultado del proceso.

X. NOTIFICACIONES

A las accionadas:

- **UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL.** Correo electrónico: carjud@cendoj.ramajudicial.gov.co
- **DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.** Correo electrónico: deajnotif@deaj.ramajudicial.gov.co
- **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA.** Correo electrónico: notificaciones_juridica_nal@unal.edu.co

A los terceros interesados:

- A través de las entidades accionadas, en los correos electrónicos que cada uno de los concursantes hubiere suministrado para el efecto.

A quien suscribe la presente acción:

- **Correo electrónico:** pedrazariosivan@gmail.com o en el abonado celular: 3114414145

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'I-R-P', written over a horizontal line.

IVÁN ROBERTO PEDRAZA RÍOS
C.C. N° 1.057580.340 de Sogamoso.

ALVARO DARIO BECERRA SALAZAR
Abogado de la Universidad Externado de Colombia.
Especializado en Contratación Estatal y Derecho Tributario

Los RIESGOS en la CONTRATACIÓN ESTATAL

Estimación, tipificación y asignación



ÍNDICE GENERAL

Presentación.....	7
PRIMERA PARTE	
TEORÍA	
1. La normatividad bajo análisis.....	13
2. Semántica.....	14
3. Las esperanzas de los contratantes, lo previsible y lo no previsible.....	15
4. Riesgos y cumplimiento cabal de la obligación.....	19
5. Acto de configuración del riesgo.....	24
5.1. Etapas.....	25
5.2. Naturaleza jurídica.....	28
5.3. Impugnación.....	29
6. Asunción del riesgo.....	31
6.1. Asunción de obligaciones condicionales.....	31
6.2. Conmutatividad del contrato estatal y asignación del riesgo.....	34
6.3. Las obligaciones generadas y consecuencias de su incumplimiento.....	38
7. Régimen del riesgo y el equilibrio financiero del contrato.....	40
7.1. Asunción de riesgos según el Consejo de Estado, relación entre la teoría del EFC y la asignación de riesgos.....	46
7.2. Equilibrio financiero del contrato como elemento normativo en el Decreto 066 de 2008.....	50
SEGUNDA PARTE	
PRAXIS	
1. El documento Conpes 3107.....	53
2. Categorización de los riesgos.....	57

LEYER
EDITORIAL

"LOS RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL"

ISBN 978-958-711-412-6

© La presente obra ha sido registrada por EDITORIAL LEYER. En consecuencia, las características internas y externas de esta publicación, su denominación comercial y marcas son de su exclusiva propiedad. Queda, por lo tanto, prohibida la reproducción total o fragmentaria de su contenido, así como la utilización de alguna de dichas características que puedan crear confusión en el mercado.

Hecho el depósito legal

EDITORIAL
Carrera 4ª No. 16-51
PBX: 2621903
Teléfono (1) 2622373
www.edleyer.com
contacto@edleyer.com
Bogotá, D.C. - Colombia

LIBRERÍAS

BOGOTÁ: Cra. 7ª No. 12-15 Tels. 3429067-3364200 Telefax (1) 2622373 -MEDELLÍN: Av. La Playa (Calle 52) No. 45-50 Edificio Los Bucaros Tels. 5112926-5194883 -FERREÑA: Cra. 10 No. 19-52 Local 41 Corripio Diario del Quin Tels. 3257381 -BARRANQUILLA: Calle 40 No. 44-69 Tels. 3403061 -BUCAFAMANGA: Calle 35 No. 12-41 Tel. 6428265 -CAJÍ: Cra. 7ª No. 11-46 Tel. 6824808 -CARTAGENA: Calle 2ª de Badillo No. 36-55 Tel. 6641700 -MANIZALES: Cra. 2ª No. 21-24 Tel. 8631570 -POPAYÁN: Calle 6ª No. 9-08 Tel. 8220741 -ARMENIA: Calle 21 No. 11-29 Tel. 7441522 -MONTERÍA Calle 27 No. 4-18 Tel. 7821878 -SANTA MARTA: Calle 17 No. 4-06 Tel. 4315734.

LOS RIESGOS EN LA CONTRATACION ESTATAL

Asignación de los riesgos.....	60
Clasificación y asignación de riesgos según el tipo de contrato.....	65
1. En obra pública.....	65
4.1.1. Por riesgos en planeación y ejecución de la obra.....	65
4.1.2. Por riesgos derivados de la fuerza mayor o el caso fortuito.....	71
4.1.2.1. Por fenómenos naturales.....	71
4.1.2.2. Por actos humanos.....	75
4.1.3. Por circunstancias económicas o legales.....	77
4.1.4. Regla general para contratos con precio global.....	83
2. En adquisición de bienes.....	84
4.2.1. Riesgos dentro del plazo acordado para la entrega de la mercancía.....	84
4.2.2. Riesgos en la etapa de recepción.....	87
4.2.3. Riesgos posteriores a la recepción de los bienes.....	88
4.2.4. Dos casos especiales.....	91
4.2.5. Riesgos financieros y legales.....	91
3. Riesgo en prestación de servicios y consultoría.....	92
a. Estimación del riesgo.....	99
Matrices de configuración del riesgo.....	101
1. En contrato de obra pública.....	101
2. En adquisición de bienes.....	104
3. En prestación de servicios y consultoría.....	105
Índice.....	106

A Rafael Álvaro y María del Socorro

PRESENTACIÓN

Después de varios años de espera, por fin llegó la anhelada reforma a la Ley 80 de 1993, que indudablemente implica un avance en la búsqueda de instrumentos para hacer más transparente y objetiva la escogencia de los contratistas del Estado pero, que de manera también incuestionable, ha significado una pérdida de oportunidad para haber reforzado tales cometidos.

Nos trae la reforma, instrumentada por medio de la Ley 1150 de 2007, una gran novedad consistente en que a partir del 17 de enero de 2008 ha de realizarse un estudio de los riesgos de la contratación estatal a través de su tipificación, de su asignación y de su estimación.

El nuevo dispositivo legal es un elemento esencial para la planeación del contrato, con base en él, las partes conocen desde el principio cuáles son las eventualidades que rodean la ejecución de cada contrato en particular y a cuál de ellas corresponde prevenirlas y conjujarlas. De tal forma, es también un mecanismo para evitar descalabros al patrimonio público, pues quedará claro desde la etapa precontractual bajo qué circunstancias el Estado o el particular deberán afrontar los efectos económicos de los riesgos.

Ya para el año 2002, el Gobierno hizo un esbozo sobre el régimen de riesgos en el contrato estatal cuando por medio del artículo octavo del Decreto 2170 de ese año, estableció que los estudios previos debían contener "el análisis de los riesgos de la contratación y en conse-

cuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista."

Sin embargo, como para todos es sabido, este estudio en la realidad de todos los procedimientos contractuales, se limitó simplemente a enumerar el número de pólizas, vigencias y montos a asegurar por parte del contratista, sin que en modo alguno, fuere en realidad un estudio del riesgo.

El artículo cuarto de la Ley 1150, nos trae una disposición mucho más clara en cuanto a los alcances de la definición del riesgo; emplea las expresiones estimar, tipificar y asignar, las cuales no dejan lugar a duda sobre lo querido por el legislador; determina además el derecho que asiste a los oferentes para participar en la etapa de la configuración del riesgo.

La claridad del artículo conlleva para las entidades estatales la necesidad de estudiar minuciosamente cada contrato advirtiendo los riesgos que sea posible prevenir en su ejecución. Luego de detectados los riesgos, estos se deben definir, explicando de qué se tratan o en qué consisten para posteriormente asignar cada uno de ellos a la parte que conforme a ciertas reglas de la ley, de la buena fe, de la conmutatividad, de la equidad, de la lógica, de la ciencia o de la experiencia, lo debe soportar.

La doctrina existente en el país sobre el tema en concreto es escasa si no inexistente, por lo cual la aproximación ha tenido que hacerse siguiendo el camino trazado para el sector de la construcción en el ámbito privado, especialmente internacional. También haciendo un ejercicio de adecuación de la teoría del equilibrio financiero del contrato al nuevo instrumento legal.

El texto que se pone a disposición del lector no pretende tener los alcances de un tratado o teoría que pretenda agotar la materia; debe tomarse más como una

aproximación a un tema novedoso, sin tratamiento por parte de la doctrina nacional, así como la exposición de una serie de propuestas para llevar a la práctica la configuración del riesgo en el contrato estatal colombiano.

El libro está pensado en los contratos del día a día; en tal medida no está diseñado para la estructuración de megaproyectos con participación de capital privado ni para contratos de concesión, en los cuales la distribución de los riesgos tienen un punto de referencia conforme al cual a mayor asunción del riesgo hay más tarifa o más tiempo de explotación, es decir un mayor beneficio.

Sin embargo, no se debe perder de vista que la obligación de configurar los riesgos en el contrato estatal, nace del deficiente manejo que del tema ha hecho el Estado colombiano en los contratos de concesión o mejor, de elaboración de infraestructura con participación del sector privado; así las cosas, como se verá más adelante, se ha considerado que el Estado ha asumido más riesgos de los que deberían corresponderle y en esa medida ha sufrido detrimentos que se hubiesen evitado con unas políticas del riesgo mejor diseñadas.

Nace también del afán de poner freno a las innumerables disputas surgidas en torno a la curación del equilibrio financiero del contrato. En este sentido se pretende que las partes sepan a ciencia cierta en qué consisten y cuáles son los riesgos que les corresponden desde el momento mismo en que se cierra el proceso de convocatoria.

El legislador consideró que el análisis del riesgo no solo es digno de ser tomado en cuenta a la hora de los grandes contratos de ventura, sino en todos los tipos de contratos estatales en los que exista un pliego de condiciones.

Así, a partir del 16 de enero de 2008, todo contrato del Estado a celebrarse por medio de licitación pública o por selección abreviada superior a la menor cuantía de la entidad, ha de ser objeto de un riguroso estudio de los riesgos involucrados, que es el tema sobre el cual trata el libro, con la esperanza del autor que sea de utilidad práctica para los operadores de la contratación, así como un aporte al debate jurídico que con toda seguridad se presentará al analizar este nuevo requisito del contrato estatal.

Termino de escribir este manual pasado algo más de un mes desde la entrada en vigencia de la reforma y, al navegar por la página del SECOP, noto con preocupación que esta medida de protección al patrimonio público y como no, de descongestión de despachos judiciales, no ha sido -ni de lejos- tomada con el sentido ni con el rigor que plantea la ley, asunto sobre el que volveré en la última parte.

1. LA NORMATIVIDAD BAJO ANÁLISIS

Ley 1150 de 2007.- Artículo 4. De la distribución de riesgos en los contratos estatales.

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.

Decreto 066 de 2008.- Artículo 3. Estudios y documentos precios.

En desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone.

Salvo en lo que se refiere a los casos de contratación directa en los que se aplicará lo dispuesto en el artículo 76 del presente decreto, los estudios y documentos previos se publicarán de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener, como mínimo, los siguientes elementos: (...)

6.- El soporte que permita la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.

2. SEMÁNTICA

En este apartado observaremos a la luz del diccionario de la Real Academia Española los significados de las palabras comprendidas dentro del texto establecido por el legislador:

Estimación:

Aprecio y valor que se da y en que se tasa y considera algo.

Tipificación, del verbo tipificar:

1. Ajustar varias cosas semejantes a un tipo o norma común.
2. Dicho de una persona o de una cosa: Representar el tipo de la especie o clase a que pertenece.
3. Der. En la legislación penal o sancionatoria, definir una acción u omisión concretas, a las que se asigna una pena o sanción.

Asignación, del verbo asignar:

Señalar lo que corresponde a alguien o algo.

Riesgo: (Del it. *risico* o *rischio*, y éste del ár. clás. *rizq*, lo que depara la providencia).

1. Contingencia o proximidad de un daño.
2. Cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro.
3. Dicho de acometer una empresa o de celebrar un contrato: Sometiéndose a influjo de suerte o evento, sin poder reclamar por la acción de estos.
4. Estar expuesto a perderse o a no verificarse.

Ya que una de las definiciones de riesgo nos remite a la palabra contingencia, vale la pena también traer su significado que conforme a la RAE, es:

1. Posibilidad de que algo suceda o no suceda.
2. Cosa que puede suceder o no suceder.

Previsible.

1. Que puede ser previsto o entra dentro de las previsiones normales. A su vez, la RAE define el verbo

prever como: Ver con anticipación. Conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. Disponer o preparar medios contra futuras contingencias.

3. LAS ESPERANZAS DE LOS CONTRATANTES, LO PREVISIBLE Y LO NO PREVISIBLE

Conforme al Código de Comercio, el contrato es acuerdo de voluntades para generar o regular relaciones jurídicas patrimoniales; se define también como acto generador de obligaciones, las que a su vez se definen como vínculos o ataduras de orden jurídico entre personas, conforme a las cuales una de ellas ha de realizar una prestación a favor de otra, las que, en términos clásicos, consisten en la necesidad de desplegar conductas de dar, de hacer o de no hacer algo.

Se contrata para obtener una finalidad, un mejor estar; se contrata con una esperanza que implica que el cumplimiento oportuno e íntegro de la obligación brindará una satisfacción al acreedor.

La finalidad buscada debe estar rodeada de una serie de elementos que exigen aptitud a la prestación: que sea realizada en el tiempo acordado, que sea de la calidad esperada, que sea funcional, que sea completa, que tenga condiciones apropiadas de durabilidad y utilidad, en últimas que sea consumada conforme a lo acordado y conforme a las reglas en boga de las ciencias.

Si ello es cierto en derecho privado donde se satisfacen intereses particulares, con mucha mayor razón ello se predica de los contratos estatales, que se realizan para lograr los fines esenciales del Estado descritos en el segundo artículo de nuestra Constitución, así como los cometidos que se registran en el artículo tercero de nuestro Estatuto de Contratación Estatal.

Contratar es vincularnos jurídicamente con la persona a que nos venderá un bien o servicio o, con la persona

que nos pagará por suministrarle ese bien o servicio; la espera de la conducta deseada conlleva la asunción de riesgos: depositar en manos de otra persona la confianza de que algo ocurrirá. A menos que estemos hablando de ciencias exactas todo hecho futuro es incierto, puede ocurrir o no ocurrir, el deudor puede cumplir o no cumplir, ser oportuno o no y ejecutar correcta o incorrectamente la prestación.

Al celebrar un contrato, cada parte espera de la otra su conocimiento, su esmero, su diligencia, espera de la otra que tendrá el talento y la energía para sobrepasar los escollos que se le presenten en la búsqueda de satisfacción del otro. Entonces, se espera la decidida voluntad no solo para cumplir sino para afrontar hechos no esperados, para superarlos y para asumir sus costos en ciertos casos.

Existen así dos contingencias principales en un contrato, las primeras que denominaremos simplemente derivadas de la calidad del deudor y las segundas derivadas de hechos que rodean el cumplimiento de la prestación. Las primeras dependen o de su voluntad o de su pericia y las segundas de todos los factores externos que pueden alterar el debido cumplimiento.

Como ejemplo de las asociadas a la calidad del deudor podemos tener aquellas que van desde la mala fe del deudor que no quiere cumplir, que quiere defraudar a su acreedor, hasta aquellas que implican ausencia de conocimientos o inexperiencia, "que le quedó grande", o aquellas que implican pereza o negligencia: la entrega demorada. Aquí ya aparecen dos riesgos con nombre propio, el no cumplimiento del contrato y la ausencia de calidad u oportunidad de prestación.

Por otra parte, existen una serie de factores externos que pueden dar al traste con la esperanza: terremotos, vendavales, actos terroristas, sorpresas geológicas, pe-

ríodos de escasez, abruptos cambios en la economía o en el comercio globalizado, en las tasas de interés, en los impuestos o en los gustos de los viajeros o consumidores.

Y tales eventos inciertos -riesgos- que lógicamente generan situaciones que no van con lo esperado, tienen la potencialidad de afectar una relación contractual. Y, hasta qué punto se puede presagiar sobre el valor de ellas, y ¿quién debe soportar los efectos negativos de estos embates de la vida social o de la naturaleza? ... He aquí, el quid del asunto, tener los riesgos no como presagios o augurios, sino como pronósticos serios basados en la ciencia, en el conocimiento, en la experiencia, y en la agudeza de las partes contratantes.

La posibilidad de previsión no forma parte de la definición de *riesgo*; por lo tanto un riesgo puede ser previsible o imprevisible; previsto o no previsto. El que sea previsto o no previsto es tan solo un problema a la hora de tipificarlo: es decir, frente a los hechos futuros, una contingencia o se previó o no se previó.

El que sea imprevisible o no, sí es circunstancia que depende de la competencia de la entidad estatal y del contratista, entendiéndose por competencia las dotes de conocimiento, experiencia, agudeza y hasta intuición. Por lo tanto debemos decir que es previsible todo riesgo que de acuerdo con las reglas de la ciencia, con las experiencias y con los sucesos históricos es susceptible de ocurrir dadas las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se ejecutará un contrato.

Así, esos elementos de juicio nos enseñan que unos diseños mal elaborados conducirán al colapso de la obra, que en una obra vial se encontrarán suelos de diferente dureza, que los banqueros podrán entrar en pánico y podrían cerrar la llave de los créditos, que las temporadas de invierno o verano devienen en imprede-

cibles, que tarde que temprano habrá un fuerte movimiento telúrico, para no hablar de las innumerables eventualidades procedentes del accionar humano.

La Ley 1150 ordena tipificar todos los riesgos *previsibles*, de donde surge la inquietud sobre el grado de previsibilidad de los riesgos, grado que no solo atañe al contrato mismo como objeto de evaluación, sino además a las personas involucradas en su análisis, a la experiencia y conocimiento de cada entidad en este delicado tema. Entonces, lo complejo del asunto radica en definir lo que es *previsible* y aún más allá ¿se podrá o *deberá* hacer *previsible*, lo que por naturaleza y teoría jurídica es *imprevisible*?

Si tenemos en cuenta la doctrina que más adelante se cita y que fundamenta el cuadro de tipificación y asignación que proponemos¹, tenemos que las apuestas se pueden hacer por el verbo *deber*, pues todo indica que la evolución del contrato en el mundo tecnológico y globalizado lleva a la necesidad de visualizar todas las contingencias de tal manera que lo que se deje al azar sea exiguo sino inexistente. Es posible que los contratos de obra y de prestación de servicios terminen con sus propios INCOTERMS, conociéndose de manera clara desde el principio los posibles riesgos, las garantías y a cargo de qué parte se determinan.

De lo imprevisible queda poco en un mundo cobijado y a veces azotado por el caudal continuo de información; así las cosas es posible prever casi todo evento realizable, máxime cuando la mayor parte de riesgos han sido objeto de definición y análisis por parte la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional al estudiar la temática propia de la teoría del equilibrio financiero del contrato.

¹ Confrontar infra pág. 57.

² Sobre Incoterms ver infra pág. 83.

4. RIESGOS Y CUMPLIMIENTO CABAL DE LA OBLIGACIÓN

El contrato genera obligaciones entre las partes. En tal sentido, cada uno de los contratantes es a la vez deudor y acreedor del otro; cada uno tiene la fundada esperanza de que en cierto momento el otro hará una prestación en su favor. Así, el contratante espera que el constructor le entregará la obra y éste aguarda para recibir la suma de dinero pactada por la hechura de la edificación³.

En otros términos, cada cual espera su pago y cada cual debe pagar conforme a los compromisos asumidos, a las reglas propias de cada ciencia, a los postulados de la buena fe, dentro del plazo acordado y según las demás propiedades anejas al objeto del contrato, de la forma que expresa el artículo 1603 del Código Civil que exige la ejecución contractual de buena fe la que involucra la realización del objeto no solo como una referencia a lo pactado sino además, a "todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación."

Pues bien, esa obligación puede no llegar a cumplirse o puede realizarse de manera imperfecta o tardía. Justo aquí se encuentra la teoría del riesgo en los contratos. En que las obligaciones asumidas por medio del contrato no se ejecuten o se ejecuten de una manera diferente a la estipulada por las partes o en circunstancias diversas a las contempladas al momento de la convocatoria o de la celebración del contrato.

Así, o la obra no se construyó, o se construyó con materiales inapropiados o sin utilizar los medios técnicos acordados o se derrumbó mientras se construía o ha pasado el tiempo estipulado sin que se haya entregado

³ Sobre cumplimiento y pago, confrontar el riguroso estudio que sobre el tema hace HINESTROSA FERNÁNDEZ, en sección denominada "La satisfacción del acreedor" en *Tratado de las obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, 2002, págs. 545 y siguientes.

Lo anterior significa que al momento de la mora o del incumplimiento, el contrato se convierte en objeto de estudio jurídico a la luz de los riesgos que rodean su ejecución y cumplimiento y en tal función busca establecer:

- 1. Si el contrato se ha incumplido por la simple culpa del deudor,
- 2. Si el resultado convenido se hizo imposible,
- 3. Si se ha materializado un riesgo que condujo a la deficiencia en el pago,
- 4. Si ese riesgo ha sido de tal entidad que amerite excusar al deudor,
- 5. Si el deudor hizo todo lo razonablemente posible para evitar el riesgo y para mitigar sus consecuencias,
- 6. Si el riesgo era previsible y siendo previsible se podía evitar,
- 7. Si el evento fue irresistible,
- 8. Si el deudor obró con imprudencia de forma tal que sus mismas actuaciones condujeron a la materialización del riesgo.

Así las cosas, la inexecución o deficiente ejecución de las obligaciones emanadas del contrato pasan a ser objeto de una ponderación e intensa actividad probatoria para inducir si las deficiencias en el pago son producto de la culpa del deudor y si, por lo tanto es su responsabilidad conjurar los efectos del riesgo materializado, resarciendo además los perjuicios ocasionados al contratante o, si por el contrario, el incumplimiento devino de factores ajenos a su voluntad y diligencia.

En palabras más gráficas, si la obra en construcción se vino al suelo, se deberá averiguar si fue debido a que las técnicas usadas en la construcción fueron desatinadas, caso en cual es culpa del constructor o, si el hecho se produjo porque los diseños que se le entregaron tu-

vieron errores que condujeron al hecho o porque los estudios de suelos fueron equivocados o porque un movimiento telúrico de fuerte intensidad llevó al desastre.

O, en tratándose de la obligación de dar un bien, éste se destruyó o fue hurtado y se hace imposible el cumplimiento del contrato, se analizará si el ejercicio del deber de custodia fue el adecuado, si contaba con las suficientes medidas de seguridad o si se hallaba en mora de entregar⁵, y aun más: se mirará si el comprador había cumplido con las obligaciones que le correspondían, como por ejemplo el pago de un anticipo.⁶

Ahora bien, la Ley 1150, quiere que la mayor parte de las eventualidades que conducen al estudio del grado de culpa o responsabilidad frente al tema del cumplimiento de la obligación sean tenidas en cuenta desde el inicio de la relación contractual -antes de que se materialicen- por medio de su descripción o tipificación y además del establecimiento anticipado de responsabilidades a una de las dos partes buscando evitar el debate propio del establecimiento de la culpa y/o de la responsabilidad.

De tal forma se pretende que desde el principio se tenga previsto que, por ejemplo, podrá existir demora en la obtención de una licencia ambiental y así mismo se sepa desde el inicio cuál de las dos partes tendrá que responder si se presenta esa contingencia, en los modos y con los alcances que más abajo se describen.

No es que el nuevo mecanismo vaya a eliminar de tajo todas las controversias que sobre culpa y responsabilidad puedan presentarse en torno al contrato estatal, pero una correcta configuración del riesgo si advertirá y

⁵ Código Civil, artículo 1605 y ss.
⁶ *Exceptio non adimpleti contractus.*

XEQ NUBATI

preparará a las partes para que sean más diligentes a la hora de evitarlos, para no incurrir en actuaciones imprudentes que los acrecienten o los acerquen y tener por cierto que si se materializan, habrá una presunción reforzada de culpabilidad de la parte en la que recayó su asignación.

Y en punto más extremo y en terrenos de la responsabilidad, tendremos que si un contratista acepta un riesgo como el de sujeciones imprevistas, sin necesidad de analizar su culpa o diligencia, tendrá que asumir el costo de sus efectos.

El mundo del cumplimiento de las obligaciones del contrato está rodeado de riesgos que tienen una regulación propia en la legislación vigente; hasta la fecha estas contingencias y los efectos de su materialización en el mundo de la contratación estatal han venido manejándose conforme a las fuentes formales del derecho que se encuentran por fuera del contrato mismo; sin embargo, ahora quiere el legislador que estas eventualidades sean objeto de convenio, de tal forma que desde la misma etapa de formación del contrato se sepa cuál de las partes es la que va asumir cada uno de los riesgos que se pueden prever con motivo de la ejecución de un contrato.

Busca el legislador que la tipificación y la asignación de los riesgos, en la medida de lo posible, deje de ser un tema de estrados judiciales y pase a ser un asunto propio de la celebración del contrato: que desde el inicio quede claro quien responderá frente a cada una de las contingencias previsibles del contrato.

5. ACTO DE CONFIGURACIÓN DEL RIESGO

Las conductas de estimar, tipificar y asignar que señala la norma, se predicán de la expresión Riesgo, esto

⁷ Por ejemplo, del Código Civil, artículos 63, 64, 1604, 1607, 1609, 2060 etc.

es, se predicán de posibilidades, de eventualidades, de hechos o circunstancias de realización incierta, de sucesos que pueden o no presentarse en el futuro.

Tratar sobre los riesgos antes de su presencia, implica de suyo una labor fundamentada en reglas de la experiencia y de la lógica, una labor intelectual de anticipación a los hechos, la cual no solo implica el pensar en los eventuales sucesos dañosos, sino además en concretarlos con fundamento en tres actividades:

- *Tipificarlos*: Es decir, describir las diversas situaciones que, se piensa, constituyen el riesgo; en otras palabras señalar los hechos de la humanidad o de la naturaleza que en un futuro pueden ocasionar daño para la estructura económica del contrato.

- *Estimarlos*: Es decir determinar un valor para los riesgos que se han tipificado.

- *Asignarlos*: Una vez descrito y valorado el riesgo, se debe proceder a señalar a la parte contractual que debe afrontar, superar y financiar los efectos de la ocurrencia de la eventualidad.

Una vez realizadas las tres actividades descritas, el riesgo habrá quedado configurado para el proceso contractual.

Este nuevo requisito debe ser aplicado para los procesos contractuales en los que por su naturaleza, deba existir pliegos de condiciones, es decir, se debe cumplir tanto para licitaciones como para convocatorias públicas.

5.1. ETAPAS

El proyecto de decreto que el gobierno tuvo publicado en borrador y sometido a la discusión del público en la página del SECOP, contemplaba lo siguiente:⁸

⁸ El Decreto 066 de 2008, en su contenido, finalmente, no incluyó estas disposiciones.

"Artículo XX. Riesgo Previsible. La entidad pública deberá señalar en el proyecto de pliego de condiciones la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación, de manera que los posibles oferentes puedan pronunciarse sobre si los mismos se han recogido de manera completa, así como sobre su distribución.

La tipificación de los riesgos es la enunciación que la entidad hace de aquellos que en su criterio pueden presentarse durante y con ocasión de la ejecución del contrato.

La estimación del riesgo es la valoración, en términos monetarios o porcentuales respecto del valor del contrato, que hace la entidad de ellos, de acuerdo con la tipificación que ha establecido.

La asignación del riesgo es el señalamiento que hace la entidad de la parte contractual que deberá soportar total o parcialmente la ocurrencia de la circunstancia tipificada, asumiendo su costo.

"Artículo XX. Determinación definitiva de los riesgos previsibles. La entidad determinará de manera definitiva la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación en el pliego de condiciones.

Para efectos de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 en relación con las licitaciones públicas, la entidad, en el acto de apertura del proceso, señalará la fecha en que convocará una audiencia en la que se discutirá con los interesados, la tipificación, estimación y asignación de riesgos que se encuentre propuesta en el proyecto de pliego de condiciones.

La celebración de la audiencia deberá tener lugar con antelación suficiente al momento en que se inicie el término para presentar ofertas. Durante la misma, los interesados deberán también pronunciarse sobre otros

riesgos previsibles que no hayan sido identificados por la entidad y proponer fórmulas para su distribución.

De la audiencia se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida sobre los riesgos contenidos en el pliego, y sobre los demás que sean puestos en evidencia por los intervinientes en la discusión.

Con base en lo discutido, y a criterio de la Entidad, se procederá a la modificación del proyecto de pliego de condiciones, de forma tal que en su momento se consigne en el pliego de manera definitiva, la tipificación, cuantificación y asignación de los riesgos previsibles..."

Aunque las anteriores disposiciones no terminaron formando parte de la reglamentación, sí dan luces que orientan a señalar que las etapas de la configuración del riesgo se desarrollan de la siguiente manera:

En las licitaciones públicas, la labor de configurar el riesgo se realiza en dos etapas: la primera estrictamente unilateral en la cual la entidad tipifica, estima y asigna el riesgo e incluye tales previsiones en el proyecto de pliego de condiciones. La segunda, en la cual la entidad convoca a quienes tengan la calidad de oferentes para que entre ella y estos se haga una revisión sobre la configuración del riesgo que dispuso la entidad estatal.

Así el Decreto 066 no lo haya consignado finalmente, debe entenderse que el encuentro entre la entidad y los posibles oferentes para estos propósitos, tiene las condiciones de una audiencia pública, lo que de suyo implica amplias posibilidades de participación y debate entre los asistentes con el objeto de discutir sobre el proyecto presentado por la administración, revisar si éste ha contemplado todos los riesgos previsibles o hacer reparos sobre la asignación de los mismos. En similar forma, así el decreto no lo haya dicho, sobre los oferentes pesa la carga prenegocial de advertir sobre las

falencias en que haya incurrido la entidad al proyectar los riesgos.

Para el caso de las convocatorias, la primera etapa es idéntica a la de la licitación. La segunda fase no requiere de audiencia, consiste tan solo en una oportunidad para que los interesados se pronuncien y hagan sus observaciones en similar forma a como se hacen frente a los prepliegos, por lo tanto esta fase es la que a convocatorias atañe, se agotará con las respuestas que emita la entidad y con las modificaciones que sobre el tema adopte en los pliegos definitivos.

5.2. NATURALEZA JURÍDICA

Así las cosas, y trátese de convocatorias o de licitaciones, aunque los oferentes participen de la revisión, en todo caso, ellos no participarán de la adopción de la decisión final. Por lo tanto, la configuración definitiva del riesgo no es una decisión bilateral ni plurilateral, la cual además sería en la práctica bastante difícil de adoptar de ese modo. Bastaría imaginarse a un grupo de oferentes frente al estado intentando llegar a un consenso sobre esta materia: virtualmente imposible.

De tal manera, el resultado será un acto que si bien ha sido consultado y discutido, termina siendo unilateral y por lo tanto su naturaleza es la de acto administrativo en similar forma a como lo son los pliegos de condiciones, es decir terminan siendo otra parte o una adición a la "ley del contrato".

Por lo tanto, el acto que define el riesgo, al igual que el pliego, es un instrumento de regulación del contrato, que establece "una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista particular no solo en la etapa de formación de la voluntad sino también en la de cumplimiento del contrato y hasta su fase final ... forman parte esencial del contrato porque son (la) fuente (principal) de los derechos y obligaciones de las partes

y son (la) base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido..." (paréntesis puestos por el autor).

Igualmente, se ha de predicar de la configuración del riesgo que es un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante para el Estado y para los oferentes que al igual que el pliego, no puede ser objeto de modificaciones inoportunas o caprichosas; es decir, cualquier reforma ha de ser adoptada por la entidad en forma previa al cierre de la licitación, mediante adenda y debida publicidad. Así las cosas, y en semejante forma a como lo es el pliego, el acto de configuración del riesgo, es un acto separable toda vez que es decisorio y de procedencia unilateral del Estado.

5.3. IMPUGNACIÓN

Por lo tanto, es susceptible de ser impugnado conforme a las reglas señaladas por la Corte Constitucional:

- i) "los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho".
- ii) el término de caducidad de las referidas acciones será el de los 30 días siguientes a la comunicación, notificación o publicación del acto respectivo, según el caso.
- iii) "la interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato". Y

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Santa Fe de Bogotá, tres (3) de febrero de dos mil (2000), radicación número: 1039.

iv) una vez celebrado el contrato, "la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato".

(...) De esta manera, la Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.

Pero que una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo -interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes-. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato".¹⁰

Valiéndonos de las anteriores posiciones jurisprudenciales y teniendo en cuenta la semejanza jurídica que existe entre los dos instrumentos -pliego de condiciones y acto de configuración del riesgo-, podemos concluir que el acto de configuración del riesgo es un acto administrativo precontractual separable susceptible de impugnaciones y controversias de la misma manera en que lo son los pliegos de condiciones.

Una vez configurados los riesgos, estos no podrán ser modificados por la entidad antes de la adjudicación ni en la etapa contractual de la misma forma que los pliegos no pueden ser objeto de tales modificaciones. Lo anterior dado que la configuración del riesgo pasa a

¹⁰ Corte Constitucional.- Sentencia C-1048/01.

convertirse en factor que hace interesar o desinteresar a los posibles oferentes en un determinado proceso".

6. ASUNCIÓN DEL RIESGO

6.1. ASUNCIÓN DE OBLIGACIONES CONDICIONALES

Asumir consiste en hacerse cargo, responsabilizarse de algo o aceptarlo. En cuanto a los riesgos contractuales, la administración los asume desde el momento en que produce el acto de configuración del riesgo luego de haber hecho la revisión con participación de los oferentes; el contratista asume el riesgo desde el momento en que presenta la oferta.

La adjudicación y la celebración misma del contrato para estos efectos no son más que una ratificación sobre la aceptación de asumir los riesgos en la forma en que estaban configurados al momento del cierre de la licitación.

Y asumir riesgos implica la vinculación mediante una relación obligacional de tal forma que ambas partes quedan con la responsabilidad de ejecutar prestaciones en los eventos de su materialización. Estas obligaciones dependen de un hecho futuro e incierto, y por lo tanto son de aquellas denominadas condicionales.

Conforme a la preceptiva del Código Civil¹¹, las obligaciones de esta clase deben cumplir con los siguientes parámetros:

¹¹ Sobre el tema, consultar del Profesor RODRIGO ESCOBAR GIL, *Teoría General de la Contratos de la Administración Pública*, donde el autor expresa en líneas que perfectamente se pueden parafrasear para aplicarlas al acto de configuración del riesgo: "... constituyen un acto administrativo legitimador del proceso de selección del contratista y conformador del contenido del contrato. Tendrá que reunir los requisitos formales y materiales para la validez de los actos administrativos ... Las reglas de la licitación y las cláusulas del contrato contenidas en los pliegos de condiciones son inalterables e inmodificables por parte de la administración pública con posterioridad al llamado a licitación." (Editorial Legis, 1999, págs. 84 y subsiguientes).

¹² Artículo 1.530 y subsiguientes.

a. La condición no debe consistir en hecho prohibido por las leyes, para lo cual se debe tener en cuenta que el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 determina que en la interpretación de las normas sobre contratos estatales se tendrán en consideración la igualdad y equilibrio entre prestaciones que caracteriza a los contratos conmutativos.

b. La condición no puede ser potestativa de tal manera que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga. Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá. Para explicar esta expresión del Art. 1.535 del Código Civil, seguimos lo dicho por el profesor RICARDO URIBE HOLGUÍN: "Lo que evidentemente no quiso fue dejar al capricho del futuro deudor el obligarse o no obligarse. Por ello el artículo 1535 ha de interpretarse en el sentido de que no reconoce el valor de condición, ni al solo antojo del deudor, ni a hecho suyo que pueda ejecutar u omitir sin ninguna consecuencia para él."

*Pues son cosas muy distintas que alguien prometa obligarse si así lo quiere, o si hace algo que le resulta completamente indiferente hacer o no hacer, y que lo prometa si toma decisión o ejecuta hecho voluntario cuyo dependiente de ciertos antecedentes o circunstancias que deben concurrir. En estos últimos casos no hay capricho, sino manifestación de voluntad debidamente causada, motivada y, por lo tanto, seria y jurídicamente eficaz."*¹³

Varios de los eventos que se configuran como riesgo adoptan la forma de condiciones potestativas en el sentido aclarado por el autor citado.

c. Se trata de obligaciones condicionales suspensivas, de tal manera que si los riesgos no se materializan, no

¹³ URIBE HOLGUÍN, RICARDO. *Teoría general de las obligaciones*, Ediciones Rosaristas, 1973, pág. 57.

existirá derecho a cobrar prestación alguna con base en la asignación de riesgos.

De lo anterior, podemos concluir que la configuración de los riesgos, la presentación de la oferta y la suscripción del contrato, constituyen un acto contractual complejo que, además de las obligaciones emanadas del clausulado contractual, genera una serie de obligaciones condicionales suspensivas para las partes en número y proporción idénticos a los riesgos que se les hayan asignado.

De tal suerte, la parte contratante queda obligada, queda vinculada jurídicamente a realizar una serie de prestaciones de dar o de hacer a efectos de conjurar el riesgo, a efectos de impedir su extensión, a efectos de reparar lo que se haya dañado. En otras palabras, de cumplirse el hecho futuro e incierto que se ha caracterizado como riesgo, ha de suministrar los bienes y servicios necesarios para contrarrestar las consecuencias de la materialización del riesgo o sea de la condición suspensiva que se cumplió. Ha de estar dispuesto a pagar los daños emergentes y asumir el lucro cesante que genere la contingencia.

Lo anterior implica que la asunción de riesgos, es tema que debe verse a la luz de la teoría general de las obligaciones, y entonces, en primera medida se debe verificar que estas obligaciones recorran el camino correcto para su validez. Conforme al artículo 1502 del Código Civil deben ser asumidas por persona capaz, con causa lícita, sin vicios del consentimiento y con objeto lícito. Sobre capacidad no existe discusión, pues si la persona es capaz para celebrar el contrato, también lo es para asumir las obligaciones que de allí se derivan; la causa es la misma del contrato, respaldada por la nueva norma que exige la asunción de los riesgos.

Observamos que se pueden presentar problemas respecto a la licitud del objeto de las obligaciones que así se contraigan en virtud de la prescripción que trae el artículo 1519 del Código Civil que expresa: "Hay objeto ilícito en todo lo que *contraviene el derecho público de la nación*".

Dentro del derecho público colombiano, el Estatuto de Contratación Estatal determina en el artículo 27 que el contrato de derecho público es conmutativo; así las cosas, siempre que el régimen de riesgos que se pacte contravenga la conmutatividad del contrato, será susceptible de ser declarado nulo. Verbo y gracia, si se ha pactado que el contratista ha de responder por los riesgos causados por la mora de la entidad o por los efectos devastadores de un terremoto o por la fuerza mayor proveniente de desastres naturales de imprevisible ocurrencia, estaremos ante obligaciones que no respetan la conmutatividad del contrato por imponer cargas excesivamente onerosas e injustificadas en cabeza del colaborador de la administración y no de quien incurre en la negligencia o en el dueño de la obra, que es el llamado a perder.

Por lo tanto la administración ha de tener cuidado en no pretender imponer excesivas cargas al contratista por medio del régimen de riesgos, pues estará generando obligaciones inválidas, de la misma manera en que no puede incurrir en actos de generosidad tales que impliquen la asunción de excesivas o absurdas cargas para el Estado, asunto que nos lleva al siguiente acápite.

6.2. CONMUTATIVIDAD DEL CONTRATO ESTATAL Y ASIGNACIÓN DEL RIESGO

Este acápite surge de la siguiente pregunta: ¿La asignación de riesgos tipificados puede convertirse en un desconocimiento de la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos

conmutativos? O de otra forma: ¿los riesgos pueden asignarse a las partes, desconociendo la conmutatividad del contrato estatal?

Al respecto, y antes de proponer una respuesta, resulta de gran interés analizar la siguiente sentencia de constitucionalidad:

"Tal como quedó brevemente esbozado en el acápite anterior, el principio de reciprocidad de prestaciones encuentra su fuente de inspiración en los contratos que la doctrina suele definir como *sinalagnáticos o bilaterales, caracterizados por prever el surgimiento de prestaciones mutuas o correlativas a cargo de los sujetos que integran la relación jurídico negocial. Bajo este criterio, y por efecto directo del sinalagma, las partes quedan obligadas reciprocamente a cumplir los compromisos surgidos del contrato, los cuales se estiman como equivalentes y que pueden llegar a concretarse en una contraprestación, en un valor recíproco, en un acontecimiento previsible o en una cooperación asociativa.*

... en el Derecho Público es evidente que las prestaciones correlativas de las partes, en virtud del principio de la justicia conmutativa, tienen que mantener una equivalencia siguiendo el criterio objetivo de proporción o simetría en el costo económico de las prestaciones...

Por otra parte, en el marco de los contratos bilaterales, la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones juega también un papel preponderante en cuanto permite detectar aquellas irregularidades surgidas a lo largo de la relación contractual, esto es, tanto las que se presentan al momento del surgimiento del contrato como las acaecidas durante el período de ejecución del mismo. Así, en el principio de proporcionalidad encuentran sustento válido instituciones tales como las nulidades derivadas del objeto ilícito, la teoría de los vicios ocultos, el incumplimiento de las obligaciones contractuales, la responsabilidad contractual o la onerosidad excesiva y so breviniente.

(...) Bajo este supuesto, se radica en cabeza del contratista el derecho a que la administración respete el carácter sinalagmático del contrato, cuando la igualdad de las prestaciones -derechos y obligaciones contractuales- se vean afectadas si sobrevienen hechos imprevisibles o de suficiente identidad durante la celebración, ejecución y liquidación del contrato -áreas anormales o extraordinarios-, ya sea que estos procedan de fenómenos administrativos (poderes exorbitantes, hechos del príncipe y responsabilidad contractual), coyunturales (causas económicas, políticas o sociales) o naturales (fuerza mayor o factores exógenos imprevisibles).

En este sentido, la relación sinalagmática del contrato se asume como un mero desarrollo del principio de justicia conmutativa que, con carácter de derecho imperativo, -se ha dicho ya- justifica la traslación de los riesgos extraordinarios que operan durante la vigencia del negocio jurídico a la Administración Pública, con independencia de que estos se hubieren pactado o no en el texto formal del acuerdo de voluntades.

En cuanto el principio de reciprocidad de prestaciones comporta una de las bases de la estructura de los contratos administrativos y, desde esta perspectiva, desarrolla el ideal ético jurídico de la justicia conmutativa, fuerza es concluir que el mismo cumple una doble función: (i) la de interpretar e integrar la normatividad que regula los contratos -determinante en la etapa de celebración como límite al principio de la autonomía de voluntad-, y (ii) la de complementar el régimen de los derechos y obligaciones acordadas expresamente por las partes en el negocio jurídico -relevante en la etapa de ejecución contractual como ordenamiento legal imperativo.¹⁴ (Negrillas del autor)

De la anterior sentencia podemos extraer los siguientes elementos de juicio:

- En la contratación estatal, la justicia conmutativa tiene carácter de derecho imperativo.
- Un acontecimiento previsible (asunción del riesgo) se concreta como una de las obligaciones surgidas del contrato.
- La conmutatividad implica simetría en el costo económico de las prestaciones.
- La conmutatividad constituye un límite al ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad.
- Las irregularidades que atentan contra la conmutatividad y el equilibrio pueden estar presentes al momento del surgimiento del contrato.
- En el principio de conmutatividad y equilibrio encuentran sustento válido instituciones tales como las nulidades derivadas del objeto ilícito, la teoría de los vicios ocultos, el incumplimiento de las obligaciones contractuales, la responsabilidad contractual o la onerosidad excesiva y sobreviniente.

La claridad de la providencia exige concluir sin más comentarios que al momento de configurar el riesgo, de establecer las obligaciones condicionales que se cristalizarán en caso de materializarse los eventos tipificados, se debe respetar el principio de conmutatividad del contrato estatal; a ninguna de las dos partes puede imponerse cargas de tal manera excesivas que tengan la potencialidad de romper la simetría entre los derechos y obligaciones recíprocos.

Debe tenerse en cuenta que esta ecuación entre derechos y obligaciones puede ser violada desde el mismo surgimiento del contrato, lo que significa que el acto de la configuración del riesgo puede por sí mismo violar la imperatividad propia del principio de conmutatividad y dar lugar a la invalidez y consecuente nulidad del régimen de riesgos del contrato. Entonces ni el particular ni el estado pueden convertirse en destinatarios de cargas desequilibradas en la asignación del riesgo y si alguna de las partes asume riesgos por encima de los

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-892/01.

usuales o corrientes es porque a cambio también se está beneficiando con prestaciones adicionales a las normas¹⁵.

6.3. LAS OBLIGACIONES GENERADAS Y CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO

Las prestaciones objeto de las obligaciones que se asumen por concepto del riesgo asignado son, genéricamente las siguientes:

¹⁵ En el texto, "La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de construcción del autor MAXMILIANO RODRIGUEZ FERNANDEZ, en revista El Mercatoría del departamento de derecho comercial de la Universidad Externado de Colombia, Vol. 6, Núm. 1, 2007, se explica así el tema: "Riesgo x Probabilidad de ocurrencia - En esta definición damos cabida no solo a las pérdidas, sino también a los potenciales beneficios y oportunidades que el entorno nos ofrece. Esto es, si consideramos que la decisión de asumir un determinado riesgo no significa de manera alguna que la parte obligada vaya a sufrir únicamente una pérdida. La responsabilidad de soportar la carga de un determinado riesgo puede de igual manera generar un beneficio para la parte que lo asume. Supongamos que el riesgo en mención no se materializó, en cuyo caso la parte que asumió ese riesgo habrá recibido una remuneración por asumir un riesgo que nunca se materializó y que por lo tanto, no lo afectó patrimonialmente. Ahora bien, desde el punto de vista de aquél que trasladó ese riesgo y pagó a otro para que lo asumiera, sí se presentó una pérdida o detrimento patrimonial. Lo anterior se da, si se tiene en cuenta que pagó por un riesgo que nunca se materializó.

Ahora bien, en la práctica, aunque no es aplicado correctamente en la gran mayoría de los casos, prima el principio según el cual "el riesgo en un proyecto deberá ser ubicado en cabeza de la persona o parte que mejor pueda administrarlo el riesgo en mención". Y es claro que ese principio general no ha sido aplicado correctamente por la práctica internacional, entidades públicas, clientes privados y en particular por las instituciones financieras, que se han convertido en agentes adversos a la carga de riesgos y generalmente requieren que los constructores y diseñadores asuman mayores cargas de riesgo de aquellas que el principio antes mencionado pudiese sugerir.

La determinación de riesgos y su repartición juegan un papel preponderante en la estructuración económica y financiera del proyecto y en la determinación del precio que se habrá de pagar al constructor de la obra. A mayor riesgo asumido por el constructor de la obra, mayor será el precio que éste requerirá para su construcción. Por ejemplo, si el contrato estipula que el constructor deberá asumir todos y cada uno de los riesgos referentes a las condiciones físicas y geológicas del sitio en donde se desarrollará el proyecto, sin importar si las mismas son o no determinables, el constructor deberá mesurar su propuesta económica o de precio de manera adecuada para cubrir esos riesgos que se le están imponiendo. Sin embargo, si no se llegara a presentar ninguna clase de condiciones físicas adversas durante la ejecución del proyecto, el empleador estará pagando un precio por un riesgo que no se materializó."

1. Realizar las actividades y tareas necesarias para evitar el riesgo en la medida que ello sea física y moralmente posible.

2. Afrontar las consecuencias del riesgo. No huir o quejarse sino mostrar entereza y energía para soportar y superar.

3. Mitigar las consecuencias del riesgo, es decir tomar las medidas necesarias para reducir el impacto y extensión física y temporal de las consecuencias del evento.

4. Suministrar a su costa los bienes y servicios que sean necesarios para la mitigación y para la superación de las consecuencias del hecho.

5. Si el hecho se presentó por su culpa, cubrir las indemnizaciones por los daños causados.

6. Superados los efectos del fenómeno, proseguir con la ejecución del contrato, si ello sigue siendo físicamente posible.

Conforme a la naturaleza del contrato y del riesgo realizado, pueden existir más obligaciones derivadas de la asunción del riesgo, en todo caso como obligaciones que son, deben ser cumplidas bajo el régimen legal de la contratación estatal, advirtiendo además que son obligaciones de resultados, no de medios y por lo tanto, si no se superan los efectos del riesgo, se estará incumpliendo el contrato, se estará generando un daño contractual, causando perjuicios y quedando en las circunstancias descritas para que sobre el contrato se declare la caducidad si se trata de incumplimiento del contratista y si es del Estado, quedará aquél con la justificación legal necesaria para alegar la *exceptio non adimpleti contractus*¹⁶ y para solicitar el pago de los perjuicios que se le causen.

¹⁶ Código Civil, Art. 1.609: En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Es decir, incumplir las obligaciones derivadas de la asunción del riesgo conlleva las mismas consecuencias que se causan por el incumplimiento de las cláusulas generales del contrato; dan lugar a la aplicación de la cláusula excepcional de caducidad, dan lugar a las sanciones por multas y cláusulas penales, a la declaratoria de siniestro por incumplimiento y al cobro por la vía judicial.

7. RÉGIMEN DEL RIESGO Y EL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO

Una de las mayores inquietudes que conlleva la novedad legislativa sobre los riesgos contractuales, consiste en el alcance de la nueva norma frente a la teoría del equilibrio o ecuación financiera del contrato, en adelante EFC, que en nuestro país tiene sanción legal y ríos de jurisprudencia que han corrido sobre la materia.¹⁷

En efecto, la reglamentación de la ley que contiene el Decreto 0666, predica de los riesgos previsibles, que "*puedan afectar el equilibrio económico del contrato*".

Primero pondré de presente que el objeto material de la teoría EFC es un conjunto de contingencias que al materializarse generan perjuicios en uno de los contra-

¹⁷ Al efecto, el ya citado Magistrado RODRIGO ESCOBAR GIL, incorpora el estudio sobre riesgos en la contratación estatal en el capítulo correspondiente a la "equivalencia económica del contrato", dice el jurista: "El principio de la equivalencia económica es consubstancial a los contratos de la Administración Pública en los que normalmente se suelen presentar riesgos de distinta naturaleza durante su vigencia, en razón a que por la importancia del objeto para la satisfacción del interés público, el valor económico de las prestaciones, la complejidad técnica de su ejecución y el término más o menos largo de duración, se prestan a que concurran las condiciones de la imprevisión.

En efecto, dentro del plazo de ejecución del contrato de obra pública, de concesión de servicios públicos, de suministro, etc., se pueden presentar cambios en las circunstancias sociales, económicas o políticas existentes al momento de su celebración, que alteran la equivalencia económica de las prestaciones recíprocas, sea por actuaciones imputables a una de las partes o por hechos completamente ajenos a los contratantes. (Obra citada, página 402 y siguientes).

tantes o en la estructura misma del negocio jurídico, esas contingencias son hechos, acontecimientos, fenómenos o situaciones que se identifican todas con un riesgo materializado, trátase de un acto de la administración, de un vendaval o de un inusual incremento de precios. Es decir, el objeto de este manual -el riesgo- es el mismo objeto de la teoría del equilibrio financiero del contrato.

Sin embargo, mientras en la teoría EFC se analiza para enderezar las cargas durante o después del viaje; aquí se analiza para repartir esas cargas antes de iniciar el camino.

El derecho privado ante la presencia de factores que destruyeran o afectaran gravemente las expectativas frente a un contrato partió de una fórmula inicial que no reconocía derecho alguno al afectado por un riesgo bajo la fórmula del *pacta sunt servanda*, cuya significación es que, ya que el contrato es una ley para las partes, y fue libre y soberana voluntad someterse a lo acordado y pactado, a ello y sólo a ello ha de estarse y por lo tanto el afectado por la contingencia (léase riesgo realizado) no tiene más que soportar el insuceso sin derecho a pedir compensación alguna, ni siquiera a terminar el contrato.

Más adelante, teniendo en cuenta principios de equidad, de conmutatividad y sinalagmaticidad del contrato, se entendió que una parte gravemente afectada por un hecho imprevisible no tiene por qué seguir atada a los pactos iniciales y tiene sí derecho o a eximirse del cumplimiento del contrato o a lograr mayores o adicionales contraprestaciones de su cocontratante, siempre y cuando no hubiere dado lugar a los hechos que le causaron el desmedro o la imposibilidad.

En este contexto, el Código Civil define a la fuerza mayor como el *imprevisto a que no es posible resistir* y la

instituye como liberadora de responsabilidades al deudor en eventos como los descritos por los artículos 1616, 2072, 2176 y 2254. Por su parte el Código de Comercio prescribe en su artículo 868 que: *Cuando circunstancias, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.*

Al analizar el tema de este manual desde este punto de vista, podemos observar que esas circunstancias imprevistas o imprevisibles no son otra cosa que riesgos, contingencias que alteran, que agravan la situación de una persona, que acarrearán daño en grado tal que merecen la revisión de lo pactado hasta llegar a la instancia judicial para ordenar reajustes o para aniquilar el contrato.

Al respecto, ha dicho el Consejo de Estado: "Y es en esto precisamente, que consiste el llamado equilibrio del contrato, que no es otra cosa que el mantenimiento durante la ejecución del mismo, de la equivalencia entre obligaciones y derechos que se estableció entre las partes al momento de su celebración.

Sin embargo, el mantenimiento de esas condiciones de ejecución fijadas desde el perfeccionamiento del negocio jurídico, en un momento dado puede resultar especialmente lesivo para una de las partes por la ocurrencia de sucesos imprevistos, posteriores, ajenos a su voluntad y no imputables a incumplimiento del otro contratante, pero que le reportan una mayor onerosidad en el cumplimiento de sus obligaciones, y en consecuencia, se pierde esa equivalencia que se había formado a partir de la celebración del contrato.

En respuesta a estas situaciones que reflejaban resultados de injusticia e inequidad por la aplicación estricta del principio *pacta sunt servanda*, surgió la teoría de la imprevisión, como un mecanismo tendiente a restablecer el equilibrio en

las relaciones negociadas que lo han perdido por circunstancias sobrevinientes y no imputables a las partes...

(...) "si el cocontratante debe soportar, como en todo contrato, el riesgo normal propio de cualquier negocio, no debe cargar con un riesgo anormal, que lo privaría de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiera podido cumplirse en las condiciones tenidas en cuenta inicialmente.

El fundamento jurídico de este derecho reconocido al cocontratante particular, sin perjuicio de las disposiciones constitucionales o legales que en cada país puedan darle sustento, se encuentra en el hecho de que teniendo en cuenta los fines de interés público que dan lugar a la contratación administrativa, y el rol que en ella tiene aquél al constituirse en un colaborador activo para el logro de dichos fines, resulta justo que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable, de modo que el particular no sea indebidamente sacrificado en aras de una finalidad cuya atención corresponde prioritariamente a la administración pública. (...)

La ecuación económico-financiera del contrato puede verse afectada, según se sostiene comúnmente, por tres causas fundamentales:

1) Por causas imputables a la administración pública, cuando ésta no cumple en la forma debida las obligaciones que el contrato puso a su cargo o cuando introduce modificaciones que las afectan. Estamos frente a supuestos que generan responsabilidad para la administración y a los cuales nos referimos en este mismo capítulo. 2) Por causas imputables al Estado, incluida, como es obvio, la misma administración pública, y cuyos efectos inciden o pueden incidir en el contrato administrativo. Estos supuestos son tratados, por lo general, dentro de la llamada teoría del 'hecho del príncipe'... 3) Por causas no imputables al Estado, que son externas al con-

trato y que sin embargo alteran su economía general, por incluir en él. Estos supuestos son tratados dentro de la "teoría de la imprevisión"¹⁸.

Como es fácil observar, la jurisprudencia sobre EFC se refiere a causas, supuestos y hechos que no son otra cosa que riesgos.

Sigamos ahora con lo que prescribe el estatuto contractual del Estado: según el Art. 27, "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."

Y no solo eso, determina además en artículos 4 y 5 que para la consecución de los fines de la contratación, "las entidades estatales, solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato, adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer, para lo cual utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios ..."

Además señala que los contratistas tendrán derecho a que "el valor intrínseco de la remuneración pactada no se altere o modifique durante la vigencia del contrato y, por lo tanto, previa solicitud tendrán derecho a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pér-

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil tres (2003), radicación número 15119.

dida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato."

Las palabras en negrilla: causas, fenómenos y situaciones significan también en este contexto riesgos o eventualidades que de presentarse afectarán a una de las partes. El tema de la fuerza mayor no es abordado por la Ley 80, por lo cual su aplicación se estructura con fundamento en el artículo 64 del Código Civil, como factor o riesgo eximente de responsabilidad para el deudor.

Entonces, nos encontramos ante un solo Estatuto General de Contratación Estatal que a partir de la reforma da dos tratamientos diferenciales a los riesgos:

Conforme a la legislación de la Ley 80 y a la interpretación que el Consejo de Estado ha hecho sobre el EFC, la administración debe:

1. Mantener la equivalencia cuando se rompe por causas no imputables al que está afectado.
2. Actualizar precios cuando se presenten fenómenos que alteren el equilibrio económico.
3. Restablecer el equilibrio económico a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas no imputables al contratista.
4. Restablecer el equilibrio económico que se pactó al momento de contratar cuando la ecuación se haya roto por causas imputables al mismo.

Es decir, el Estatuto señala que cuando se materialicen riesgos no previstos no atribuibles a la parte afectada por el evento, el Estado debe proceder a equilibrar económicamente el contrato. Por su parte la reforma nos dice que tales riesgos deben prevenirse, es decir las causas, fenómenos y situaciones deben tipificarse y

asignarse desde antes del cierre de la licitación. Así, esas causas no imputables al afectado, esos fenómenos que alteran el equilibrio y esas situaciones imprevistas, deben en adelante ser previstas y sus efectos asignados a una de las dos partes.

7.1. ASUNCIÓN DE RIESGOS SEGÚN EL CONSEJO DE ESTADO, RELACIÓN ENTRE LA TEORÍA DEL EFC Y LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS

En el año 2004, el Consejo de Estado profirió una sentencia que abordó el tema de la asunción de riesgos por parte del contratista; la providencia tuvo como base la legislación vigente para entonces, pero es perfectamente aplicable al desarrollo legislativo de la Ley 1150, por lo cual considero de gran importancia la transcripción de algunos de sus apartes, así como un análisis sobre su aplicación frente a la nueva ley.

"La aplicación de la teoría del equilibrio financiero del contrato está condicionada a la conservación de la estructura original del contrato, esto es, a que se mantengan las obligaciones y derechos originales que surgieron para los co-contratantes, muchos de los cuales están determinados por los riesgos o contingencias que asumieron. En estas condiciones no es dable considerar que el contratista, por las variaciones ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato, está eximido de atender los riesgos que asumió.

Dicho en otras palabras, so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar.

La Sala ha manifestado que, por regla general, el contratista asume "un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere a todo tipo de contratación pública." pero ello no significa que, en un contrato particular, el contratista no pueda asumir riesgos adicionales a los denominados riesgos normales, como sucedió en el presente caso.

La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato, según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Y es el contratista el que libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebrar el contrato predeterminado.

Como se indicó precedentemente, los riesgos externos, extraordinarios o anormales, configuran la teoría de la imprevisión y, por tanto, deben ser asumidos, con las limitaciones indicadas, por la entidad. De manera que la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido corresponde al álea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio.

Es por lo anterior que deben precisarse las obligaciones asumidas por el contratista en cada caso para definir el álea normal del contrato, esto es, los riesgos normales que asumió

(...) De conformidad con lo anterior, la Sala deduce que no es dable afirmar que el equilibrio financiero del contrato no se predique respecto de un contrato como el que se estudia, de obra pública bajo modalidades específicas, toda vez que por tratarse de un contrato conmutativo, sinalagmático y oneroso, comprende obligaciones y derechos recíprocos y equivalentes para las partes, que se garantizan durante la ejecución del contrato.

Lo que sucede es que las obligaciones asumidas por las partes no pueden modificarse durante la ejecución del contrato, con fundamento en que se presentaron causas de rompimiento del equilibrio financiero del contrato.

Dicho en otras palabras, si al momento de contratar el contratista asumió contingencias o riesgos, que podrían presentarse durante la ejecución del contrato, no le es dable solicitar a la entidad que los asuma y cubra los sobrecostos que hayan podido generar."¹⁹

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Bogotá, D.C., veintidós

Conforme a lo dicho por el Consejo de Estado, tenemos los siguientes elementos de juicio:

1. La Teoría del EFC no sirve para modificar el régimen de riesgos que asumen las partes al celebrar el contrato, y aún más allá: no sirve para modificar los riesgos que el contratista asumió desde el momento en que presentó la oferta.
2. Los riesgos externos, extraordinarios o anormales, configuran la teoría de la imprevisión y, por tanto, deben ser asumidos por la entidad a no ser que el contratista haya aceptado que se le asignen todos o algunos de ellos.
3. La teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el riesgo materializado corresponde al álea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y además porque no se tipificó ni asignó.

4. Si al momento de presentar la oferta el contratista asumió contingencias o riesgos, que podían presentarse durante la ejecución del contrato, no le es dable solicitar a la entidad que los asuma y cubra los sobrecostos que hayan podido generar.

Con base en lo dicho en capítulos anteriores y con fundamento en la sentencia del Consejo de Estado que acabamos de transcribir, podemos correlacionar las dos instituciones jurídicas, la del EFC y la de la configuración del riesgo de la siguiente manera:

Los riesgos que quedan previstos y por lo tanto tipificados y asignados en la audiencia que señala la ley, son contingencias, fenómenos o situaciones que no podrán ser alegadas para el restablecimiento del EFC,

séis (26) de febrero de dos mil cuatro (2004), radicación: 25000-23-26-000-1991-07391-01(14043).

pues ya forman parte del álea prevista o normal del contrato.

Sin embargo, los riesgos que provienen del incumplimiento del contrato por parte del Estado, y los derivados de la fuerza mayor deberán ser asignados al Estado, en virtud de que sigue vigente el principio de que el particular no debe soportar el álea anormal del contrato ni los incumplimientos del Estado contratante.

A la luz de la teoría EFC podrán presentarse revisiones sobre riesgos configurados en virtud de su estimación, de tal manera que si, por ejemplo, se estimó que las sujeciones imprevisas serían asignadas al Estado por un valor menor al real en que incurrió el contratista para superar la contingencia, tendría que entrar a revisarse y ajustarse ese riesgo configurado, pero tan solo en cuanto a su estimación con el fin de reconocer el real valor que implicó la superación del riesgo materializado.

Los riesgos que se materialicen y que no se hayan tipificado ni asignado sí serán susceptibles de reclamaciones para el restablecimiento del EFC.

Lo anterior sin perjuicio de las impugnaciones y demandas que pueden recaer sobre el acto administrativo de configuración del riesgo; sin embargo allí no se analizará la controversia a la luz de la teoría del equilibrio, sino a la de la validez del acto y de las obligaciones que de allí emanan.

También, sin perjuicio de que en ciertos contratos, el contratista pueda asumir riesgos que por su naturaleza no debe afrontar, pero que, por asumirlos le representan una ventaja económica adicional, hecho éste que será de usual presencia en contratos de concesión y en general en todos aquellos de infraestructura con participación del sector privado.

7.2. EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO COMO ELEMENTO NORMATIVO EN EL DECRETO 066 DE 2008

Aunque la Ley 1150 no lo hace, el reglamentario Decreto 066 de 2008 en su artículo tercero, sí vincula los dos conceptos, al manifestar que en los estudios previos se debe incluir "El soporte que permita la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato."

De donde surge la siguiente pregunta ¿existen riesgos cuya materialización no afecte el equilibrio económico del contrato? O en otras palabras: ¿existen riesgos que no generen consecuencias económicas desfavorables para las partes, para una de ellas o para la estructura interna económica del contrato?

El contrato estatal es conmutativo en la medida en que todas las contraprestaciones se miran equivalentes; y tal equivalencia se mide en unidades monetarias. Por su parte la definición de riesgo conlleva perjuicio y el perjuicio también se mide en dinero. Si se materializa un riesgo, se generará un perjuicio que conlleva un daño emergente o un lucro cesante: el primero significa aumento en el gasto, el segundo una disminución en el ingreso; ambos significan pérdida económica para la parte que lo sufre.

Entonces, ya que la materialización del riesgo se transfigura en pérdidas económicas, tenemos que siempre que se realice cualquier riesgo el contrato quedará económicamente desequilibrado, pues una de las partes tendrá que asumir más costos de los pactados o tendrá que perder lo destruido o tendrá que dejar de obtener los ingresos inicialmente esperados.

Por ello, no creemos que haya riesgos que no afecten el equilibrio económico contractual y la expresión que contiene el artículo citado, se constituye más bien en una pista interpretativa de la relación íntima que existe entre riesgo realizado y rompimiento del equilibrio económico contractual.

1. EL DOCUMENTO CONPES 3107

La historia de la contratación estatal colombiana no ha sido particularmente afortunada en la labor de pronosticar y configurar los riesgos contractuales. El tema de la asunción de riesgos ha sido objeto de tipificación y asignación en los contratos de concesión en muchos de los cuales la previsión del Estado ha brillado por su ausencia, estableciendo muchas veces cláusulas de naturaleza leonina a favor de los contratistas cuando de riesgos se trata.

Errados esquemas de riesgo generaron gran preocupación en el Estado, que se dispuso a corregir las anomalías presentadas en relación con estos asuntos y así produjo el Documento CONPES 3107 de 2001, del cual se transcriben algunos apartes con el fin de ilustrar al lector sobre los motivos y realidades que han llevado al legislador a establecer el requisito contractual de configurar el riesgo.

En cuanto a lo histórico, y haciendo referencia a los proyectos de infraestructura con participación privada, relata el documento: *"Si bien fue posible alcanzar unas ambiciosas metas físicas, recientemente se ha generado un considerable impacto fiscal producto de las garantías, otorgadas en estos contratos. Sin embargo, dado el desarrollo existente en cuanto a marco regulatorio, la poca y reciente experiencia nacional e internacional sobre la ejecución de este tipo de proyectos y la situación de la economía que tuvo un impacto importante en las proyecciones de la demanda para todos los servicios, dichos proyectos no habrían podido ser ejecutados en el esquema de participación privada sin garantías dado que existían riesgos que no podían ser transferidos al inver-*

sionista en estas condiciones. Es claro que tampoco hubieran podido ejecutarse bajo el esquema de inversión pública, dadas las restricciones fiscales existentes".

A continuación se presenta de forma consolidada los pagos por concepto de las obligaciones contingentes que se han generado en el desarrollo de estos primeros proyectos. Si bien se observa un balance positivo en términos de inversión y metas físicas, este esquema ha sido revisado y se ha reducido la exposición del Estado en estos procesos.

CUADRO 1: Valores de las Compensaciones por Concepto de Garantías por Sectores Cifras en miles de millones de pesos constantes de 2000

Sector / Actividad	1996	1997	1998	1999	2000	2001*	TOTAL
Carreteras**	25	23	24	32	37	56	237
Aeropuertos ** (Cada pista en Dorado)			1	3	4		8
Telefonía local***	42	30		38	81	242	433
Energía (generación)**	28	83	191	308	383	273	1.266
TOTAL	95	136	216	381	505	611	1.944

* Valor estimado. ** Garantías de tráfico y sobrecostos. *** Garantías de tráfico aéreo. **** Riesgo comercial en contratos de asociación. ***** Contratos de compra de energía a largo plazo (PPA's según sigla en inglés). Fuente: INVIAS, Aerocivil, Telecom, DNP.

En otros sectores como ferrocarriles, puertos, operación de aeropuertos, licencias de telecomunicaciones y agua potable y saneamiento básico, se han dado desarrollos con participación del sector privado. Sin embargo, en algunos casos se ha podido transferir la totalidad de los riesgos al privado, y en otros se han establecido mecanismos diferentes de compensación y/o estructura, como por ejemplo incremento de tarifas, aportes directos de la Nación o reducción de los alcances físicos de las obras o en las metas establecidas en los contratos.

... En el sub-sector carretero, aún se mantiene en cabeza de las entidades estatales algunos de los riesgos.

Ahora bien, con el desarrollo reciente en la estructuración de este tipo de proyectos se han podido transferir al inversionista privado el riesgo comercial, el riesgo de construcción, el riesgo de financiación y en parte los riesgos de predios y ambiental.

Los cuadros que se muestran a continuación reflejan la evolución tanto de la estructura como en los criterios de asignación de riesgos en este sector.

CUADRO 2: Diferencias en la estructura de concesiones de primera, segunda y tercera generación.

Descripción	Segunda y Tercera generación		Primera generación
	Diseños detallados (Fase II)	Diseños de factibilidad (Fase I)	
Diseños	Gestión a cargo de concesión y expropiación del INVIAS	Proceso de adquisición a cargo del INVIAS	Diseños de factibilidad (Fase I)
Predios	Se cuenta con licencias y la gestión de modificación a cargo de la concesión	Variable	No contaba con licencias y toda la gestión a cargo del INVIAS
Licencias Ambientales	Variable	Variable	Fijo
Plazo de la concesión	Variable	Variable	No se contó con estudios de tráfico
Ingresos	Se cuenta con estudios de tráfico	Variable	No se contó con estudios de tráfico
Gestión Social	Gestión conjunta entre la concesión y el INVIAS	Variable	No previstieron en la estructura

Fuente: INVIAS, Mintransporte, DNP.

CUADRO 3: Evolución de los criterios de asignación de Riesgos en Infraestructura Vial

Riesgo	Primera Generación		Segunda Generación		Tercera Generación	
	Concesionario	INVIAS	Concesionario	INVIAS	Concesionario	INVIAS
Construccion	X	Parcial	X		X	
Trafico		X	X		X	
Tarifa de Pedajes		X				X
Predios		X		X	Gestión	X
Licencia Ambiental		X		X	Gestión	X
Tributario	X		X		X	
Cambio de Fuerza Mayor (Asegurable)	X		Parcial	X	X	Parcial
Financiación	X		X		X	

Fuente: INVIAS, Mintransporte, DNP.

Adopción de políticas y soluciones frente al riesgo contractual.- Ante las realidades descritas, el mismo documento CONPES, se propuso generar una política de riesgo contractual del Estado, la cual, no obstante haber sido diseñada para procesos de participación privada en infraestructura, se ha convertido por ley, en una política de riesgos para toda clase de contratos, sean o no de infraestructura.

El lineamiento básico del documento está contenido en los siguientes párrafos: "Una asignación adecuada de los riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación. Esto se logra asignando cada riesgo a la parte que mejor lo controla. Los riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las partes en los contratos.

Los riesgos de un proyecto se refieren a los diferentes factores que pueden hacer que no se cumplan los resultados previstos y los respectivos flujos esperados. Para determinar cuáles son los riesgos asociados a un proyecto se debe identificar las principales variables que determinan estos flujos.

El concepto de riesgo en proyectos de infraestructura se puede definir como la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos.

Adicional a la asignación teórica de los riesgos, un factor fundamental para el manejo del riesgo está relacionado con la calidad y confiabilidad de la información disponible. El esquema de asignación contractual de riesgos entre las partes tiene una relación directa con información conocida, por lo que con información de mejor calidad, la percepción de riesgo es menor y se pueden adoptar las medidas para controlar la incidencia de las fuentes de riesgo.

Aún cuando un riesgo esté identificado, el mismo está sujeto a la ocurrencia de una condición, por lo que su impacto se puede predecir para determinados niveles de confianza, pero su ocurrencia está sujeta a fenómenos aleatorios. Sin embargo, en la mayoría de los casos se puede valorar estimando su probabilidad de ocurrencia y el costo a cubrir para los diferentes escenarios. De allí resulta el valor esperado de este costo.

Según las particularidades de cada riesgo, las partes están en capacidad de establecer los mecanismos de mitigación de su impacto y de cobertura, así como su asignación a los distintos agentes involucrados."

2. CATEGORIZACIÓN DE LOS RIESGOS

La doctrina ha expuesto que los riesgos tienen una categorización dependiendo de la esfera de la cual se derive la contingencia; en ese sentido se ha dicho que existen factores de orden económico, financiero, legal, provenientes de la fuerza mayor, de asuntos políticos, del mercadeo de los bienes y servicios o inherentes a la prestación misma, entre otros.

Por otra parte, en la doctrina colombiana en materia estrictamente jurídica, el Doctor RODRIGO ESCOBAR GIL, clasifica los riesgos en las siguientes categorías:

a) Empresariales, internos o áleas normales e inherentes al funcionamiento de una organización empresarial, los que a su vez divide en aquellos que deben ser

¹ Se ha obtenido información, en especial del siguiente texto: La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de construcción. Autor: MAXIMILIANO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, en revista E Mercatoria del departamento de derecho comercial de la Universidad Externado de Colombia, Vol. 6, Núm. 1, 2007. También del documento CONPES 3107; así mismo de Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales, 1987, página Web de la ONU.

previstos y corresponden al giro ordinario de la empresa y, otros constitutivos del caso fortuito caracterizados por tener ocurrencia en la organización interna de la empresa.

b) Externos, que son áleas anormales y completamente ajenas al círculo ajeno del sujeto afectado, que alteran la equivalencia económica del contrato.

El autor subdivide estos riesgos externos en: administrativos, coyunturales y naturales, consistiendo los primeros en alteraciones económicas del contrato derivadas de modificaciones al contrato, del hecho del príncipe y del incumplimiento de obligaciones. Las segundas en fenómenos de orden social políticos o económicos "que no se pueden prever al momento de la celebración del convenio y que tornan la ejecución del contrato excesivamente onerosa, o que siendo fenómenos previsibles se desconoce la incidencia que puedan tener en el valor del contrato. Estos riesgos se enmarcan dentro de la teoría de la imprevisión y la revisión de precios".

Las áleas naturales provienen de fenómenos de fuerza mayor que causan pérdidas, destrucciones o averías en las obras o en los bienes o equipos o también por la aparición de sujeciones imprevistas.

Con base en los anteriores fundamentos jurídicos, así como en las clasificaciones formuladas por algunos autores, a saber, MEGENS, BUNNI y GROSSHAUSER², propongo el siguiente esquema básico de categorización de riesgos inherentes a los contratos. Debo poner de presente que estos riesgos están descritos para contratos de obra; sin embargo más adelante veremos que varias de

² Obra citada, pág. 402.

³ Citados por el Doctor RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ en la misma revista.

estas eventualidades se podrán presentar en otros tipos de contrato⁴.

1. RIESGOS EN PLANEACIÓN Y EJECUCIÓN DE LA OBRA:
 - 1.1. Entrega tardía de estudios, diseños y planos
 - 1.2. Planos o diseños defectuosos o insuficientes
 - 1.3. Estimación inadecuada de los costos
 - 1.4. Entrega tardía de predios
 - 1.5. Disputas sobre la propiedad, la posesión o la tenencia de predios
 - 1.6. Disponibilidad de materiales
 - 1.7. Insuficiencia de proveedores
 - 1.8. Sujeciones imprevistas
 - 1.9. Materiales defectuosos
 - 1.10. Entrega tardía de materiales
 - 1.11. Especificaciones incorrectas de materiales
 - 1.12. Obras adicionales necesarias para la funcionalidad, calidad o estabilidad
 - 1.13. Insuficiencia de mano de obra calificada
 - 1.14. Insuficiencia de profesionales especializados
 - 1.15. Pago de salarios, prestaciones sociales y honorarios
 - 1.16. Incumplimiento de subcontratistas
 - 1.17. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales
 - 1.18. Riesgo de mayor permanencia en obra
 - 1.19. Daños a terceros
2. RIESGOS DERIVADOS DE LA FUERZA MAYOR
 - 2.1. Por fenómenos naturales
 - 2.1.1. Terremotos

⁴ MARIENHOFF enseña un extenso y minucioso listado de eventualidades que configuran riesgo y su tratamiento: *Tratado de derecho administrativo*, Abledo Perrot, tercera edición, 1983, Volumen IIIA, Capítulo VIII.

- 2.1.2. Avalanchas o aludes
- 2.1.3. Inundaciones
- 2.1.4. Temporada invernal
- 2.1.5. Tempestades
- 2.1.6. Sequías
- 2.1. *Por actos humanos*
- 2.2.1 Huelga
- 2.2.2 Paro
- 2.2.3 Asonada
- 2.2.4 Guerra
- 2.2.5 Ataque Terrorista
- 2.2.6 Delitos contra la propiedad
- 3. RIESGOS DERIVADOS DE CIRCUNSTANCIAS ECONÓMICAS O LEGALES
- 3.1. Financiamiento del contrato
- 3.2. Cambios en la regulación impositiva
- 3.3. Modificaciones abruptas en tipo de cambio
- 3.4. Variaciones en los costos de materiales
- 3.5. Obtención de seguros
- 3.6. Mora en el pago por parte del Estado
- 3.7. Modificaciones o interpretaciones unilaterales del contrato
- 3.8. Riesgo ambiental
- 3.9. Riesgo frente al P. O. T.
- 3.10. Riesgos de requisitos legales contractuales de ejecución
- 3.11. Riesgos asociados con el presupuesto de la entidad

3. ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS

Trata este acápite sobre los fundamentos para asignar cada riesgo, o sobre las justificaciones que han de existir para señalar la parte que debe afrontarlo.

Conforme al documento CONPES 3107, Los riesgos deben ser asumidos de acuerdo a las siguientes reglas:

1. Por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos;
2. Y/o por la parte que disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o de diversificación.

Por su parte, el jurista colombiano MAXMILIANO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, enseña: "En cuanto a la adjudicación del riesgo, nuestro punto de partida debe ser la ya generalmente aceptada postura de que aquella persona que por un monto señalado acepta y se compromete a terminar las obras, se obliga únicamente a asumir aquellos riesgos que la sociedad considera razonables; de manera tal que él mismo se libera de cualquier obligación que signifique la asimilación de aquellos riesgos que la sociedad no considera deben estar en cabeza del constructor: a menos que el mismo reciba una re-compensa adicional en el evento de asumir dicho riesgo".

El mismo autor cita al abogado irlandés especialista en temas de construcción MAX ABRAHAMSON, quien expone:

- "Una parte en el contrato debe asumir un riesgo cuando:
- Está en la esfera de su control, por ejemplo, cuando el riesgo en función proviene de una conducta propia o una falta de diligencia y cuidado de su parte,
 - Esa parte puede transferir el riesgo a través de un seguro y a su vez, puede trasladar el valor de la póliza a un tercero, siendo igualmente necesario que la administración de ese riesgo a través de un seguro sea la vía más económica para las partes;
 - El manejo de ese riesgo la beneficia económicamente a esa parte, más que a otros;

⁵ Artículo citado en revista E Mercatoria de la Universidad Externado de Colombia.

- *Adjudicarle ese riesgo a la parte es en el interés de la eficiencia (incluyendo igualmente la planificación, incentivos e innovación).*

- *Si el riesgo se materializa, la pérdida económica afecta a esa parte inicialmente, y no es conducente, bajo los cuatro principios anteriores transferir el riesgo a un tercero."*

Frente al tema de la asignación de riesgos, el ya citado tratadista RODRIGO ESCOBAR GIL, en desarrollo de la teoría del riesgo manifiesta que la clasificación de riesgos en empresariales y externos, hace posible una distribución equitativa de las cargas que se derivan de la asignación de los riesgos.

De tal manera:

"1. Los riesgos empresariales normales se imputan jurídicamente al contratista, en razón a que son previsibles al momento de la celebración del contrato o porque se enmarcan dentro de la teoría del riesgo creado o riesgo beneficio. En estos casos, se aplica en todo su rigor el principio del riesgo y ventura, que implica que el riesgo de los mayores costos o la ventura de los mayores beneficios que sobrevengan durante la ejecución del contrato, se radican en la esfera patrimonial del contratista.

2. Por su parte los riesgos anormales y externos al contratista se imputan jurídicamente a la Administración Pública con base en los principios de garantía del patrimonio económico, de la reciprocidad de prestaciones y de la buena fe.

En consecuencia, los mayores costos o la grave onerosidad sobrevvenida en el cumplimiento de las obligaciones del contrato, derivados de las modificaciones unilaterales introducidas por la Administración Pública a la relación contractual (potestas variandi), o de las medidas generales y abstractas adoptadas por el Estado (Factum principis), o del incumplimiento de las obligaciones contractuales (responsabilidad

*contractual), o de la ocurrencia de conflictos sociales, económicos y políticos (teoría de la imprevisión y de la revisión de precios), o de las destrucciones, pérdidas o averías en las obras o en los bienes y equipos del contratista causadas por hechos de fuerza mayor (teoría de la imprevisión), o en fin, de las dificultades materiales imprevistas en la ejecución del objeto contractual (sujetions impreuves), deben ser compensados o indemnizados por la Administración Pública"*⁶.

Al estudiar y confrontar las anteriores posiciones doctrinales, se denota la existencia de parámetros comunes que llevan a establecer no solo semejanzas, sino aún identidades e intersecciones que podemos sistematizar de la siguiente forma:

1. El riesgo se debe asignar a la parte que disponga de mejores instrumentos para evitar su materialización.

Conforme a esta regla, uno de los dos contratistas dispone de más información, de más elementos de juicio para evitar la presencia del evento. Así mismo el riesgo que se asigna podrá suceder en medio de su organización empresarial.

2. Íntimamente ligada con la regla anterior, surge la siguiente: Los riesgos provenientes de la conducta propia, del querer o no hacer las cosas o hacerlas o no oportunamente, deben ser asignados a la parte que tendrá que determinar su voluntad hacia tales hechos.

Así el riesgo del pago de la obra tendrá que ser asignado al Estado y el riesgo del pago a trabajadores al contratista.

En esta regla incorporamos el riesgo derivado de los hechos que configuran el *factum principis*.

⁶ Cfr. Supra pág. 34, RODRIGO ESCOBAR GIL, *Teoría General de la Contratos de la Administración Pública*, Editorial Legis, 1999, págs. 84 y subsiguientes.

3. El riesgo se debe asignar a la parte que disponga de mejores instrumentos para lograr su mitigación, así como la extensión de sus efectos físicos y temporales. Sin que ello implique que la otra parte, no deba realizar todas las actividades que estén a su alcance para lograr los mismos efectos.
 4. El riesgo se debe asignar según criterios de razonabilidad socialmente aceptables, que en su mayor parte terminan siendo también jurídicamente aceptables. Así las cosas, asignar los riesgos de un terremoto al constructor no solo es inaceptable a juicio de la sociedad, sino además contrario al principio jurídico del *res perit domino*.
 5. Es posible asignar riesgo bajo criterios contrarios al reseñado en el numeral anterior, pero se entiende que serán asumidos en la medida en que haya una recompensa adicional por su asunción.
 6. En consonancia con la regla 4, los riesgos derivados de desastres naturales se asignan al Estado, salvo que tales fenómenos sean de común ocurrencia y por lo tanto previsibles.
 7. En consonancia con las reglas 3 y 4, los eventos de fuerza mayor derivados de hechos de orden público se asignan al Estado.
 8. El riesgo de los efectos económicos negativos derivados de los eventos propios de la teoría de la imprevisión se asignan al Estado en la medida que el contratista demuestre afectación tal que el riesgo materializado le lleva a pérdida.
- Conforme a la derogatoria que el Art. 32 de la Ley 1150 de 2007, hizo del inciso segundo del artículo tercero de la Ley 80 de 1993, hoy ha de entenderse que esta clase de fenómenos no obligan al Estado a llevar al contratista a un punto de obtención de utilidades previstas.

Por lo anterior, podemos decir que en estos eventos el riesgo de pérdida se asigna al Estado, al paso que el riesgo en la obtención de utilidades se asigna al contratista.

9. Los riesgos deben ser asignados siguiendo y observando la equidad y el principio de conmutatividad que rige el contrato estatal.⁷

4. TIPIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS SEGÚN EL TIPO DE CONTRATO

A continuación se presentan tres esquemas de configuración del riesgo dependiendo del tipo de contrato; el primero para obra pública, el segundo para adquisición de bienes y el tercero para aquellos que implican obligaciones de hacer.

4.1. EN OBRA PÚBLICA

4.1.1. Por riesgos en planeación y ejecución de la obra

1. *Entrega tardía de estudios, diseños y planos*: Este riesgo se materializa con la mora en la entrega de los diseños o planos que servirán de soporte para la construcción. Esta contingencia ataca la estructura temporal del contrato, esto es el plazo determinado para su ejecución y puede afectar así mismo las finanzas del contrato por mayor permanencia en la obra o incrementos en precios o salarios.

Asignación: Depende de la parte obligada a entregarlos, si corresponde a la administración, ésta debe asumir el riesgo, si el compromiso fue adquirido por el contratista, a él corresponde su asunción. Si la administración contrató los diseños con un tercero que se demora, ella debe asumir el riesgo y repetir contra el tercero incumplido.

⁷ Ver Supra punto 7.2. Primera parte.

✓ 2. *Planos o diseños defectuosos o insuficientes*: Este riesgo conlleva la entrega al constructor de diseños o planos elaborados sin seguir las normas propias de la profesión o en contradicción con las realidades materiales o con las leyes de la ciencia. Se materializa en el momento en que el constructor o el interventor advierten las fallencias o, peor aún, en el momento en que se presente un colapso físico.

En el primer caso afectará o la realización misma del objeto contractual o el plazo y las finanzas; en el segundo caso, obligará a demoler, a replantear, a ampliar plazos y aun a terminar y liquidar el contrato.

Asignación: Al igual que en el caso anterior dependerá del responsable de la elaboración de los planos y diseños.

3. *Estimación inadecuada de los costos*: sucede cuando los precios unitarios de los diferentes componentes de la inversión sean distintos a los previstos, ataca directamente la estructura financiera del contrato, ya que lo hará más oneroso.

Asignación: Estamos aquí ante una responsabilidad que *ab initio*, es compartida por la entidad y por el contratista, toda vez que ambas partes participan en la definición del pliego de condiciones teniendo como referencia los RUPR del SICE. Sin embargo, si un contratista es negligente al aceptar precios unitarios menores que los del mercado o si ofrece de manera artificialmente baja, es él quien debe responder por los infraprecios que aceptó y que pactó contractualmente.

4. *Entrega tardía de predios*: Se materializa cuando una vez adjudicado el contrato, éste no se formaliza o no se ejecuta por falta de disponibilidad inmediata de los predios. Esta contingencia ataca la estructura temporal del contrato, esto es el plazo determinado para la ejecución del contrato y puede afectar así mismo las finanzas

del contrato por mayor permanencia en la obra o incrementos en precios o salarios. Puede aun impedir el desarrollo de la obra.

Asignación: Por regla general corresponde a la entidad; sin embargo si el contratista es el que se ha comprometido a gestionar la adquisición del predio, a él deberá asignársele la contingencia.

5. *Disputas sobre la propiedad, la posesión o la tenencia de predios*: En este caso, el predio se encuentra disponible, pero se convierte en objeto de litigio o medida cautelar poniendo en peligro los derechos de propiedad sobre el bien, pudiendo llegar a impedir la continuidad de la obra.

Asignación: De la misma forma que la anterior contingencia

6. *Disponibilidad de materiales*: Sucede cuando el contratista se encuentra en imposibilidad de encontrar los materiales de construcción con los cuales debe realizar la obra conforme a lo pactado en el contrato.

Asignación: Esta eventualidad debe ser afrontada por el contratista con base en las obligaciones asumidas y teniendo en cuenta que está dentro de la esfera de su función la consecución de los elementos necesarios para cumplir la prestación.

7. *Insuficiencia de proveedores*: Se materializa por la ausencia de disponibilidad de proveedores de los bienes y servicios requeridos para elaborar el objeto.

Asignación: Al igual que el caso anterior debe ser afrontada por el contratista.

8. *Sujeciones imprevistas*: Son las condiciones físicas o materiales anormales, generalmente aplicables a contratos de obras públicas. Igualmente son: situaciones materiales de ejecución que varían en forma imprevista o/e impredecible que hacen más onerosa la ejecución del contrato, como cuando se estructura un contrato vial

esperando suelos arcillosos y aparecen suelos de mayor dureza.

Asignación: Es un riesgo a cargo del Estado; no podría pensarse en que fuera asignable al contratista, ya que ha celebrado el contrato en función de unos precios adecuados para ejecutar su actividad teniendo en cuenta unos costos referidos a sujeciones previstas; por lo tanto unas imprevistas que le acarreen mayores costos deben ser asumidas por el dueño de la obra.

Se asigna al contratista si éste tuvo a su cargo el estudio previo de suelos o sujeción de que se trate.

9. Materiales defectuosos: Ocurre cuando los materiales que se utilizan en la construcción no cumplen las especificaciones técnicas o cuando son materiales usados, de desecho o están en mal estado por negligencias en transporte, manejo o almacenamiento.

Asignación: Este riesgo se asigna al contratista en su condición de responsable de la adquisición y utilización de los materiales necesarios para el objeto contractual.

Si se tratase de un contrato por sistema de administración delegada, la responsabilidad es de la entidad estatal.

10. Entrega tardía de materiales: Se presenta cuando los materiales ya comprados no son despachados oportunamente al sitio de ejecución del contrato.

Asignación: Por lo mismos motivos descritos en el numeral anterior, es riesgo a cargo del contratista.

11. Especificaciones incorrectas de materiales: Ocurre cuando los materiales que se utilizan en la obra no son los que corresponden de acuerdo a las normas de ingeniería o de calidad regularmente aceptadas. Tiene íntima relación con las falencias en diseños.

Asignación: Nos encontramos ante un riesgo cuya materialización es producto de responsabilidades compartidas, ya que entidad y contratista compartieron el

desarrollo de un proceso licitatorio signado por un error. Falla la parte técnica de la entidad al disponer la obra con materiales no aptos y falla así mismo el oferente al incurrir en el mismo error o al no advertir a la entidad sobre el error en curso.

Sin embargo, a mi juicio el riesgo debe ser asignado a la entidad, que fue la que en el pliego propuso el uso de esos materiales.

12. Obras adicionales necesarias para la funcionalidad, calidad o estabilidad: Consiste en la presencia de una necesidad inicialmente no contemplada que implica realizar una mayor magnitud de obra que la inicialmente previstas u obras nuevas no previstas.

La obra adicional debe ser necesaria, de tal forma que sin su ejecución la obra contratada no va a quedar estructuralmente bien hecha, no va a ser funcional o va a quedar en tal estado que no prestará la utilidad o finalidad que se buscó al celebrar el contrato.

Asignación: Ya que la obra adicional necesaria es en beneficio del dueño de la obra y, en este caso, en beneficio del conglomerado social, la asignación de este riesgo es por cuenta del contratante.

Sin embargo, será preciso advertir que se pagarán tan solo si han sido previamente convenidas con la entidad estatal a través de documento idóneo y respectiva ampliación de garantías.

El riesgo de ejecutar obra adicional no necesaria y sin autorización, debe ser asignado al contratista.

13. Insuficiencia de mano de obra calificada: Consiste en que por dificultades del mercado laboral, no es posible enganchar personal técnico u operativo calificado para adelantar los trabajos que ameritan esas condiciones de idoneidad.

Asignación: Es un riesgo que debe asumir el contratista con base en los compromisos contractuales asumidos.

14. *Insuficiencia de profesionales especializados*: Amerita la misma caracterización y asignación que el anterior evento.

15. *Pago de salarios, prestaciones sociales y honorarios*: Se materializa cuando el contratista omite cumplir con las obligaciones que se derivan de la relación de trabajo conforme a las normas vigentes.

Asignación: El riesgo debe ser asumido por el contratista, quien lo traslada a la compañía aseguradora hasta el monto del valor asegurado, de ahí en adelante el contratista responde directamente ante la entidad.

16. *Incumplimiento de subcontratistas*: Se presenta cuando los subcontratistas no cumplen debida u oportunamente sus obligaciones con el contratista.

Asignación: Los subcontratistas están dentro de la esfera de control del contratista, por lo cual éste debe asumir el riesgo, pudiendo pactarse que aquellos constituyan garantías de cumplimiento.

17. *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*: Este evento está descrito y previsto por las leyes y corresponde al contratista ampararlo con los instrumentos de seguridad social, prevención y aseguramiento de riesgos laborales establecidos por la normatividad vigente

18. *Riesgo de mayor permanencia en obra*: Se materializa cuando el contratista tiene que disponer de personal y equipos durante un tiempo mayor al establecido como plazo de ejecución del contrato.

Asignación: Se debe asignar a la parte que con sus hechos de lugar a la materialización de este riesgo; si proviene de fuerza mayor, debe analizarse conforme a la asignación que al respecto se haya realizado.

19. *Daños a terceros*: Ocurre cuando por motivo de la ejecución del contrato resultan terceras personas lesionadas en su integridad física o se dañan bienes ajenos

entre los que pueden estar aquellos de propiedad del Estado mismo.

Asignación: Se asigna al contratista, quien lo traslada a la compañía de seguros en la modalidad de daño por responsabilidad civil extracontractual.

20. *Defectos en la calidad o inestabilidad de la obra*: Ocurre cuando por fallas en la construcción atribuibles al contratista, la obra se deteriora velozmente, se agrieta, se viene al suelo, etc.

Asignación: Se asigna al contratista, quien lo traslada parcialmente a la compañía de seguros mediante una póliza de calidad y estabilidad de la obra.

4.1.2. Por riesgos derivados de la fuerza mayor o el caso fortuito

4.1.2.1. POR FENÓMENOS NATURALES

21. Terremotos
22. Avalanchas y aludes
23. Inundaciones
24. Tempestades
25. Sequías
26. Temporada invernal

Son riesgos que corresponden a la fuerza mayor descrita en el Código Civil y que el Consejo de Estado define así: "La fuerza mayor es un hecho extraño a las partes contratantes, imprevisible e irresistible que determina la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato. Constituye causa eximente de responsabilidad porque rompe el nexo causal entre la no ejecución del contrato y el daño derivado del mismo. Fue definido por el legislador como "...el imprevisible a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc. La imprevisibilidad que determina la figura, se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para esta-

blecer que es lo previsible resulta necesario considerar las circunstancias particulares del caso concreto; supone verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega el fenómeno liberatorio. La ejecución del contrato estatal puede tornarse imposible por la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor, en cuyo evento la parte incumplida estará eximida de responsabilidad, porque el daño no le resulta jurídicamente imputable."⁸

Como se puede observar aquí se hace visible el problema de lo previsto y lo no previsto, es decir si el hecho de prever le quita las condiciones de fuerza mayor a ciertos hechos que por su naturaleza y conforme a la descripción legal lo son. Por ejemplo, un terremoto es un hecho al que no es posible resistir, es extraño a las partes contratantes, pero con el ejercicio de la tipificación y asignación de riesgos se puede hacer previsible y asignable a una de las dos partes. Refiriéndose a este tema de la previsibilidad dijo la Corte Suprema de Justicia: "Al definir la ley como caso fortuito o fuerza mayor, el imprevisto a que no es posible resistir, lo imprevisto de que trata esta disposición no significa que el hecho a que se atribuye aquel carácter sea desconocido, sino que, por ser inopinado u ocasional, no se sabe o no puede preverse cuándo ni en qué circunstancia podrá acontecer, y una vez presentado es absolutamente irresistible, como ocurre, verbigracia con un naufragio en el mar"⁹.

En principio es claro y conforme a las reglas de la justicia y la equidad que las consecuencias de un insuceso de este orden no tengan porqué ser afrontadas por el contratista.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Bogotá, D.C., once (11) de septiembre de dos mil tres (2003), radicación número: 68001-23-15-000-1995-00464-01(14781).

⁹ CSJ, casación de 18 de marzo de 1925.

Sin embargo, cada paquete de circunstancias particulares se presta para que de estos riesgos puedan predicarse variadas consecuencias en cuanto a su tipificación y asignación. Así por ejemplo, para el Consejo de Estado las prolongadas estaciones invernales no dan lugar a la liberación por presencia de fuerza mayor, ya que: "No bastaba entonces alegar y reclamar con fundamento en fuertes inviernos o derrumbes, pues se considera que el contratista estaba preparado para asumir tales situaciones, cuando formuló su propuesta bajo el juramento de que conocía las características de la zona. Con mayor razón si se tiene en cuenta que el invierno es un fenómeno natural y previsible en el territorio colombiano, no es por sí solo un hecho que escape al conocimiento previo del contratista; de manera que, cuando se invoca como evento constitutivo de fuerza mayor, deben probarse los elementos que lo determinan.

El demandante, además de que no demostró la imprevisibilidad de los hechos que alegó, tampoco probó que los mismos fuesen irresistibles, pues conocedor como era de la zona y de su clima, debió utilizar todos los mecanismos necesarios para contrarrestar el fenómeno invernal y sus efectos respecto de la topografía. No es dable considerar que la obstrucción de las vías de acceso era un hecho irresistible, imposible de corregir; el demandante no demostró la entidad de tal hecho, no probó que fuese un hecho anormal en una zona como esa, ni demostró haber sido diligente y acucioso para contrarrestarlo... Los efectos del alegado invierno y de los derrumbes en la vía debieron ser asumidos por el contratista, en el entendido de que son circunstancias que manifestó conocer. No pueden considerarse justificativos de los retrasos y de la inejecución de la totalidad de la obra contratada."¹⁰

Puede extenderse esta doctrina a los aludes, en el sentido de que si un constructor trabaja sobre terrenos reconocidamente inestables y deleznales, esta asu-

¹⁰ *Ibidem*.

miendo de entrada los riesgos de la situación. Igual quien ejecuta un contrato en reconocida época del año en que desborda un río aledaño al sitio de la obra, etc.

El Instituto Nacional de Vías, para el caso de la concesión de un túnel, ha solucionado el tema denominando algunos eventos de fuerza mayor como asegurables y otros como no asegurables; en los primeros el riesgo es asumido por el contratista quien tiene el deber de trasladarlo a la aseguradora y en los segundos, las consecuencias del evento son asumidas por el Estado:

"Riesgos de Fuerza Mayor Asegurable: la incertidumbre de ocurrencia de un desastre natural y los resultados en costo, plazo y cantidades de obra en caso de evento. Debe ser asumido por el contratista."

Riesgo de Fuerza Mayor No Asegurable: la incertidumbre de ocurrencia de actos terroristas, guerra o eventos que alteren el orden público, o hallazgos arqueológicos de minas o yacimientos. Debe ser asumido por la Nación."¹¹

Así se concluye, que para el INVÍAS, la fuerza mayor que describo en este acápite es asignable al contratista. Sin embargo, no debemos perder de vista que en este caso estamos ante un contrato de concesión conforme al cual el constructor administrará y gozará de utilidades del producto final; cosa diferente se ha de concluir de un contrato de obra normal dónde sería inicuo asignar al contratista el riesgo de un terremoto o el de una tempestad en un lugar en que históricamente no existe este tipo de fenómenos naturales.

Entonces, a mi juicio, la ocurrencia de desastres naturales, debe normalmente ser asumida por el Estado, a no ser que el fenómeno natural sea de usual presencia en la zona donde se desarrolla la obra, esa normalidad del fenómeno conlleva un contratista preparado para

¹¹ Licitación INVÍAS No. GGP-XXXXX(sic) de 2007, ítem de La Línea.

adoptar medidas para conjurar los efectos del riesgo y presume un estudio de costos en el que se incluye su valor.

4.1.2.2. POR ACTOS HUMANOS

27. Huelga

28. Paro

29. Asonada

30. Guerra

31. Ataque Terrorista

Conforme a los lineamientos generales trazados por el CONPES, estos eventos han de estar asignados a quien tiene el deber y posibilidades de controlarlos. Por eso como ya se vio, esta clase de eventos son asumidos por La Nación-INVÍAS y a juicio del autor, esta clase de riesgos siempre deben estar asignados a la entidad estatal sea nacional, departamental o municipal en virtud de que estamos en una república unitaria.

Sin embargo, en este caso no existen verdades absolutas, tal como lo expresó la Corte Suprema de Justicia en la siguiente casación: "... Pero son raros los casos de esta naturaleza que sean siempre y en todo supuesto causas de irresponsabilidad. El naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, propuestos por el artículo citado como ejemplos de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento causas de irresponsabilidad contractual. Eso depende de las circunstancias y del cuidado que haya puesto el deudor para prevenirlos. Si el deudor, a sabiendas, se embarca en una nave averiada, que zozobra y le hace perder lo que debe; si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo colocan a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieran evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumple un acontecimiento por su naturaleza extraño y dominador, no configuraría un caso fortuito liberatorio del deudor. Es que los caracteres esenciales del caso fortuito son la imprevisibilidad y la impo-

sibilidad. De consiguiente, se está bajo el dominio de lo fortuito cuando el deudor se impossibilita totalmente para cumplir su obligación por causa de un evento imprevisible. Cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor.

"Por ende, en tanto que sea posible prever la realización de un evento susceptible de oponerse a la ejecución del contrato, y que este evento pueda evitarse con mediana diligencia y cuidado, no hay caso fortuito ni fuerza mayor. Sin duda el deudor puede verse en la imposibilidad de ejecutar la prestación que le corresponde, pero su deber de previsión le permitiría evitar encontrarse en semejante situación. El incendio, la inundación, el hurto, el robo, la muerte de los animales, el daño de las cosas, etc., son hechos en general previsibles y que por su sola ocurrencia no acreditan el caso fortuito o la fuerza mayor, porque dejan incierto si dependen o no de culpa del deudor. Por consiguiente, es racional que el deudor que alegue uno de estos o parecidos acontecimientos, pretendiendo librarse del cumplimiento de su obligación, debe no solo probar el hecho, sino demostrar también las circunstancias que excluyen la culpa. Y la presunción de culpa que acompaña a quien no ha ejecutado el contrato, no se destruye por la simple demostración de la causa del incumplimiento cuando el hecho así señalado es de los que el deudor está obligado a prevenir o impedir. Por ejemplo, el robo o el hurto son hechos que se pueden prever y evitar con solo tomar las precauciones que indiquen la naturaleza de las cosas."¹²

Por último, en lo atinente a huelgas y paros, si estos surgen dentro del personal vinculado a la obra, es el contratista quien debe asumir los riesgos que de allí se derivan, y en cuanto a los delitos contra la propiedad, el contratista debe tomar las precauciones para la custodia de los materiales y equipos que sirven la obra y afrontar

¹² Corte Suprema de Justicia, casación de 31 de agosto de 1942.

las consecuencias del hurto siempre y cuando no devengan de conductas que tipifiquen asaltos de grupos rebeldes al margen de la ley.

4.1.3. Por circunstancias económicas o legales

32. *Financiamiento del contrato*: Se presenta cuando el contratista no tiene los recursos propios o de crédito para continuar la obra estando la administración al día en los pagos que le corresponden.

Asignación: Indudablemente este riesgo debe ser asignado al contratista, quien ha asumido la obligación de culminar la obra y quien al participar en la licitación ha demostrado una capacidad financiera o un k de contratación para asumir la magnitud económica del contrato.

33. *Cambios en la regulación impositiva*: Consiste en la modificación del régimen impositivo luego de celebrado el contrato, bien sea en tarifas, en bases gravables o por la aparición de un nuevo tributo que afecta la actividad dentro de la cual está inmerso el objeto del contrato.

De acuerdo al Consejo de Estado, la teoría del EFC trata este fenómeno como hecho del príncipe si la nueva carga es creada por la misma entidad contratante o, como una manifestación de la teoría de la imprevisión si el ajuste tributario o nuevo impuesto proviene de otra instancia del Estado. ... "No obstante, cualquiera sea la teoría que se aplique, se observa que el hecho mismo de la imposición de nuevos tributos, por sí solo, no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que trátase de un hecho del príncipe o de una circunstancia imprevisible, deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato a raíz de la aplicación de la nueva norma impositiva; al respecto, ha dicho la Sala:

"Se deduce de estos antecedentes jurisprudenciales, que sólo en una ocasión, en forma tangencial, se ha aceptado la ocurrencia del hecho del príncipe en razón de los gravámenes o cargas impositivas que afectan la economía o ecuación financiera de los contratos estatales. En los demás casos se ha considerado que las cargas tributarias que surgen en el desarrollo de los contratos estatales, no significan *per se* el rompimiento del equilibrio económico del contrato, sino que es necesario que se demuestre su incidencia en la economía del mismo y en el cumplimiento de sus obligaciones, exigencia que coincide con lo expresado por la doctrina como se anotó antes".

Es decir que no basta con probar que el Estado-entidad contratante u otra autoridad- profirió una medida de carácter general mediante la cual impuso un nuevo tributo, y que el mismo cobijó al contratista, que tuvo que pagarlo o se vio sometido a su descuento por parte de la entidad contratante, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento de tal equilibrio económico del contrato, debe probar que esos descuentos, representaron un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida *ab-initio*, que se sale de toda previsión y que le representó una mayor onerosidad de la calculada y el tener que asumir cargas excesivas, exageradas, que no está obligado a soportar, porque se trata de una alteración extraordinaria del álea del contrato; y esto es así, por cuanto no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él..."¹³.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil tres (2003), radicación número: 15119.

Asignación: Del análisis de la anterior jurisprudencia y con miras a cumplir la ley, pero también a respetar la ecuación contractual -que sigue siendo principio y regla general de la contratación estatal- y teniendo en cuenta que este riesgo no puede ser mejor controlado por alguna de las dos partes, la asignación debe seguir unas reglas especiales así:

El riesgo de nuevos tributos que afecten a todos los contribuyentes y a todas las actividades debe ser asumido por el contratista.

El riesgo de tributos que afecte tan solo la actividad económica a la cual pertenece el objeto del contrato en avance, debe valorarse al momento de su materialización para verificar en qué medida afecta la estructura financiera del contrato. Si se observa que la afectación es de tal magnitud que induce pérdidas para el contratista, debe el Estado en observancia del artículo 27 de la Ley 80, reestablecer la ecuación a un punto de no pérdida y así debe quedar contemplado en el estudio de asignación de riesgos.

En la licitación ya referida, el INVÍAS asigna esta responsabilidad al contratista, así: "*Los efectos, favorables o desfavorables, de las variaciones en la legislación Tributaria, de tal manera que el Contratista asumirá los efectos derivados de la variación de las tarifas impositivas, la creación de nuevos impuestos, la supresión o modificación de los existentes, y en general cualquier evento que modifique las condiciones tributarias existentes al momento de la presentación de la Propuesta.*"

Sin embargo, insisto en que en este caso el riesgo se asigna para una concesión de largo plazo en el cual el estado y el concesionario terminan siendo socios y el contratista, mucho más allá de la construcción de una obra, es un empresario en espera de utilidades con base en la operación de lo que construye, al paso que el contratista de obra pública simplemente espera una retri-

bución por la ejecución del contrato, por lo que no se ve equitativo dejarle toda la carga de un tributo que le hará incurrir en pérdidas por colaborar con el Estado¹⁴.

34. *Modificaciones abruptas en tipo de cambio:* De acuerdo con el CONPES, el riesgo cambiario se refiere a la eventual variación de los flujos de un proyecto, debido a que sus ingresos y egresos están denominados o dependen del comportamiento de la tasa de cambio frente a monedas distintas.

Podemos referirlo también a todo suministro de materiales que conlleve la importación siempre y cuando se presente una modificación abrupta en el precio de la moneda extranjera en que se hace la transacción.

Asignación: Toda modificación que se encuentre dentro de las fluctuaciones normales debe ser asumida por el contratista.

Las modificaciones imprevisibles derivadas de medidas políticas o económicas nacionales o extranjeras deben ser tratadas como teoría de la imprevisión y, en aplicación de la Ley 80, las entidades estatales deben llevar al contratista a un punto de no pérdida.

Por lo tanto el riesgo debe ser asignado al contratista bajo la condición de reestablecerle a un punto de no pérdida cuando la variación encuadre dentro del marco de la teoría de la imprevisión.

35. *Variaciones en los costos de materiales:* Consiste en cambios en el precio de materiales de magnitud tal que afecten gravemente la estructura económica del contrato.

Sobre su caracterización y asignación, el comentario es idéntico al anterior.

¹⁴ Sobre la calidad de colaborador del contratista, Cfr. Artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

36. *Mora en el pago por parte del Estado:* Los efectos dañinos que se derivan de este riesgo, deben ser asumidos, reconocidos y pagados por el Estado, el que, a título de resarcimiento, debe pagar intereses de mora al contratista.

37. *Obtención de seguros:* Corresponde al contratista gestionar las garantías y seguros que quedaron determinadas en los pliegos definitivos; los efectos que se deriven de su no obtención han de ser asumidos por el contratista.

38. *Modificaciones o interpretaciones unilaterales del contrato:* Se presentan cuando en ejercicio de estos dos poderes excepcionales la entidad altere gravemente el equilibrio financiero del contrato, circunstancia que se debe analizar a la luz de la teoría del hecho del principio.

Asignación: Ya que es un riesgo producto de la actividad estatal, debe ser asignado a la entidad contratante. Sobre el particular ha dicho el Consejo de Estado: "El hecho del principio, en cambio, tiene por resultado, cuando influye sobre la situación económica del contratante, otorgar a éste el derecho de exigir la reparación definitiva del perjuicio causado por la Administración, en forma de un suplemento de precio; la equidad exige que el contratante no sufra una pérdida, ni aún una disminución de sus beneficios, a raíz del hecho de la Administración."¹⁵

39. *Riesgo ambiental:* Este riesgo tiene dos manifestaciones: una referente a la gestión y obtención de la licencia ambiental, la otra, a la violación de los deberes que impone la licencia ambiental.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil cuatro (2004), radicación: 25000-23-26-000-1991-07391-01 14043.

Lógicamente en el primer caso el riesgo está en no lograr el permiso y tener, por lo tanto, que modificar planos y diseños o más aún, renunciar a la realización del contrato mismo. En el segundo caso, consiste en la exposición a sanciones que pueden ir desde las multas hasta el cierre de la obra.

Asignación: el riesgo de obtención del permiso debe ser asignado al dueño de la obra, entidad que pertenece a la misma esfera estatal de quien concede la licencia.

El riesgo de la contravención del permiso sí debe ser asignado al contratista, quien es el ejecutor de la obra.

40. *Riesgo frente al P. O. T.:* Los planes de ordenamiento territorial establecen reglas y limitaciones para el uso del suelo de cada municipio, que hacen necesario contar con requisitos y permisos de orden urbanístico y de planeación.

Sobre su caracterización y asignación repito lo dicho en el numeral anterior.

41. *Riesgos de requisitos legales contractuales de ejecución:* Consiste en la no obtención y presentación de los documentos necesarios para suscribir o para ejecutar el contrato, tales como pago de estampillas, publicaciones o registro presupuestal, o en la no designación oportuna de interventor para dar inicio a la ejecución del contrato.

Asignación: Se asigna al Estado o al contratista, según la parte que deba gestionar y cumplir con el requisito.

42. *Riesgos asociados con el presupuesto de la entidad:* Consiste en la ausencia de disponibilidad presupuestal o de caja para asumir los compromisos asumidos, puede presentarse por negligencias, equivocaciones, embargos o en general cualquier hecho que impida pagar las cuentas presentadas correctamente por el contratista.

Asignación: El Estado debe responder por las consecuencias derivadas de la materialización de este riesgo.

4.1.4. Regla general para contratos con precio global

Sobre asignación de riesgos asociados a contratos de obra pública con precio global, bien vale la pena observar la normativa que al respecto determina el Código Civil:

Artículo 2060.- Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

1. El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones.

2. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieran preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda.

3. Si el edificio perezca o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, inciso final.

4. El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba,

como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone.

5. Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente y hasta concurrencia de lo que éste debía al empresario. (N. del A.: Sobre este último numeral, actualmente se debe observar la legislación laboral).

4.2. EN ADQUISICIÓN DE BIENES

Dada la forma en que se ejecuta el contrato de compraventa, la configuración del riesgo dependerá de la etapa en que se encuentre el desarrollo del contrato; en tal sentido, las fases del contrato son tres: la primera que va desde la celebración del contrato hasta la entrega de la cosa; la segunda que consiste en la entrega misma y la tercera aquella que corre a partir de ella.

De tal manera existirán unos riesgos propios de cada una de tales etapas y una parte a la cual se han de asignar conforme a las siguientes reglas:

4.2.1. Riesgos dentro del plazo acordado para la entrega de la mercancía

Los riesgos propios del período que va entre la celebración del contrato¹⁶ y la entrega de las mercancías a la entidad estatal son aquellos derivados de la fabricación, compra a mayoristas, transporte, manipulación, pérdida, destrucción o deterioro de los bienes. Si se trata de bienes importados, también estarán involucrados aque-

¹⁶ Bajo el supuesto de que la administración ha cumplido sus obligaciones, en especial la de pago de anticipo, si lo hubiere.

llos derivados del régimen aduanero propio de cada país.

A nuestro juicio, todos los riesgos que se presentan durante esta etapa de la ejecución del contrato deben ser asignados al contratista, en los mismos términos que se pactan en el Incoterm DDP (*Delivered duty on paid*)¹⁷ o "Entregado derechos pagados", lo que significa que el

¹⁷ Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, 33º período de sesiones, Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000: Dos equivocaciones en relación a los Incoterms son muy frecuentes. Primera, a menudo se interpreta incorrectamente que los Incoterms se aplican al contrato de transporte y no al contrato de compraventa. Segunda, se da por sentado erróneamente que regulan todas las obligaciones que las partes deseen incluir en el contrato de compraventa.

La CCI siempre ha destacado que los Incoterms se ocupan sólo de la relación entre vendedores y compradores en un contrato de compraventa y, más aún, sólo de algunos aspectos bien determinados. Segunda, los Incoterms versan sobre un número de obligaciones bien identificadas impuestas a las partes -como la obligación del vendedor de poner las mercancías a disposición del comprador, entregárlas para el transporte o expedirlas al lugar de destino- y sobre la distribución del riesgo entre las partes en cada uno de esos casos.

Además, se ocupan de las obligaciones de despacho aduanero de las mercancías para la exportación y la importación, el embalaje de las mercancías, la obligación del comprador de recibir la entrega, así como proporcionar la prueba de que se han cumplido debidamente las obligaciones respectivas. Aunque los Incoterms son sumamente importantes para el cumplimiento del contrato de compraventa, no se ocupan en absoluto de un buen número de problemas que pueden darse en el propio contrato, como la transmisión de la propiedad y de otros derechos conexos, el incumplimiento del contrato y sus consecuencias, así como las exoneraciones de responsabilidad en ciertas situaciones. Debe destacarse que los Incoterms no están pensados para reemplazar las cláusulas contractuales necesarias en un contrato de compraventa completo, ya sea mediante la incorporación de cláusulas típicas así como de cláusulas negociadas individualmente.

Generalmente, los Incoterms no tratan de las consecuencias de un incumplimiento contractual ni de las exoneraciones de responsabilidad debidas a causas diversas. Esas cuestiones deben resolverse a través de otras estipulaciones del contrato de compraventa o de la ley aplicable.

Los Incoterms se han concebido en principio para ser utilizados cuando las mercancías se venden para entregarlas más allá de las fronteras nacionales; por lo tanto, son términos comerciales internacionales. Sin embargo, en la práctica también se incorporan a veces a contratos de compraventa de mercancías en mercados puramente interiores. Cuando los Incoterms se utilizan así, las cláusulas A2 y B2 y cualquier otra estipulación de otros artículos relativa a la exportación y a la importación devienen, obviamente, superfluas.

contratista-vendedor asume las gestiones y riesgos propios de las siguientes actividades:

- Embalaje y verificación, que comporta el control de calidad, medida, peso, certificados sanitarios, entre otros,
- Carga, o llenado del vehículo de transporte,
- Transporte de las mercancías,
- Costos de la manipulación de la mercancía,
- Si se trata de mercancías compradas en el exterior, el vendedor asume los riesgos derivados de las formalidades aduaneras de exportación e importación.
- Bodegaje antes de la entrega (si es necesario),
- Y, descarga y entrega en la sede del comprador.

De suyo, se entiende que la entrega debe realizarse dentro del plazo acordado¹⁸ y, que el riesgo de la entrega tardía corre por cuenta del vendedor, a no ser que la justifique en actos de fuerza mayor o caso fortuito a los que no haya dado lugar con sus hechos.

El Incoterm DDP, es uno de los trece que existen conforme a la versión del año 2000¹⁹; lo propongo dado que es el que ofrece más seguridades e implica menos riesgos para el comprador que en este caso es una entidad estatal, de tal forma que su uso conlleva la protección del interés público. Además, como la calidad del comprador no es la de comerciante, en la mayor parte de los casos será excesivamente riesgoso para el Estado asumir las gestiones y riesgos propios de los avatares mercantiles.

Por otro lado pactar y asumir así los riesgos, se aviene con la distribución de cargas y contingencias que

¹⁸ Código de Comercio.- Artículo 924. El vendedor deberá hacer la entrega de la cosa dentro del plazo estipulado.

¹⁹ Comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional, 33º período de sesiones, Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000.

dispone la legislación colombiana del derecho privado, sin que en momento alguno se esté alterando la comunitatividad del contrato. Se entenderá así, que dentro de los costos de las mercancías están los inherentes al cumplimiento de las obligaciones y asunción de riesgos pactados²⁰.

No sobra agregar que esta asignación del riesgo en cabeza del vendedor se aviene perfectamente con la regla del *res peris debitoris* que consagra el código de Comercio en el artículo 929 al expresar que "En la venta de un "cuerpo cierto", el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, responderá al vendedor, salvo que el comprador se constituya en mora de recibirlo y que la fuerza mayor o el caso fortuito no lo hubiera destruido sin la mora del comprador. En este último caso, deberá el comprador el precio íntegro de la cosa."

4.2.2. Riesgos en la etapa de recepción

Así como el comprador asume los riesgos propios de la entrega, el comprador ha de asumir los propios de la recepción, de tal forma que debe disponer lo necesario para el recibo de las mercancías con personal idóneo perito en las características de los bienes, dispuestos en el momento y lugar acordados.

Así como el vendedor tiene la carga de entregar oportuna e íntegramente²¹, el comprador tiene la de re-

²⁰ Véase que el Art. 6 del Decreto 2170 de 2002, determina que al consultar el SICE "La entidad tendrá en cuenta los valores de fletes, seguros y demás gastos en que deba incurrir el proveedor para la entrega de los bienes o servicios, así como las condiciones de pago, volúmenes y en general, todos aquellos factores que afecten el precio del bien o del servicio."

²¹ Código de Comercio.- Artículo 928. El vendedor estará obligado a entregar lo que reza el contrato, con todos sus accesorios... Artículo 943. El comprador estará obligado a recibir la cosa en el lugar y el tiempo estipulados y, en su defecto, en el lugar y en el tiempo fijados por la ley para la entrega, so pena de indemnizar al vendedor los perjuicios causados por la mora.

cibir en el tiempo acordado. En tal medida cualquier riesgo que ocurra a partir de que el comprador incurra en mora de recibir corre por cuenta de él.

Al momento de recibir, debe asumirse además la carga de revisar minuciosamente las cosas entregadas, pues conforme al Art. 939 del Código de Comercio, el comprador no será oído sobre defectos de calidad o faltas de cantidad toda vez que las haya examinado²².

4.2.3. Riesgos posteriores a la recepción de los bienes

VICIOS OCULTOS: Conforme a la legislación comercial, el vendedor asume el riesgo sobre vicios ocultos, de tal forma que responderá por aquellos cuya causa sea anterior al contrato, ignorados sin culpa del comprador y que hacen la cosa impropia para el fin previsto²³.

Sin embargo, en este tema, salvo casos muy excepcionales, teniendo en cuenta el interés público perseguido, ha de suponerse que las partes obran bajo el en-

²² Código de Comercio.- Artículo 931. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el comprador quiere adquirir la cosa sana, completa y libre de gravámenes, desmembraciones y limitaciones del dominio.

Si el comprador, dentro de los cuatro días siguientes a la entrega o dentro del plazo estipulado en el contrato, alega que la cosa presenta defectos de calidad o cantidad, la controversia se someterá a la decisión de peritos; estos dictaminarán sobre si los defectos de la cosa afectan notablemente su calidad o la hacen desmerecer en forma tal que no sea de recibo o lo sea a un precio inferior. En este caso, el comprador tendrá derecho a la devolución del precio que haya pagado y el vendedor se hará de nuevo cargo de la cosa, sin perjuicio de la indemnización a que esté obligado por el incumplimiento. El juez, por procedimiento verbal proveerá sobre estos extremos. Pero si el comprador lo quiere, podrá perseverar en el contrato al precio fijado por los peritos.

²³ Código de Comercio.- Artículo 934. Si la cosa vendida presenta, con posterioridad a su entrega vicios o defectos ocultos cuya causa sea anterior al contrato, ignorados sin culpa por el comprador, que hagan la cosa impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato, el comprador tendrá derecho a pedir la resolución del mismo o la rebaja del precio a justa tasación. Si el comprador opta por la resolución, deberá restituir la cosa al vendedor. En uno u otro caso habrá lugar a indemnización de perjuicios por parte del vendedor, si éste conocía o debía conocer al tiempo del contrato el vicio o el defecto de la cosa vendida.

tendido de que el comprador jamás compra cosas en mal estado y, por lo tanto, será para el vendedor virtualmente imposible demostrar que el jefe de la entidad hizo adquisiciones para la entidad conociendo que lo vendido estaba en mal estado.

De allí que concluyamos que los vicios ocultos en contratación estatal deben ser asignados siempre al vendedor.

EVICCIÓN: La evicción es la privación de todo o parte de la cosa adquirida por el comprador, por sentencia que cause ejecutoria, en la razón de algún derecho anterior a la adquisición. Es decir, en este caso el vendedor dispone a favor del comprador de un bien sobre el cual un tercero tenía mejores derechos.

En este caso, es indudable que el riesgo de este evento debe ser asignado al vendedor²⁴.

CALIDAD Y GARANTÍA: Desde el mismo momento de la entrega el comprador tiene derecho a que las mercancías estén sanas, completas, con todos los accesorios necesarios para su funcionamiento, que sean de la calidad media que se encuentra dentro del mercado tratándose de cosas de género y, que si el comprador hizo el negocio sobre muestras, los bienes entregados estén conformes a la naturaleza, funcionalidad y calidad de las muestras.

Sin embargo luego de entregadas la cosas, subsiste la obligación de garantizar la calidad y funcionamiento, es

²⁴ Código de Comercio.- Artículo 940. (...) Cuando sin culpa de su parte y por causa anterior a la venta sea el comprador evicto totalmente de la cosa, tendrá derecho a la restitución del precio pagado y a la plena indemnización de perjuicios. Si la evicción fuere parcial y de tanta importancia que pueda deducirse que en tales condiciones no habría comprado, podrá a su arbitrio el comprador ejercer la acción que le concede el inciso anterior o perseverar en el contrato mediante rebaja de la parte proporcional del precio o de indemnización de los perjuicios que la evicción parcial le hubiere causado.

decir que los bienes sean de tal condición que no se deterioren de manera acelerada o inesperada o pierdan las funcionalidades para las cuales han sido adquiridas.²⁵

Todos los bienes que compra el Estado deben tener garantía de buen funcionamiento, de tal manera, que en los casos en que luego de la entrega se advierta por el comprador que las cosas vendidas fallan en cuanto a sus condiciones de funcionamiento y calidad, tiene el derecho a solicitar las indemnizaciones correspondientes.

Por lo tanto, el riesgo de buen funcionamiento, siempre ha de estar a cargo del vendedor, con una particularidad, el riesgo se asume por el tiempo correspondiente al garantizado, entendiéndose por otra parte, que el comprador ha hecho uso adecuado del bien y que el vicio no se debe a ignorancia del usuario en la operación, a deficiencias en el almacenamiento o mal tratamiento de las cosas.

Conforme a la normatividad vigente, este riesgo normalmente es trasladado parcialmente a la compañía aseguradora.

EL PAGO DE LA COSA: El riesgo consiste en que luego de recibidas las cosas a satisfacción por parte de la entidad, ésta no las pague dentro del término previsto. Al respecto el Código de Comercio señala en el art. 947 que el comprador debe pagar el precio en el plazo estipulado y que de no existir pacto al respecto, se deberá pagar al momento de recibir la mercancía.

²⁵ Código de Comercio.- Artículo 932. Si el vendedor garantiza por tiempo determinado el buen funcionamiento de la cosa vendida, el comprador deberá reclamar al vendedor por cualquier defecto de funcionamiento que se presente durante el término de la garantía, dentro de los treinta días siguientes a aquél en que lo haya descubierto, so pena de caducidad. El vendedor deberá indemnizar los perjuicios causados por cualquier defecto de funcionamiento que sea reclamado oportunamente por el comprador. La garantía sin determinación de plazo expirará al término de dos años, contados a partir de la fecha del contrato.

El no pago genera para el comprador la obligación de restituir la mercancía con la correspondiente indemnización de perjuicios. Indiscutiblemente, este riesgo y sus efectos deben ser asumidos por el obligado al pago, que no es otro que la entidad estatal.

4.2.4. *Dos casos especiales*

VENTA DE COSA FUTURA: El que la cosa futura llegue a existir o no, es un riesgo que asume al comprador.²⁶

VENTA DE COSA AJENA: La venta de cosa ajena conlleva el riesgo de que el propietario no la quiera vender; éste es un riesgo que debe ser asignado al vendedor.²⁷

4.2.5. *Riesgos financieros y legales*

Dado el carácter de ejecución instantánea del contrato de compraventa, es poco probable que se puedan presentar riesgos atinentes a variaciones en el tipo de cambio o incremento exagerado de precios; en cambio sí es posible que estos eventos se presenten en los contratos de suministro dado su tracto sucesivo.

En cualquier caso, los siguientes riesgos que para el contrato de obra se han definido como derivados de circunstancias económicas y legales, también son de aplicación para los contratos de adquisición de bienes:

Financiamiento del contrato

Incrementos en impuestos

Modificaciones abruptas en el tipo de cambios

Incrementos de precios en el bien objeto de suministro

²⁶ Código de Comercio.- Artículo 917. La venta de cosa futura sólo quedará perfecta en el momento en que exista, salvo que se exprese lo contrario o que de la naturaleza del contrato parezca que se compra el alea. Si la cosa llegare a tener únicamente existencia parcial podrá el comprador desistir del contrato o perseverar en él a justa tasación. ...

²⁷ Código de Comercio.- Artículo 907. La venta de cosa ajena es válida e impone al vendedor de la obligación de adquirirla y entregarla al comprador, so pena de indemnizar los perjuicios.

Mora en el pago por parte del Estado

Obtención de seguros u otras garantías

Ausencia de disponibilidad presupuestal o de caja

Los anteriores riesgos merecen la misma tipificación y comentarios hechos al referirnos al contrato de obra pública; sin embargo, en este caso haremos una acotación especial sobre el denominado "incrementos de precios en el bien objeto de suministro".

Este riesgo se presenta cuando el bien objeto del suministro sufre un exagerado e inesperado aumento de precios.

Se asigna al contratante, quien podrá ser llevado por la entidad a un punto de no pérdida, siempre y cuando demuestre que el aumento del precio ha sido de tal gravedad que ha llevado al desequilibrio contractual hasta un punto tal que el cumplimiento del contrato le irroga pérdidas.

4.3. RIESGO EN PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y CONSULTORÍA

Al entrar en este ámbito, nos encontramos en terrenos propios de las obligaciones de hacer, "aquellas cuyo objeto consiste en una actividad del deudor, material o intelectual, ora tomada como labor, ora tomada como su resultado (opera, opus)".²⁸ Más allá de la anterior definición omnicomprensiva del hacer, es virtualmente imposible medir con un mismo rasero todas las obligaciones de hacer que pueden existir, desde reparar un equipo informático hasta intervenir quirúrgicamente un paciente, pasando por la custodia de bienes o la atención de una cafetería.

Por otra parte, las fuentes del derecho sobre obligaciones de hacer son bastante escasas, por lo que podemos seguir lo dicho por MAZZAMUTO, cuando expresa:

²⁸ HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, 2002, pág. 205.

"El tema de las obligaciones de hacer es de los menos estudiados por la doctrina jurídica y es objeto de una disciplina escasa en las codificaciones. En el ámbito de la teoría general de las obligaciones, el relieve adquirido por estas obligaciones resulta marginal, aún hoy..."²⁹

Dada la inmensa variedad de contratos con prestaciones de hacer, intentar tipificar riesgos para cada una de las clases de estos contratos, sería un ejercicio sumamente extenso y casuístico, por ello, en forma similar al ejercicio realizado sobre el contrato de obra pública, elaboraremos el cuadro de configuración del riesgo para contratos de prestación de servicios siguiendo de cerca aquél, con las adecuaciones, adiciones y eliminaciones que son del caso:

POR RIESGOS EN LA PLANEACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

1. *Información suministrada por la entidad errónea o desactualizada*: Este riesgo se materializa cuando la entidad estatal no informa correctamente al contratista sobre los datos necesarios para la prestación del servicio. Así, por ejemplo, se entregan informaciones erróneas sobre el estado de conservación de un bien a la aseguradora o se entregan datos irreales para hacer un estudio de consultoría.

Asignación: Es un riesgo que corresponde asumir al Estado, ya que cuando se pacte que el servicio dependerá total o parcialmente de informaciones que la entidad suministre al contratista, es de su cargo la veracidad y realidad de los datos que entregue para la prestación del servicio.

2. *Uso o recolección de información errada*: En este caso se trata de la información que el contratista está obliga-

²⁹ Citado por HINESTROSA FERNANDO, *Tratado de las obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, 2002, pág. 206.

do a reunir para cumplir sus obligaciones. Sucede cuando el prestador del servicio usa información incorrecta y genera diseños o dictámenes contrarios a la realidad e inútiles.

Asignación: Es un riesgo que debe ser asignado al contratista.

3. *Estimación inadecuada de los costos:* Iguales comentarios que los planteados frente al contrato de obra pública

4. *Planos o diseños inútiles o deficientes:* Este riesgo se materializa cuando al llevar a la práctica la utilización de los diseños o planos del consultor, se hace manifiesto que adolecen de cálculos errados o que eran de imposible aplicación.

Asignación: Al consultor se le contrata en virtud de su conocimiento científico, por lo tanto es inaceptable que el objeto de su contrato sea inservible o inútil, por lo cual el riesgo debe ser asumido por el contratista.

5. *Conceptos errados:* Similar al anterior. Sin embargo en estos casos debe hacerse distinción entre aquellos propios de las ciencias naturales y los que corresponden a ciencias sociales.

Para los rendidos dentro del concepto de ciencia natural existe una mayor rigurosidad dada la condición de exactitud propia de tales disciplinas. Los rendidos dentro del derecho, la economía o la psicología, admiten un mayor grado de elasticidad en cuanto al margen de error. Sin embargo debe analizarse en cada caso la entidad de la desviación frente al estado normal de la ciencia para derivar hasta qué punto el contratista ha de asumir el riesgo por cuenta de errores en el dictamen, concepto o experticio.

Asignación: Los errores en conceptos que dependen de cálculos propios de las ciencias naturales deben ser asumidos por el contratista; en el caso de ciencias socia-

les debe analizarse la naturaleza del error y graduarse conforme al estado de la respectiva disciplina.

6. *Negligencia, imprudencia o temeridad en los mandatos:* Se presenta este riesgo cuando el mandatario de la entidad, sea abogado, comisionista o corredor de seguros, falta a la diligencia normal o exigida por la ley para adelantar los negocios que realiza en nombre de la entidad estatal mandante.

Asignación: Es un riesgo que debe ser asumido por el contratista.

7. *Uso indebido de información:* En ciertos casos, el contratista puede tener acceso a información reservada conforme a la ley. Así un contratista puede conocer información reservada en una contratación del Ministerio de Defensa o cualquier asesor puede conocer el contenido de declaraciones de renta presentadas por los oferentes.

El riesgo se materializa cuando, por razón de la ejecución del contrato conoce informaciones reservadas legalmente y las hace públicas o negocia con ellas.

Asignación: La asunción de este riesgo está en cabeza del contratista.

8. *Insuficiencia de proveedores:* Se materializa por la ausencia de disponibilidad de proveedores de los bienes requeridos para realizar la prestación del servicio. Puede suceder en cualquier contrato de reparación o mantenimiento que requiera provisión de partes o repuestos.

Asignación: Debe ser afrontada por el contratista.

9. *Materiales defectuosos:* Ocorre cuando los materiales o repuestos que se utilizan en la reparación o mantenimiento del bien mueble no cumplen las especificaciones técnicas o cuando son materiales usados, de desecho o están en mal estado por negligencias en transporte, manejo o almacenamiento.

Asignación: Este riesgo se asigna al contratista en su condición de responsable de la adquisición y utilización de los materiales necesarios para cumplir el objeto contractual.

10. *Especificaciones incorrectas de partes y repuestos:* Ocurre cuando los repuestos con los que se pretende reparar o mantener el bien no son los que corresponden de acuerdo a las características o marca del bien que se repara o mantiene.

Asignación: En el caso de prestación de servicios este riesgo está a cargo del contratista.

✓ 11. *Servicios adicionales necesarios para la utilidad del objeto contractual:* En forma similar al contrato de obra, puede presentarse la eventualidad de que en una consultoría, por ejemplo, al elaborar unos diseños, se advierte que se deben confeccionar otros adicionales para que la consultoría sea útil para la necesidad de la entidad, o también por ejemplo, que al repararse un bien se encuentre que para la correcta funcionalidad de lo reparado, deba a su vez arreglarse o sustituirse otra pieza.

El servicio adicional debe ser necesario, de tal forma que sin su ejecución la prestación no va a quedar bien hecha, no va a ser funcional o va a quedar en tal estado que no prestará la utilidad o finalidad que se buscó al celebrar el contrato.

Asignación: Ya que el servicio adicional necesario es en beneficio del destinatario del servicio y, en este caso, en beneficio del conglomerado social, la asignación de este riesgo es por cuenta del contratante.

Sin embargo, será preciso advertir que se pagarán tan solo si han sido previamente convenidas por la entidad estatal a través de documento idóneo y respectiva ampliación de garantías.

El riesgo de ejecutar servicio adicional no necesario y sin autorización, debe ser asignado al contratista.

12. *Insuficiencia de mano de obra:* Consiste en que por dificultades del mercado laboral, no es posible enganchar personal técnico u operativo calificado para adelantar los trabajos propios del servicio contratado.

Asignación: Es un riesgo que debe asumir el contratista.

✓ 13. *Insuficiencia de profesionales especializados:* Amerita la misma caracterización y asignación que el anterior evento.

14. *Pago de salarios, prestaciones sociales y honorarios:* Se materializa cuando el contratista omite cumplir con las obligaciones que se derivan de la relación de trabajo conforme a las normas vigentes.

Asignación: El riesgo debe ser asumido por el contratista, quien lo cubre con la garantía o lo trasladada a la compañía aseguradora.

15. *Incumplimiento de subcontratistas:* Se presenta cuando los subcontratistas no cumplen debidamente u oportunamente sus obligaciones con el contratista.

Asignación: Los subcontratistas están dentro de la esfera de control del contratista, por lo cual éste debe asumir el riesgo, pudiendo pactarse que aquellos constituyan garantías de cumplimiento.

16. *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales:* Este evento está descrito y previsto por las leyes y corresponde al contratista ampararlo con los instrumentos de seguridad social, prevención y aseguramiento de riesgos laborales establecidos por la normatividad vigente.

✓ 17. *Riesgo de mayor extensión temporal del contrato:* Se materializa cuando el contratista tiene que disponer de personal y equipos, o de su propio tiempo durante un lapso mayor al establecido como plazo de ejecución del contrato.

Asignación: Se debe asignar a la parte que con sus hechos de lugar a la materialización de este riesgo.

18. *Daños a terceros:* Ocurre cuando por motivo de la ejecución del contrato resultan terceras personas lesionadas en su integridad física o moral o se dañan bienes ajenos entre los que puede estar aquellos de propiedad del Estado mismo.

Asignación: Se asigna al contratista, quien lo traslada a la compañía de seguros en la modalidad de daño por responsabilidad civil extracontractual.

DERIVADOS DE CIRCUNSTANCIAS ECONÓMICAS O LEGALES

1. *Financiamiento del contrato:* Se presenta cuando el contratista no tiene los recursos propios o de crédito para continuar la prestación del servicio estando la administración al día en los pagos que le corresponden.

Asignación: Inudablemente este riesgo debe ser asignado al contratista, quien ha asumido la obligación de prestar íntegramente el servicio y quien al participar en la licitación ha demostrado una capacidad financiera para asumir la magnitud económica del contrato.

2. *Cambios en la regulación impositiva:* Remito a los comentarios que sobre el tema se hicieron respecto del contrato de obra pública.

3. *Modificaciones abruptas en tipo de cambio:* Caben los mismos comentarios que se hicieron en el tema de obra pública. Con un comentario adicional; en este caso el tipo de cambio puede afectar repuestos consumidos en un servicio de reparación o los honorarios de un experto extranjero que gane en divisas, entre otros casos.

4. *Variaciones en los costos de insumos:* Consiste en cambios en el precio de repuestos o equipos necesarios para consumir el servicio, de magnitud tal que afecten gravemente la estructura económica del contrato.

Sobre su caracterización y asignación, el comentario es idéntico al anterior.

5. *Mora en el pago por parte del Estado.*

6. *Obtención de seguros.*

7. *Modificaciones o interpretaciones unilaterales del contrato.*

8. *Riesgos de requisitos legales contractuales de ejecución.*

9. *Riesgos asociados con el presupuesto de la entidad.*

Sobre los riesgos 5 a 9, remito a los comentarios que sobre el tema se hicieron respecto del contrato de obra pública.

5. LA ESTIMACIÓN DEL RIESGO

Valorar o tasar económicamente las consecuencias que se derivan de los riesgos tipificados... He aquí una tarea de titanes de la ciencia o de nigromantes.

Hacer una estimación sería de los riesgos implica de suyo la presencia de economista, de abogado, de contador, de estadígrafo, de ingeniero, de historiador, topógrafo y otros más en el equipo. Dotados todos de amplia experiencia y grandes capacidades intelectuales; un equipo de estas calidades está reservado para Ministérios, pero no para las demás entidades del país.

Y con esta crítica voy a una reflexión: No habrán estimaciones serias de los riesgos, pues tal cometido será virtualmente imposible. Pensemos, por ejemplo en el simple riesgo de no obtener oportunamente una licencia urbanística; este riesgo hará suspender la ejecución de la obra y, sí, podemos calcular los perjuicios diarios, semanales o mensuales, ¿pero podremos anticipar durante cuántos días, semanas o meses estará materializado el riesgo?

Peor aun con las consecuencias de un terremoto ¿podremos anticipar cuáles serán sus efectos frente al contrato? ... ¿Cuánto quedará destruido o deteriorado? ¿Se

podrán continuar los trabajos posteriormente? ... Si los estimadores del riesgo son rigurosos y drásticos podrán concluir que el riesgo se tasa en un valor igual al de la obra misma.

A mi modo de ver, la estimación como tasación anticipada de los perjuicios que ocasionaría el riesgo es una disposición que sobra; pues, por ejemplo, si el Estado asume el riesgo de las sujeciones imprevistas, tendrá que desembolsar la suma que sea necesaria y suficiente para pagar los costos de la remoción de todo el material de mayor dureza que el previsto que se encuentre en la vía o en el túnel; ¿y, como se hace la premonición sobre la cantidad de metros cúbicos de material de mayor dureza que se habrá de remover?

Ahora bien, las cosas se pueden pensar de otra forma, que la estimación se realiza para decir hasta qué punto o mejor dicho hasta qué valor pagará la parte por el riesgo que ha asumido; así, se diría que por la existencia de sujeciones imprevistas el Estado pagará al contratista hasta x pesos por metro cúbico o hasta x porcentaje del valor del contrato, compromiso que se ve como posible frente a esta clase de riesgo.

Pero, ¿podrá decir el Estado que por mora en sus pagos o por modificaciones unilaterales pagará una parcialidad del valor total de los perjuicios causados?, o ¿estimarse que el consultor pagará un porcentaje de los daños que se generen por los eventuales errores que contengan sus diseños? ... Francamente, creo que no.

El borrador del decreto reglamentario definía la estimación así: "La estimación del riesgo es la valoración, en términos monetarios o porcentuales respecto del valor del contrato, que hace la entidad de ellos..."

Y en el párrafo uno agregaba: "el respectivo CDP del proceso tendrá en cuenta los riesgos que se asignen de manera definitiva a la entidad, sin perjuicio de lo previsto en el nu-

meral 14 de la misma en relación con las apropiaciones globales para atender costos imprevistibles que le sean imputables a la entidad."

Asunto que a todas luces generaba un inmenso problema presupuestal: el hecho de estimar el riesgo por un terremoto frente a una obra de gran envergadura y hacerlo objeto de un CDP, significaría para la mayor parte de municipios del país dejar comprometido el presupuesto de varias vigencias fiscales.

Entonces, por bien intencionada que sea la norma, la labor de estimar seriamente el riesgo es virtualmente imposible, a no ser que un reglamento aclare y defina los alcances de esta valoración.

6. MATRICES DE CONFIGURACIÓN DEL RIESGO

A continuación se presenta, a manera de ejemplo, la forma en que pueden quedar configurados los riesgos en diferentes tipos de contrato, advirtiendo que es necesario analizar cada contrato en particular con el fin de determinar sus propias variables frente al riesgo.

Al momento de utilizar estas matrices debe tenerse en cuenta la tipificación y las razones de asignación que de cada evento se ha realizado en el punto 13 de este manual. La labor no puede ser simplemente mecánica y rutinaria; además debe tenerse en cuenta que los oferentes tienen derecho a participar en la configuración de los riesgos.

6.1. EN CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

TIPIFICACIÓN	ESTIMACIÓN(*)	ASIGNACIÓN
RIESGOS EN PLANIFICACIÓN Y EJECUCIÓN DE LA OBRA		
Entrega inoportuna de diseños y planos al constructor		Entidad contratante
Planos o diseños defectuosos que conduzcan a fallas estructurales o mayor permanencia en obra		Entidad contratante, salvo que los diseños y planos hayan sido elaborados por el contratista

LOS RIESGOS EN LA CONTRATACION ESTATAL

TIPIFICACION	ESTIMACION(*)	ASIGNACION
Estimación Inadecuada de los costos		Contratista
Entrega tardía de predios		Entidad contratante
Disputas sobre la propiedad, posesión o tenencia de predios		Entidad contratante
Disponibilidad de materiales		Contratista
Insuficiencia de proveedores		Contratista
Sujeciones imprevistas		Entidad contratante
Materiales defectuosos		Contratista
Entrega tardía de materiales		Entidad contratante
Especificaciones incorrectas de materiales		Entidad contratante
Obras adicionales necesarias		Entidad contratante
Insuficiencia de mano de obra calificada o de profesionales especializados		Contratista
Incumplimiento en el pago de obligaciones laborales y honorarios		Contratista, quien debe trasladar parte del riesgo mediante garantía
Incumplimiento de subcontratistas		Contratista
Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales		Contratista, quien debe cubrir el riesgo conforme a las normas que regulan el sistema ARP
Riesgo de mayor permanencia en la obra		Según la causa del evento
Daños a terceros		Contratista, que debe trasladar el riesgo mediante garantía
Defectos en la calidad o inestabilidad de la obra		Contratista, quien trasladada parte del riesgo mediante garantía
FUERZA MAYOR POR FENOMENOS NATURALES		
Terremotos		Entidad estatal
Avalanchas, inundaciones, tempestades, sequías o temporadas invernales		Contratante, a menos que demuestre el carácter extraordinario e imprevisible del evento y la diligencia para adoptar medidas de mitigación y control en la extensión del riesgo.
FUERZA MAYOR POR ACTOS HUMANOS		
Huelgas o paros al interior de la empresa contratista		Contratista
Huelgas o paros generales		Entidad contratante
Asonada, guerra o ataque terrorista		Entidad contratante
EVENTOS DERIVADOS DE CIRCUNSTANCIAS ECONOMICAS O LEGALES		
Financiamiento del contrato		Contratista

TIPIFICACION	ESTIMACION(*)	ASIGNACION
Incremento en impuestos que afectan a todos los contribuyentes y a todas las actividades		Contratista
Incremento en impuestos que afectan la actividad del contratante, siendo tal actividad objeto del contrato		Contratista, a quien la entidad podrá llevar a un punto de no pérdida, siempre y cuando acredite que el incremento es de tal magnitud que le ha conducido a pérdida.
Modificaciones abruptas en el tipo de cambio		Contratista, a quien la entidad podrá llevar a un punto de no pérdida, siempre y cuando acredite que el incremento es de tal magnitud que le ha conducido a pérdida.
Variaciones en el costo de los materiales		Asignación igual a la anterior (**)
Mora en el pago por parte del Estado		Entidad contratante
Oblención de seguros u otras garantías		Contratista
Modificaciones o interpretaciones unilaterales al contrato		Entidad contratante
Riesgo ambiental por gestión de licencias		Entidad contratante, salvo que en el contrato se haya pactado que tal gestión corresponde al contratista.
Riesgo por violación de licencia ambiental		Contratista
Riesgo por gestión de licencias urbanísticas y de planeación		Entidad contratante, salvo que en el contrato se haya pactado que tal gestión corresponde al contratista.
Riesgo por violación de licencia urbanística		Contratista
Incumplimiento o retardo en la presentación de requisitos legales para celebrar o ejecutar el contrato		Contratista, salvo que el evento se presente por hechos u omisiones de la misma entidad contratante
Ausencia de disponibilidad presupuestal o de caja		Entidad contratante

(*) Sobre estimación, cada entidad, frente a cada contrato deberá intentar valorar los efectos económicos de la contingencia.

(**) Modo de asignación que hoy se justifica además en el Art. 32 de la Ley 1150 de 2007 que eliminó de la legislación contractual estatal la expresión del inciso segundo del artículo tercero de la Ley 80 de 1993 que hacía al Estado garante de la obtención de utilidades por parte del contratista.

6.2. EN ADQUISICIÓN DE BIENES

TIPIFICACIÓN	ESTIMACIÓN	ASIGNACIÓN
RIESGOS ANTES DE LA ENTREGA DE LOS BIENES		
Se adopta el Incoterm DDP		Contratista
RIESGOS EN LA RECEPCIÓN DE LOS BIENES		
No disponibilidad del comprador para recibir los bienes		Entidad contratante
Almacenamiento o tratamiento inadecuado de la mercancía luego de la entrega		Entidad contratante
RIESGOS POSTERIORES A LA ENTREGA DE LOS BIENES		
Vicios ocultos		Contratista
Evicción		Contratista
Cantidad y garantía		Contratista, quien la trasladada parcialmente a la entidad aseguradora. En todo caso se asigna durante el tiempo equivalente al de la garantía que se haya ofrecido y pactado
Existencia de Cosa futura		Entidad contratante
Disponibilidad de Cosa ajena		Contratista
Pago de la cosa		Entidad Contratista, siempre que el contratista haya cumplido los requisitos legales del cobro
RIESGOS FINANCIEROS Y LEGALES		
Financiamiento del contrato		Contratista
Incremento en impuestos que afectan a todos los contribuyentes y a todas las actividades		Contratista
Incremento en impuestos que afectan la actividad del contratante, siendo tal actividad objeto del contrato		Contratista, a quien la entidad podrá llevar a un punto de no pérdida, siempre y cuando acredite que el incremento es de tal magnitud que le ha conducido a pérdida.
Modificaciones abruptas en el tipo de cambio		Contratista, a quien la entidad podrá llevar a un punto de no pérdida, siempre y cuando acredite que el incremento es de tal magnitud que le ha conducido a pérdida.
Variaciones en el costo de los bienes a proveer		Asignación igual a la anterior

TIPIFICACIÓN	ESTIMACIÓN	ASIGNACIÓN
Mora en el pago por parte del Estado		Entidad contratante
Obtención de seguros u otras garantías		Contratista
Ausencia de disponibilidad presupuestal o de caja		Entidad contratante

6.3. EN PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y CONSULTORÍA

TIPIFICACIÓN	ESTIMACIÓN	ASIGNACIÓN
RIESGOS EN PLANEACIÓN Y EJECUCIÓN DEL SERVICIO		
Información errónea o desactualizada suministrada por la entidad		Entidad contratante
Uso o recolección de información errada		Contratista, salvo que la información errada provenga de la misma entidad
Estimación inadecuada de los costos		Contratista
Planos o diseños inútiles o deficientes		Contratista
Conceptos errados		En asuntos propios de las ciencias naturales corresponde al contratista. En ciencias sociales dependiendo del grado del error
Negligencia, imprudencia o temeridad en los mandatos		Contratista
Uso indebido de información		Contratista
Insuficiencia de proveedores		Contratista
Materiales defectuosos		Contratista
Entrega tardía del servicio		Contratista
Especificaciones incorrectas de partes y repuestos		Contratista
Servicios adicionales necesarios para la utilidad del objeto contractual		Entidad contratante
Insuficiencia de mano de obra calificada o de profesionales especializados		Contratista
Incumplimiento en el pago de obligaciones laborales y honorarios		Contratista, que debe trasladar parte del riesgo mediante garantía
Incumplimiento de subcontratistas		Contratista
Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales		Contratista, quien debe cubrir el riesgo conforme a las normas que regulan el sistema ARP
Riesgo de mayor extensión temporal del contrato		Según la causa del evento
Daños a terceros		Contratista, que debe trasladar el riesgo mediante garantía.
Falta de calidad en el servicio prestado		Contratista, que debe trasladar el riesgo mediante garantía.
EVENTOS DERIVADOS DE CIRCUNSTANCIAS ECONÓMICAS O LEGALES		
Financiamiento del contrato		Contratista
Incremento en impuestos que afectan a todos los contribuyentes y a todas las actividades		Contratista

TIPIFICACION	ESTIMACION	ASIGNACION
Incremento en impuestos que afectan la actividad del contratante, siendo tal actividad objeto del contrato		Contratista, a quien la entidad podrá llevar a un punto de no pérdida, siempre y cuando acredite que el incremento es de tal magnitud que le ha conducido a pérdida.
Modificaciones abruptas en el tipo de cambio		Contratista, a quien la entidad podrá llevar a un punto de no pérdida, siempre y cuando acredite que el incremento es de tal magnitud que le ha conducido a pérdida.
Variaciones en el costo de insumos		Asignación igual a la anterior
Mora en el pago por parte del Estado		Entidad contratante
Obligación de seguros u otras garantías		Contratista
Ausencia de disponibilidad presupuestal o de caja		Entidad contratante

7. EPILOGO

Revisando los estudios previos de los procesos contractuales iniciados luego de la entrada en vigor de la Ley 1150 de 2008, encuentro que las entidades estatales están haciendo caso omiso al contenido y alcances de las normas que regulan la configuración del riesgo. Al efecto me permito transcribir los siguientes soportes del riesgo de tres entidades que son organismos de control, en los cuáles claramente se denota que no existe apego a la nueva ley:³⁰

Primer caso:

"Los riesgos de la contratación son los normales, teniendo en cuenta la naturaleza del tipo de contrato a suscribir. Para ello el contratista deberá constituir póliza de garantía única a favor de la "Entidad Estatal" para garantizar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato y de conformidad con lo establecido en el artículo 25 numeral 19 Ley 80 de 1993 en concordancia con la Resolución 0833 de febrero 25 de 2005, que ampare: A) Cumplimiento por un diez por ciento

³⁰ Tomado de procesos de contratación iniciados con posterioridad al 17 de enero publicados en la página Web de SECOP. El autor omite los nombres de las entidades estatales, por tratarse de hechos generalizados.

(10%) del valor del contrato por una vigencia igual al término de duración del contrato y el de su liquidación, o sea por cuatro (4) meses más..." Y luego continúa enumerando las demás pólizas a que obliga la ley, sin que se diga algo más sobre el tema.

Segundo caso:

"Las obligaciones contractuales deberán estar amparadas a través de la constitución de una garantía bancaria expedida por una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia y de conformidad con la póliza matriz aprobada por la Superintendencia Bancaria, en cumplimiento del artículo 25 Numeral 19 de la Ley 80 de 1993, así..." Al igual que en el caso anterior el estudio se limita a la enumeración de pólizas.

Tercer caso:

"El contratista asumirá los riesgos que se presenten por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, la calidad del servicio y la responsabilidad civil derivada de su labor, así como la mora en la cancelación de los salarios y prestaciones sociales del personal al servicio de la entidad. En caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del CONTRATISTA, éste deberá pagar una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, y podrá ser descontada al momento de liquidarse el mismo o cobrarse a través de jurisdicción coactiva. En caso de retraso en las obligaciones pactadas la entidad podrá cobrar la suma de 0.5% del valor del contrato por cada día de atraso. Igualmente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato el contratista deberá tomar garantía única tiene por objeto respalda el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales, por razón de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales. La garantía única de cumplimiento puede consistir en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia..."

A simple vista se puede observar que los anteriores no son estudios del riesgo, sino simples requerimientos

para constituir garantías. No existe ni tipificación ni asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

Tal es la realidad de la inaplicación de estas normas sobre cuyos alcances no existe experiencia entre los operadores contractuales del país. Es visible que faltó información y capacitación sobre el nuevo instrumento legal, de tal forma que fuese aplicable en toda su intención y extensión desde el día en que la ley empezó a regir.

Es cierto que las novedades legislativas requieren de un proceso de acoplamiento y maduración que conduce a que con el paso del tiempo se interprete y aplique correctamente la ley. Sin embargo en este caso es preocupante la magnitud del desajuste que hoy se denota entre los mandatos del legislador y la ejecución de la norma.

Es necesario que el Estado implemente los mecanismos de información y capacitación para hacer realidad el nuevo desarrollo normativo, pues por falta de conocimiento o de tiempo se está inobservando la ley, poniendo en peligro el funcionamiento de un dispositivo que busca nada menos que proteger el patrimonio público y poniendo en peligro además, la seguridad jurídica personal de cientos de servidores públicos, a todos los cuales cobija la presunción del conocimiento general de la norma y su espejo que refleja que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Esta obra se terminó de imprimir en el mes de abril de 2008 en los talleres de

EDITORIAL LEYER

Carrera 4ª No. 16-51 PBX: 2821903

www.edileyer.com

contacto@edileyer.com

Bogotá, D.C. - Colombia



Consejo Superior
de la Judicatura

JUZGADO PROMISCUO DE FAMILIA SANTA ROSA DE VITERBO BOYACA

Hoy veintidós (22) de octubre de dos mil veinte, ingresa al despacho del señor Juez, informando que en la fecha se recibió por reparto tyba acción de tutela de primera instancia. Sírvase proveer.

MARIELA JUYÁ HUERTAS
Secretaria

Santa Rosa de Viterbo, veintidós (22) de octubre de dos mil veinte (2020)

Proceso:	TUTELA PRIMERA INSTANCIA
Radicado:	2020-0005300
ACCIONANTE:	IVÁN ROBERTO PEDRAZA RÍOS
ACCIONADOS:	UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Interlocutorio No. 087

El señor Iván Roberto Pedraza Ríos, en nombre propio, instaura tutela en contra de la UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA y se procedería a avocar su conocimiento, de no advertirse que la competencia para ello no radica en este despacho.

Dicha solicitud pretende la protección de sus derechos fundamental al debido proceso y acceso a cargos públicos, así como los principios constitucionales que gobiernan la carrera judicial, presuntamente vulnerados por las accionadas.

El numeral 10 del artículo 2 del decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017, por el cual se modifican algunos artículos del decreto 1069 de 2015, único reglamentario del sector justicia y del derecho, referente a las reglas de



Consejo Superior
de la Judicatura

JUZGADO PROMISCO DE FAMILIA SANTA ROSA DE VITERBO BOYACA

reparto de la acción de tutela, prevé: *“Las acciones de tutela dirigidas contra autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, conforme al artículo 116 de la Constitución Política, serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial”*

Por su parte el numeral 11 del mismo decreto señala: *“Cuando la acción de tutela se promueva contra más de una autoridad y éstas sean de diferente nivel, el reparto se hará al juez de mayor jerarquía, de conformidad con las reglas establecidas en el presente artículo”.*

En el presente caso, la acción se dirige contra varias entidades: UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, siendo ellas de diferente nivel, pues las dos primeras son de carácter administrativo, tal como así lo establece el título IV capítulos I y II, art 82 y 85 de la ley 270 de 1996 estatutaria de la administración de justicia y la última de carácter nacional.

Sería del caso, asumir la competencia por la última entidad accionada al ser de carácter nacional, pero aplicando la norma citada, la competencia radica en el juez de mayor jerarquía, en este caso, el Honorable Tribunal Superior de este Distrito judicial, por cuanto las dos primeras entidades accionadas son de carácter administrativo y por el domicilio del accionante.

En tal razón se dispondrá remitir por competencia las diligencias a la Sala Única del Honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial.

En consecuencia, para que se surta el correspondiente reparto por tyba , se remitirá esta actuación a la oficina de apoyo judicial de este municipio, previa comunicación de lo decidido al accionante



*Consejo Superior
de la Judicatura*

JUZGADO PROMISCOO DE FAMILIA SANTA ROSA DE VITERBO BOYACA

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Promiscuo de Familia de Santa rosa de Viterbo,

R E S U E L V E:

PRIMERO: ABSTENERSE de avocar conocimiento del asunto, por lo considerado.

SEGUNDO: REMITIR por competencia la presente acción de tutela a la Sala Única del Honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial.

TERCERO: ENVIAR esta actuación a la oficina de servicio judicial para su correspondiente reparto por Tyba ante el Superior.

CUARTO. - Notificar esta decisión al accionante. Remítase igualmente copia de su cumplimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARLOS L. CARRERO GUTIERREZ
Juez



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO

Página 1

Fecha: 22/10/2020 4:58:56 p.m.

NÚMERO RADICACIÓN: **15693220800020200014800**

CLASE PROCESO: TUTELA

NÚMERO DESPACHO: 000 **SECUENCIA:** 2329522 **FECHA REPARTO:** 22/10/2020 4:58:56 p.m.

TIPO REPARTO: EN LÍNEA **FECHA PRESENTACIÓN:** 22/10/2020 4:44:04 p.m.

REPARTIDO AL DESPACHO: TRIBUNAL SUPERIOR SALA UNICA SANTA ROSA DE VITERBO

JUEZ / MAGISTRADO: EURIPIDES MONTOYA SEPULVEDA

TIPO ID	IDENTIFICACIÓN	NOMBRE	APELLIDO	PARTE
CÉDULA DE CIUDADANIA	1057580340	IVAN ROBERTO	PEDRAZA RIOS	DEMANDANTE/ACCIONANTE
NIT	8999990633	UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA		DEMANDADO/INDICIADO/CAUS ANTE
		DIRECTORA DE LA UNIDAD DE CARRERA JUDICIAL		DEMANDADO/INDICIADO/CAUS ANTE
		RAMA EJECUTIVA DIRECCION EJECUTIVA DE	ADMINISTRACION JUDICIAL	DEMANDADO/INDICIADO/CAUS ANTE

Archivos Adjuntos

	ARCHIVO	CÓDIGO
1	DEMANDA_22-10-2020 4.48.34 p.m..pdf	366D671FDB60CF7196ED1F28529D7D2D3380B7DF
2	MEMORIAL_22-10-2020 4.49.29 p.m..pdf	294F7670E5150EDFCC5EEDDBD11C4EB9189893F9

d2004049-3108-424b-aaf2-3004ee07a7fd

MARIA MERCEDES NIÑO HIGUERA
SERVIDOR JUDICIAL

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SANTA ROSA DE VITERBO

“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”

Ley 1128 de 2.007

SALA ÚNICA

CLASE DE PROCESO	:	ACCIÓN DE TUTELA PRIMERA INSTANCIA
RADICACIÓN	:	15693220800020200014800
ACCIONANTE	:	IVÁN ROBERTO PEDRAZA RÍOS
ACCIONADOS	:	UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
DECISIÓN	:	REMITE POR COMPETENCIA
MAGISTRADO PONENTE	:	EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Santa Rosa de Viterbo, veintitrés (23) de octubre de dos mil veinte (2020).

Sería la oportunidad para avocar conocimiento de la demanda de tutela presentada por IVÁN ROBERTO PEDRAZA RÍOS, remitida por el Juzgado Promiscuo de Familia de esta municipalidad, en contra De la UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, si no se advirtiera que la competencia para ello tampoco radica en la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, como pasa a explicarse:

1.- IVÁN ROBERTO PEDRAZA RÍOS, actuando en nombre propio, presentó demanda de tutela, pretendiendo el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por las entidades accionadas, en virtud del incumplimiento del cronograma inicialmente fijado al interior del concurso de méritos para la provisión de los cargos de funcionarios de la Rama Judicial (Convocatoria N° 27), convocada mediante Acuerdo nro. PCSJA18-11077 del 16 de agosto de 2018, del cual hace parte el accionante, así como la omisión para establecer un nuevo cronograma que permita a los participantes conocer de manera efectiva los términos prudenciales en que debe avanzar el concurso.

2.- En varias oportunidades, la Sala ha señalado que comparte la preocupación expresada por la Corte Constitucional desde los Autos 124 y 198 de 2009, en el sentido de que los conflictos en materia de tutela son apenas aparentes y que ningún juez de la república puede declararse incompetente para conocerlas, pero también ha advertido, que la Corte Suprema de Justicia siempre ha admitido que, cuando se transgreden las normas de reparto, debe remitirse el expediente a quien, según dichas reglas, deba conocer del asunto. Así lo ha señalado la Alta Corporación en múltiples oportunidades.

5. Bajo la égida del Decreto 1382 de 2000 la Sala, con argumentos que hoy, en vigencia del aludido Decreto 1983 de 2017, reitera, ha discrepado de la tesis prohijada por la Corte Constitucional y, en ese sentido, tiene ocasión de puntualizar:

“(...) respecto a que los jueces ‘no están facultados para declararse incompetentes o para decretar nulidades por falta de competencia con base en la aplicación o interpretación de las reglas de reparto del Decreto 1382 de 2000’ el cual ‘(...) en manera alguna puede servir de fundamento para que los jueces o corporaciones que ejercen jurisdicción constitucional se declaren incompetentes para conocer de una acción de tutela, puesto que las reglas en él contenidas son meramente de reparto (...), [pues para esta Corporación el aludido Decreto] reglamenta el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 relativo a la competencia para conocer de la acción de tutela y, por supuesto, establece las reglas de reparto entre los jueces competentes”.

“[Por lo tanto,] ‘(...) aunque el trámite del amparo se rige por los principios de informalidad, sumariedad y celeridad, la competencia del juez está indisolublemente referida al derecho fundamental del debido proceso (artículo 29 de Carta), el acceso al juez natural y la administración de justicia, de donde, ‘según la jurisprudencia constitucional la falta de competencia del juez de tutela genera nulidad insaneable y la constatación de la misma no puede pasarse por alto, por más urgente que sea el pronunciamiento requerido, pues (...) la competencia del juez se relaciona estrechamente con el derecho constitucional fundamental al debido proceso’ (Auto 304 A de 2007), ‘el cual establece que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio’ (Auto 072 A de 2006, Corte Constitucional)”¹

3.- El artículo 1° del Decreto 1983 del 2017, por medio del cual se modifica el artículo 2.2.3.1.2.1., del Decreto 1069 de 2015, el cual prevé las reglas de reparto para las acciones de tutela, establece en el numeral octavo que “Las acciones de tutela dirigidas contra el Consejo Superior de la Judicatura y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia y a prevención, a la Corte Suprema de Justicia o al Consejo de Estado y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda de conformidad con el reglamento al que se refiere el artículo 2.2.3.1.2.4 del presente decreto”

¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil ATC435-2020 Radicación n.° 15693-22-08-000-2020-00057-01 del 18 de junio de 2020. M.P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

4.- En el presente caso, la demanda de tutela se dirige, entre otras, contra la UNIDAD DE CARRERA JUDICIAL que corresponde a una unidad de la Sala Administrativa del **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA** y en consecuencia, la tutela se encuentra dirigida contra esta Corporación.

5.- Así las cosas, se ordenará remitir las diligencias a la Oficina de Reparto de la H. Corte Suprema de Justicia para que se repartan, en primera instancia, y se asuma allí su conocimiento, previa comunicación de lo decidido al accionante, según lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el suscrito Magistrado de la SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO,

R E S U E L V E:

PRIMERO: ABSTENERSE de avocar conocimiento del asunto, en los precisos términos expresados en esta decisión.

SEGUNDO: REMITIR las presentes diligencias a la Oficina de Reparto de la H. Corte Suprema de Justicia para que se repartan, en primera instancia, y se asuma allí su conocimiento.

TERCERO: COMUNICAR el contenido de la presente decisión a la accionante, según lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1º del Decreto 1983 de 2017.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SANTA ROSA DE VITERBO

“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”

Ley 1128 de 2.007

SALA ÚNICA

CLASE DE PROCESO	:	ACCIÓN DE TUTELA PRIMERA INSTANCIA
RADICACIÓN	:	15693220800020200014800
ACCIONANTE	:	IVÁN ROBERTO PEDRAZA RÍOS
ACCIONADOS	:	UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
DECISIÓN	:	REMITE POR COMPETENCIA
MAGISTRADO PONENTE	:	EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Santa Rosa de Viterbo, veintitrés (23) de octubre de dos mil veinte (2020).

Sería la oportunidad para avocar conocimiento de la demanda de tutela presentada por IVÁN ROBERTO PEDRAZA RÍOS, remitida por el Juzgado Promiscuo de Familia de esta municipalidad, en contra De la UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA JUDICIAL, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, si no se advirtiera que la competencia para ello tampoco radica en la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, como pasa a explicarse:

1.- IVÁN ROBERTO PEDRAZA RÍOS, actuando en nombre propio, presentó demanda de tutela, pretendiendo el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por las entidades accionadas, en virtud del incumplimiento del cronograma inicialmente fijado al interior del concurso de méritos para la provisión de los cargos de funcionarios de la Rama Judicial (Convocatoria N° 27), convocada mediante Acuerdo nro. PCSJA18-11077 del 16 de agosto de 2018, del cual hace parte el accionante, así como la omisión para establecer un nuevo cronograma que permita a los participantes conocer de manera efectiva los términos prudenciales en que debe avanzar el concurso.

2.- En varias oportunidades, la Sala ha señalado que comparte la preocupación expresada por la Corte Constitucional desde los Autos 124 y 198 de 2009, en el sentido de que los conflictos en materia de tutela son apenas aparentes y que ningún juez de la república puede declararse incompetente para conocerlas, pero también ha advertido, que la Corte Suprema de Justicia siempre ha admitido que, cuando se transgreden las normas de reparto, debe remitirse el expediente a quien, según dichas reglas, deba conocer del asunto. Así lo ha señalado la Alta Corporación en múltiples oportunidades.

5. Bajo la égida del Decreto 1382 de 2000 la Sala, con argumentos que hoy, en vigencia del aludido Decreto 1983 de 2017, reitera, ha discrepado de la tesis prohijada por la Corte Constitucional y, en ese sentido, tiene ocasión de puntualizar:

“(…) respecto a que los jueces ‘no están facultados para declararse incompetentes o para decretar nulidades por falta de competencia con base en la aplicación o interpretación de las reglas de reparto del Decreto 1382 de 2000’ el cual ‘(…) en manera alguna puede servir de fundamento para que los jueces o corporaciones que ejercen jurisdicción constitucional se declaren incompetentes para conocer de una acción de tutela, puesto que las reglas en él contenidas son meramente de reparto (…), [pues para esta Corporación el aludido Decreto] reglamenta el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 relativo a la competencia para conocer de la acción de tutela y, por supuesto, establece las reglas de reparto entre los jueces competentes”.

“[Por lo tanto,] ‘(…) aunque el trámite del amparo se rige por los principios de informalidad, sumariedad y celeridad, la competencia del juez está indisolublemente referida al derecho fundamental del debido proceso (artículo 29 de Carta), el acceso al juez natural y la administración de justicia, de donde, ‘según la jurisprudencia constitucional la falta de competencia del juez de tutela genera nulidad insaneable y la constatación de la misma no puede pasarse por alto, por más urgente que sea el pronunciamiento requerido, pues (…) la competencia del juez se relaciona estrechamente con el derecho constitucional fundamental al debido proceso’ (Auto 304 A de 2007), ‘el cual establece que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio’ (Auto 072 A de 2006, Corte Constitucional)”¹

3.- El artículo 1° del Decreto 1983 del 2017, por medio del cual se modifica el artículo 2.2.3.1.2.1., del Decreto 1069 de 2015, el cual prevé las reglas de reparto para las acciones de tutela, establece en el numeral octavo que “Las acciones de tutela dirigidas contra el Consejo Superior de la Judicatura y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia y a prevención, a la Corte Suprema de Justicia o al Consejo de Estado y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda de conformidad con el reglamento al que se refiere el artículo 2.2.3.1.2.4 del presente decreto”

¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil ATC435-2020 Radicación n.° 15693-22-08-000-2020-00057-01 del 18 de junio de 2020. M.P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

4.- En el presente caso, la demanda de tutela se dirige, entre otras, contra la UNIDAD DE CARRERA JUDICIAL que corresponde a una unidad de la Sala Administrativa del **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA** y en consecuencia, la tutela se encuentra dirigida contra esta Corporación.

5.- Así las cosas, se ordenará remitir las diligencias a la Oficina de Reparto de la H. Corte Suprema de Justicia para que se repartan, en primera instancia, y se asuma allí su conocimiento, previa comunicación de lo decidido al accionante, según lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el suscrito Magistrado de la SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO,

R E S U E L V E:

PRIMERO: ABSTENERSE de avocar conocimiento del asunto, en los precisos términos expresados en esta decisión.

SEGUNDO: REMITIR las presentes diligencias a la Oficina de Reparto de la H. Corte Suprema de Justicia para que se repartan, en primera instancia, y se asuma allí su conocimiento.

TERCERO: COMUNICAR el contenido de la presente decisión a la accionante, según lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1º del Decreto 1983 de 2017.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Secretaría General

Bogotá D. C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

Se recibió en la Secretaría General de la Corporación, la acción de tutela instaurada por el señor IVÁN ROBERTO PEDRAZA RÍOS, contra el Consejo Superior de la Judicatura, -Unidad de Administración de Carrera Judicial, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, y la Universidad Nacional de Colombia.

Damaris Orjuela Herrera
DAMARIS ORJUELA HERRERA
Secretaria General

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA –SECRETARÍA GENERAL

No. 11- 001-02-30-000-2020-00716-00

Bogotá, D. C, 27 de octubre de 2020
Repartido al Magistrado

Dr. Eugenio Fernández Carlier

JORGE LUIS QUIROZ ALEMAN

El Presidente

La Secretaria

Damaris Orjuela Herrera

Bogotá, D.C., 28 OCT. 2020

En la fecha pasa al Despacho del doctor Fernández Carlier, Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corporación, a quien correspondió por reparto, la anterior acción de tutela.

Consta de 1 cuaderno con 75 folios.

Damaris Orjuela Herrera
DAMARIS ORJUELA HERRERA
Secretaria General