

REGULACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA E INFRAESTRUCTURA DE TRASPORTE*

Jorge Eliécer Fandiño Gallo**

RESUMEN

La ley de contratación estatal prevé la obligación de realizar un estudio de los riesgos para evitar parálisis y reclamaciones durante la ejecución del contrato. Sin embargo, no abordó el tema desde la perspectiva de las reglas metodológicas para su distribución, quedando todas las previsiones en manos de las partes, haciéndose necesario su establecimiento, porque la inexistencia de las mismas puede afectar la economía del contrato. Las reglas metodológicas para la distribución de riesgos en los contratos de concesión de obra y de infraestructura de transporte se circunscriben a: preservar la conmutatividad del contrato; a la asunción por parte del Estado, de los riesgos anormales; a negociar equilibradamente los riesgos; a establecer nuevos acuerdos a través de la renegociación del contrato; a compensar aritméticamente los riesgos asumidos y compensar adicionalmente cuando los riesgos transferibles rebasan las consecuencias estimadas. Por virtud de estas reglas, se evitará en lo posible que se contemplen cargas onerosas para una de las partes de la relación contractual. Para efectos de lo dispuesto anteriormente se ha adelantado una investigación jurídica de carácter cualitativo y descriptivo.

PALABRAS CLAVE

Contrato de concesión, distribución de riesgos, reglas metodológicas.

ABSTRACT

The state procurement law provides for the obligation to conduct a study of risks to avoid paralysis and claims during contract performance. However, it did not address the issue from the perspective of methodological rules for distribution, leaving all expectations in the hands of the parties, necessitating its establishment, because the absence of these can affect the economy of the contract. Methodological rules for the distribution of risks in the works concession contracts and transportation infrastructure are limited to: preserve the

Fecha de recepción del artículo: 5 de octubre de 2011.

Fecha de aprobación del artículo: 19 de diciembre de 2011.

* El presente artículo es producto de la investigación “Regulación y Distribución de Riesgos en los contratos de concesión de obra e infraestructura de transporte” para optar por el título de magíster en Contratación Pública y Privada, en la Universidad Santo Tomás, Sede Bogotá, Colombia.

** Abogado, Universidad del Atlántico. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Pontificia Bolivariana; magíster en Administración Pública, Instituto Nacional de Administración Pública (Madrid, España); estudios de doctorado en Derecho Público, Universidad de Alcalá (España); candidato a obtener el título de magíster en Derecho Contractual Público y Privado, Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: jfandiño@hotmail.com

commutativity of the contract, to the assumption by the state, abnormal risk, to negotiate a balanced risk; to establish new agreements through the renegotiation of the contract, to compensate arithmetically compensate for the risks assumed and additionally when the risks exceed the estimated consequences transferable. By virtue of these rules will be avoided where possible to provide for financial liability for a party to the contractual relationship. For purposes of the above provisions has been advanced legal research, qualitative and descriptive in nature.

KEY WORDS

Contract grants, distribution of risks, methodological rules.

INTRODUCCIÓN

Durante la ejecución de los contratos estatales pueden presentarse eventos inciertos que de una u otra forma afectan el cumplimiento y desequilibran financieramente el contrato, por lo que en forma expresa la Ley 1150 de 2007 determinó la obligación por parte de los entes estatales de tipificar, cuantificar y distribuir los riesgos previsibles en los contratos que proyecten celebrar. En este sentido, en la etapa de planeación la administración debe hacer un estudio juicioso de la distribución de los riesgos, especialmente en los contratos de concesión de obra e infraestructura de transporte, porque de entrada requieren un sistema bien estructurado de riesgos con fundamento en el contrato y con respaldo en la ley que garantice seguridad jurídica para atraer la inversión privada.

El legislador al omitir la creación de unas reglas metodológicas para la distribución de los riesgos, hace que sea imperativa una propuesta de solución efectiva que la estructure para evitar la quiebra de la economía del contrato, por lo que para efectos de esta investigación, el problema bajo estudio es si procede la existencia de reglas metodológicas por vía legal, para la distribución de riesgos, en el contrato de concesión de obra pública e infraestructura de transporte, para garantizar el equilibrio económico del contrato.

Varias razones de orden principalmente teórico, aunque con implicaciones prácticas, motivan la escogencia del problema. En primer lugar, el análisis de uno de los principales supuestos de frustración del equilibrio económico del contrato. Pero además, el tema tiene una justificación eminentemente nor-

mativa, la escasa regulación acerca de la distribución de riesgos en la contratación estatal en el ordenamiento jurídico colombiano. Esta circunstancia contrasta con la gran incidencia del riesgo en el equilibrio económico, ya que al no consagrarlas en forma expresa dejó en mano de las partes el reparto de los mismos, lo que determina un compromiso indeclinable de la doctrina nacional, no sólo para describir y criticar la normatividad vigente sobre el tema, sino también para proponer reglas para la distribución en forma expresa.

En nuestro ordenamiento jurídico es procedente la existencia de reglas metodológicas porque la inexistencia de las mismas afecta el equilibrio económico del contrato; el profesor argentino Granillo señala que lo importante no es determinar qué tipo de riesgo puede afectar la vida del contrato, sino establecer principios reguladores que permitan atribuir equitativamente los efectos que produce la presencia de una o más aleas en un determinado contrato (p. 120), por cuanto no sería procedente que alguna de las partes cargara con riesgos que no respeten la conmutatividad del contrato, en atención a que se deben asignar según criterios de razonabilidad jurídicamente aceptados, en caso contrario serán asumidos por la parte que reciba una compensación aritmética adicional por su asunción (Ariño p. 65).

GENERALIDADES

La distribución de los riesgos en la ejecución de proyectos de infraestructura con participación de capitales privados es una cuestión de vital importancia para evitar sobrecostos y obtener las deseadas eficiencias económicas, en razón de que una defi-

ciente asignación de los riesgos representa, sin lugar a dudas, un sobre costo de cualquier proyecto, aparte de las controversias entre las partes del contrato.

Dentro de estos contratos, al realizar la asignación de los riesgos debe hacerse un balance de responsabilidades y, no menos importante, la racionalidad de ese reparto es un mecanismo de indubitable valor para interpretar la voluntad de los contratantes y resolver las controversias que surjan entre ellas, por lo que no puede quedar a discrecionalidad de las partes.

CLASIFICACIÓN Y MANEJO DE LOS RIESGOS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

Los riesgos más relevantes en el contrato de concesión de obra son los relacionados con la adquisición de predios, licencias y permisos necesarios para adelantar el proyecto, de construcción, de operación, comercial, financiero, cambiario, legal o reglamentario, ambiental y de fuerza mayor asegurable y no asegurable.

Los riesgos en el contrato de concesión han experimentado cambios, de acuerdo con los diferentes regímenes de concesiones por los que han atravesado, de primera, segunda y tercera generación.

Los altos costos ocasionados por el otorgamiento de garantías de ingreso, el manejo del riesgo en los contratos de concesión experimentó diferentes cambios en las concesiones de segunda y tercera generación, al adoptarse estudios de tráfico, permitir incremento de tarifas, aceptar aportes por parte de la Nación, la disminución de la imposición fiscal a las empresas concesionarias, así como la reducción del plazo de duración de la explotación.

Los riesgos según el citado documento podrán ser previsible e imprevisible, clasificación a la que apunta tal norma al referirse a los trasferibles al inversionista privado y por exclusión a los segundos, los que en las diferentes etapas de los contratos de concesión se han asignado, así:

El riesgo de operación en la primera generación fue asumido por el Invias. En la segunda y tercera generación ha sido asignado al concesionario.

El riesgo financiero en todas las generaciones es asumido por el concesionario, mientras que el riesgo cambiario fue asumido por el concesionario en las concesiones de primera generación; en cambio, en las concesiones de segunda y tercera generación es asumido sólo por el concesionario, y el riesgo regulatorio siempre estará a cargo del contratista.

Con relación al riesgo ambiental, el Documento Conpes 3107 sostiene que el inversionista asume el riesgo cuando, previo el cierre de la licitación, se cuenta con las licencias debidamente otorgadas; en su defecto, el riesgo es asumido por la administración. En las concesiones de primera generación al contar con las licencias, toda la gestión estaba a cargo del Invias. En la segunda y tercera generación ya se cuenta con licencia, la gestión y modificación están a cargo del concesionario.

El riesgo de fuerza mayor asegurable, al tener cobertura legal exime de responsabilidad al contratista, mientras que los riesgos originados por alteraciones políticas que repercutan en el orden público, así como todo acto de guerra o terrorismo, deben ser asumido por el inversionista privado. Respecto de los actos de terrorismo y guerra se permite exonerar de responsabilidad al contratista si se pacta tal circunstancia en el contrato.

ANÁLISIS DE LOS RIESGOS

Como respuesta a la diversidad de casos que suceden durante el desarrollo de los contratos de concesión en donde el surgimiento de hechos externos a las reglas del contrato y aun de la voluntad de las partes, la ley obliga desde la elaboración de los estudios previos a definir los riesgos previsible, previa discusión con los posibles oferentes de los riesgos eventuales y de la asignación propuesta por la administración. Es decir, la matriz de riesgo induce a una acción cooperada entre el ente estatal que propone los riesgos y los proponentes que con su concurso activo, de ser el caso, completan la matriz, poniendo en evidencia que todo lo que no previeron la partes del contrato es el espacio abierto para que opere la imprevisión (Álvarez, 2011).

El análisis de los riesgos se concreta en los siguientes aspectos, de acuerdo con el artículo 4° de la Ley

1150 de 2007: i) tipificación, ii) estimación, y iii) asignación de los riesgos.

LA TIPIFICACIÓN

En esta etapa se busca identificar los riesgos que se van a gestionar. Es esencial realizar una categorización de conjunto usando un proceso sistemático bien estructurado, debido a que un riesgo no identificado durante este paso podrá generar controversias entre las partes y, lo más importante, a un desequilibrio de la economía del contrato.

Los riesgos una vez identificados se deben desagregar, lo cual depende del tipo de obra que se va a realizar, ya que no tienen, por ejemplo, los mismos riesgos la construcción de una carretera y la de un túnel.

Para efectos de la tipificación y desagregación de los riesgos en los contratos de concesión utilizando la metodología de Jiménez (2007), se requiere dividirlos en internos o externos.

Para la identificación de los riesgos internos se deben tener en cuenta las siguientes variables: naturaleza y complejidad, recursos, desarrollo, resultados y circunstancias.

La naturaleza y complejidad se refiere al objeto del contrato y sus características, lo cual permite determinar riesgos inherentes al tipo de proyecto. La ejecución de los contratos de concesión tiene sus propios riesgos, en cuyo análisis resulta necesario evaluar contratos similares. En materia de recursos, se debe hallar los riesgos que puedan provenir de la calidad, disponibilidad, oportunidad y costos de los mismos.

Otra variable que resulta conveniente es la de hacer un recorrido por cada una de las etapas planeadas para su ejecución, revisando los riesgos que se pueden generar en las fases de diseño, construcción, operación y mantenimiento.

Además, se deben analizar los riesgos que se desprenden del tipo de resultados esperados: por ejemplo, en los proyectos de infraestructura de transporte, a diferencia de otro tipo de contratos, los resultados deben ser casi exactos.

Otro instrumento que auxilia a la identificación del riesgo interno es el estudio de las circunstancias que pueden generarlo, para lo cual resulta indispensable elaborar un listado de las posibles causas, tales como las condiciones del suelo y climáticas, el orden público, fluctuaciones de la tasa de cambio, etc.

Los riesgos externos pueden ser específicos o generales. Los primeros emanan no sólo de la misma entidad estatal que promueve el proyecto, sino del contratista encargado del diseño, ingeniería y construcción, también del operador del mismo, que lo maneja una vez terminada la fase de construcción. Además de los entes reguladores y los que otorgan permisos y licencias para la aprobación y ejecución del proyecto, hasta de los prestamistas, bien particulares o banca multilateral. Igualmente, de los calificadores de riesgos, que califican el proyecto y, con base en los resultados de ésta, dan vía libre a los préstamos a una tasa de interés determinada (de Vega, 2011). Los riesgos generales se relacionan no sólo con los que tiene que ver con el proyecto, sino con el sector o la región donde se desarrolla; por ejemplo, cambios jurídicos, económicos, cambiarios, situaciones políticas y de orden público, costumbres y comportamientos de grupos sociales, es decir, los beneficiarios del proyecto, características geológicas de la zona, etc.

LA VALORACIÓN

Luego de identificados los riesgos se debe proceder a realizar un análisis de la apreciación o evaluación de los riesgos tipificados que puede afectar posiblemente la ecuación financiera del contrato. Esta etapa debe hacerse en forma técnica, por lo que no sólo basta cuantificar el riesgo, sino que es necesario estimar de alguna manera la probabilidad de ocurrencia de cada uno de los riesgos identificados y el impacto que pueda causar en la ejecución del contrato.

¿En qué consiste la estimación legal del riesgo? El artículo 88 del Decreto Reglamentario 2474 de 2008 precisa que no es nada distinto a la cuantificación del riesgo, al señalar: “... *cuantificar la posible afectación del equilibrio financiero del mismo...*”

Si bien Becerra (2008) manifiesta que la labor de estimar seriamente el riesgo es virtualmente impo-

sible, a no ser que una norma aclare y defina los alcances de esta valoración, sin embargo mientras tal reglamento se expide, vale la pena traer a colación la metodología expuesta por Jiménez (2007) para medir la probabilidad, impacto y ponderación de los riesgos, aplicable válidamente a los contratos de concesión:

- a) Probabilidad. Los riesgos una vez han sido identificados deben ser sometidos a un proceso de análisis para evaluar la posibilidad de que ocurra un evento o resultado específico, medida por la relación entre los eventos o resultados específicos y el número total de eventos o resultados posibles. La probabilidad se expresa como un número entre 0 y 1, en donde 0 indica un evento o resultado imposible y 1 un evento o resultado seguro. La siguiente tabla nos indica su probabilidad de ocurrencia, para lo cual se sugieren cuatro categorías con las siguientes valoraciones; fue diseñada por Jiménez (2007).

Tabla 1. Valoración del riesgo.

Muy alta	= 0.90
Alta	= 0.70
Media	= 0.50
Baja	= 0.30

Atendiendo al contrato de concesión, la probabilidad del riesgo es muy alta cuando existe alta probabilidad de ocurrencia de un evento catastrófico; por ejemplo, erupciones volcánicas en zonas volcánicas activas y latentes, maremotos en zonas costeras bajas, sobre todo en las márgenes de los océanos; media, cuando existe mediana probabilidad de su ocurrencia; por ejemplo, los derrumbes de laderas montañosas en terrenos asociados medianamente a fallas y ocurrencia de terremotos, y baja, cuando es poco probable su ocurrencia; por ejemplo, deslizamientos de lodo y piedra en zonas no montañosas.

- b) Impacto. Es la magnitud de las consecuencias monetarias de un evento generador de riesgo sobre el objeto del contrato. Para el cálculo del impacto por los diversos riesgos se puede tomar una muestra de contratos similares y calcular

cuál fue el porcentaje del sobre costo sobre el valor total del contrato.

El impacto puede tener efectos positivos o negativos. No obstante, los negativos son lo que únicamente impactan de alguna manera en el logro de los resultados esperados con relación a la economía del contrato (Uribe, 2010); en efecto, se sugieren cuatro categorías con las mismas asignaciones numéricas de la tabla No. 1.

En la tabla No. 1 se refleja cómo los riesgos previsible pueden tener gran probabilidad de ocurrencia en los contratos ejecutados con objetos similares, y para tal efecto se establece que en la muy alta puede ser de 0.90; en la fase alta, de 0.70; en la fase media, de 0.50 y en la fase baja, de 0.30.

- c) Ponderación. La relación entre probabilidad e impacto determina la ponderación del riesgo (pr), que se obtiene así: $pr = i * p$. v(ver figura No. 1)

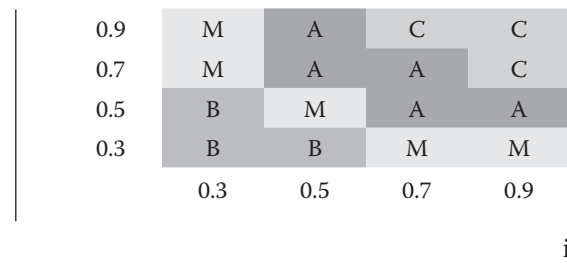


Figura 1. Probabilidad e impacto.

La ponderación anterior arroja como resultado una clasificación de riesgos en cuatro categorías, (ver tabla No. 2).

Tabla 2.

Riesgo	Ponderación
Crítico (C)	[0.6 ; 0.9]
Alto (A)	[0.3 ; 0.6]
Medio (M)	[0.15 ; 0.3]
Bajo (B)	[0.09 ; 0.15]

En la tabla anterior se refleja cómo los riesgos previsible pueden afectar la ejecución del contrato y para tal efecto se establece que en la fase

crítica, puede ser de 0.6 a 0.9; en la fase alta, de 0.3 a 0.6; en la fase media, de 0.15 a 0.3 y en la fase baja, de 0.09 a 0.15.

Para valorar fácticamente los niveles crítico, alto, medio y bajo de los riesgos en los contratos de concesión se debe estimar de alguna manera la probabilidad de ocurrencia del evento y, por el otro, evaluar las consecuencias o el daño que sobrevendrá si se concreta dicho evento.

Este análisis permite realizar una selección de los riesgos críticos y altos que requieren monitoreo y cuidados especiales, los que, sin descuido de los demás, se convierten en prioritarios para la gerencia o dirección del contrato.

Los riesgos críticos pueden ocasionar que no se presente ningún oferente por la alta probabilidad de ocurrencia de un evento catastrófico, esto es, aquel cuyo impacto sería de gran magnitud. En este caso aunque se hayan tomado ciertas precauciones dada la altísima probabilidad de que el riesgo identificado se materialice, su impacto sería de tal magnitud que difícilmente se mantenga el equilibrio del contrato, pese a las medidas previas de mitigación.

LA ASIGNACIÓN

Implica la distribución de los riesgos entre las partes de la relación contractual, a través de una operación de reparto cooperado; de allí su carácter de matriz: en el eje horizontal se ubican las partes de la relación contractual y en el vertical, los distintos riesgos, de tal manera que en el encuentro de uno y otro, se permita establecer quién corre con la contingencia, con la obligación consecuente de restitución económica.

El Documento Conpes asigna los siguientes riesgos al inversionista privado: comercial, de construcción, de operación, financieros, cambiario, regulatorios, de fuerza mayor asegurables, de adquisición de predios, ambiental, político, y los no transferibles serían los relativos a fuerza mayor, políticos no asegurables, referidos de manera exclusiva al daño emergente derivados de actos de terrorismo, guerras o eventos que alteran el orden público, o hallazgos arqueológicos, de minas o yacimientos. Sólo si estos riesgos son acordados contractualmente, están dentro de

esta categoría y en los contratos se establecerá su mecanismo de cobertura.

Por otra parte, para efectos de asignar los riesgos no relacionados anteriormente el Documento Conpes 3107 adopta el parámetro internacional, es decir, transferírseles a la parte que mejor los pueda vigilar, evaluar, controlar y administrar, o aquella que tenga mejor acceso a los instrumentos de protección, atenuación o diversificación.

Los criterios anteriores no son los únicos a tener en cuenta; también se puede acudir a otros como el de la búsqueda del titular del beneficio del contrato, para gravar con el álea a aquella parte que se favorece específicamente con las prestaciones contractuales (Urueta, 2010).

Asimismo, no deben perderse de vista las reglas genéricas del derecho común aplicables por la remisión normativa que hace el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, por ejemplo, en materia civil el principio *res perit creditori* y en materia comercial *res perit debitori*. En efecto, Gómez y Aguilar (2009) expresan que el criterio dominante en el derecho privado colombiano es el primero.

REGLAS PARA LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

Si bien las orientaciones que brindan los documentos Conpes para la distribución de riesgos constituye una guía, a veces pueden resultar insuficientes o inaplicados por la propia administración por carecer de fuerza vinculante.

Aunque la Ley 1150 de 2007 avanzó en la obligación de establecer la matriz de riesgos, omitió la determinación de unas reglas para su distribución, por lo que hace necesario su establecimiento, ya que la inexistencia de las mismas puede afectar el equilibrio económico del contrato.

¿Cuáles son las reglas metodológicas que se requiere formular para la distribución de riesgos en los contratos de concesión de obra y de infraestructura de transporte? Las relativas a: i) la preservación de la conmutatividad del contrato; ii) la asunción por parte del Estado de riesgos anormales, iii) la negociación equilibrada de riesgos, iv) el establecimiento

de nuevos acuerdos a través de la renegociación del contrato, v) la compensación aritmética de los riesgos asumidos, y vi) la compensación adicional cuando los riesgos asumidos rebasan las consecuencias estimadas.

Por virtud de estas reglas, los conflictos que se presenten en torno al desequilibrio económico por la asunción de riesgos no serán resueltos casuísticamente por la jurisprudencia y evitarán en lo posible que se contemplen cargas onerosas para una de las partes de la relación contractual.

CONMUTATIVIDAD DEL CONTRATO

La ley es clara al establecer que los riesgos que deben distribuirse son solamente los previsibles, al respecto Becerra (2008) manifiesta: el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 determina que el contrato estatal 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; *v. gr.*, si se ha pactado que el contratista ha de responder por los riesgos causados en la mora de la entidad o por los efectos devastadores de un terremoto o por la fuerza mayor provenientes de desastres naturales de imprevisible ocurrencia, “estaremos ante obligaciones que no respeten la conmutatividad del contrato por imponer cargas excesivamente onerosas e injustificadas en cabeza del contratista y no de quien incurre en la negligencia o en el dueño de la obra, que es el llamado a perder”. En el mismo sentido Benavides (2007) al manifestar los riesgos identificados por las partes deberán respetar este equilibrio objetivo inicial del contrato, lo que limitará de manera significativa su libertad para contemplarlos y distribuirlos.

La Corte Constitucional en la sentencia C-892 de agosto de 2001, al analizar la constitucionalidad del parágrafo contenido en el artículo 6 de la Ley 598 de 2000 se pronunció en los siguientes términos:

“... 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, lo que exige que el valor a recibir por el contratista, en razón de los bienes,

obras o servicios que le entrega al Estado, deba corresponder al justo precio imperante en el mercado. Con ello, se fija un límite al ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, en aras de racionalizar la posición dominante de la administración, mantener el equilibrio del contrato y, de este modo, garantizar los derechos del contratista que se constituye en la parte débil de la relación contractual”.

ASUNCIÓN DE LOS RIESGOS ANORMALES POR PARTE DEL ESTADO

La administración pública está llamada a asumir los riesgos derivados de la aplicación de la teoría de la imprevisión o del hecho del príncipe, por cuanto los riesgos extraordinarios que se presentan durante la ejecución del contrato se deben trasladar a la administración para preservar el principio de la garantía del patrimonio de los particulares.

Con relación a la distribución de los riesgos en el contrato de concesión de obra la jurisprudencia arbitral ha señalado los límites, concretándose en la imposibilidad de trasladar aquellos implícitos o derivados del incumplimiento del Estado contratante, del ejercicio por éste de las facultades excepcionales o exorbitantes, del hecho del príncipe y de la teoría de la imprevisión (Tribunal de Arbitramento de Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. vs. Instituto Nacional de Vías, Invias, laudo de 24 de mayo 31 de 2001). En igual sentido se pronunció, al considerar que es improcedente la intromisión en los contratos estatales de cláusulas abusivas o vejatorias, que dispongan renunciaciones por la ocurrencia de los hechos (Tribunal de Arbitramento de Promotora de Construcciones e Inversiones S.A. Prosantana S.A. vs. Distrito Capital de Santafé de Bogotá vs. Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza S.A., laudo de 18 de diciembre de 2000).

Así las cosas, el establecimiento de esta regla tiende a limitar de manera significativa la libertad para distribuir los riesgos, porque no es la voluntad de las partes la que define el traslado de los mismos, al estar ello determinado en materia de obra pública, como lo sostiene Ariño (2007) por dos principios constitucionales: el principio de la igualdad de todos

los ciudadanos frente a los costos del Estado y el de la distribución de las cargas públicas.

NEGOCIACIÓN EQUILIBRADA DE LOS RIESGOS

Si en los contratos de la administración la dinámica ecuacional debe tenerse presente los presupuestos de justicia conmutativa y distributiva (Dromi, 2004), existen una suerte de derechos y obligaciones que les corresponde asumir a las partes de la relación contractual, entre los que se encuentra el derecho al equilibrio económico del contrato (Emili, 2002). Por consiguiente, en el contrato de colaboración público - privada, es necesario determinar con precisión los riesgos y establecer una asignación equilibrada de ellos (Ariño, 2007), por lo que Uribe (2010) expresa que “el manejo del riesgo exige de la Administración decidir si asume un determinado riesgo o lo traslada, y la contraparte decide si lo acepta, lo negocia o prefiere no contratar”. Se puede negociar una asignación equilibrada entre la Administración y el contratista, ya que no es un problema que se resuelva exclusivamente mediante una decisión final de la Administración, aunque muchas veces eso pasa y el Decreto 2474 parece apuntar en esta dirección cuando establece que la sola presentación de la oferta por el contratista implica la aceptación del proponente de la distribución de riesgos previsibles.

Por lo expuesto, las partes de la relación contractual no están habilitadas para repartir a su voluntad los riesgos derivados de la “fuerza mayor” y el “caso fortuito”, y de la impredecibilidad de los perjuicios, puesto que hay riesgos que por su naturaleza no podrán ser trasladados al contratista y que, de presentarse, dificultan el normal desarrollo del contrato, en desmedro del equilibrio financiero, lo cual puede generar según la Corte Constitucional “... *responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual*”. (Sentencia C- 333 del 1 de agosto de 1996).

RENEGOCIACIÓN DEL CONTRATO

Emili (2002) expresa que “... *renegociar un contrato significa modificarlo, en consecuencia, agregamos, en casos excepcionales los contratos administrativos*

deben o pueden ser modificados...” (p. 633). La mayoría de los países de la Unión Europea han incorporado en sus respectivos derechos un mecanismo destinado a corregir las injusticias resultantes del desequilibrio generado en un contrato por la realización de acontecimientos que las partes no pudieron prever razonadamente en el momento de contratar. La práctica ha retomado frecuentemente esta idea acondicionando las reglas legales mediante diversas cláusulas de renegociación o cláusulas denominadas *hardship*, que hace parte de los principios Unidrot, acogidos por Colombia.

Los contratos internacionales suelen incluir las cláusulas *hardship*, mediante las cuales se definen las bases de la renegociación, en las que el principio de buena fe es fundamental para la revisión final del contrato, sin que ello signifique que existan reglas de fondo para una solución de principios. Presentada una de las situaciones relacionadas con fenómenos externos a las partes de la relación contractual, es procedente la renegociación de los contratos estatales celebrados, renegociación que deberá tener en cuenta el principio del sacrificio compartido y por el cual ambas partes afrontan la recomposición contractual no buscando el restablecimiento del equilibrio económico financiero inicial sino estableciendo nuevos acuerdos a las circunstancias presentadas. Esta figura es procedente en los contratos estatales, con la condición impuesta en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007; de otro lado, también se destaca que la renegociación no puede dar lugar a un nuevo contrato, como sucedería ante la alteración sustancial del objeto o alteración sustancial del proyecto inicial.

COMPENSACIÓN ARITMÉTICA ADICIONAL POR LA ASUNCIÓN DE RIESGOS

El ilustre abogado Álvarez (2008) expresa que quien asume un riesgo lo hace motivado por el incentivo de un beneficio marginal de precaución. Las partes contractuales, conforme a una asignación racional y expresa de riesgos, internalizan los beneficios de precaución, de modo que activado el riesgo, asume plenamente su impacto negativo. Si los mecanismos de precaución funcionan, la parte contractual que los ha conjurado recibe los beneficios marginales de precaución y el receptor de la promesa asume los

costos marginales de confianza. De lo que se trata es de evitar una perturbación que disminuya la eficiencia económica del contrato. La ausencia de una asignación cierta de riesgo en la práctica contractual asumía la forma de restablecimiento del equilibrio contractual en condiciones económicas inciertas.

Claro que la administración debe realizar un juicioso análisis porque si traslada a los contratistas tanto los riesgos previsibles como los imprevisibles, los precios de las obras se volverían inalcanzables para los entes estatales, puesto que los oferentes tendrían que incluir los eventuales gastos que se generarían como consecuencia de la ocurrencia de todo tipo de eventos, en atención a que como señala Benavides (2009), cada riesgo deberá tener una justificación en su amplitud y atribución, de una parte y, por otra, cada riesgo atribuido deberá tener una compensación equivalente con la carga que él implica para la parte que lo asume.

El solo hecho de la presentación de la oferta no implica la aceptación de la evaluación prevista en los pliegos o en el contrato, por cuanto si se atribuyen al contratista riesgos extraordinarios o anormales, así los asuma, si se produce un daño o un perjuicio que no estaba en la obligación de soportar, que rompa o modifique el equilibrio contractual, el Estado deberá repararlo mediante el pago de lo necesario, sin que ello corresponda a una indemnización plena o de reparación de todos los perjuicios sufridos por el contratista, según la causa que produzca el desequilibrio financiero del contrato.

COMPENSACIÓN ADICIONAL POR LOS RIEGOS ASUMIDOS

Es normal que las partes asuman las consecuencias de los riesgos transferidos, ahora veamos qué sucede cuando los asignados al contratista desbordan sus efectos por causas ajenas a las partes. Sobre este aspecto no existe identidad de criterios. Montes y Mier (2000) señalan que cuando circunstancias imprevistas causen una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación convenida, la pérdida de utilidad del contratista estatal por causa de circunstancias imprevistas no imputables al mismo representan esa situación de excesiva onerosidad que debe conducir a los ajustes necesarias que res-

tablezcan el equilibrio contractual. Palacio (2000) se aparta de la posición anterior al expresar que no puede admitirse que en una relación contractual de derecho público el contratista pueda correr el riesgo de perder los beneficios, utilidades o provechos contractualmente presupuestados, salvo cuando esa pérdida le sea imputable, tiende a poner al contratista estatal en una situación tan ventajosa que puede decirse que de ella no goza, ni ha gozado. Naturalmente, las utilidades previstas son parte de los motivos que el contratista tiene en cuenta al contratar, pero no se ve por qué deban resultar protegidos.

Somos partidarios de la primera postura con fundamento en una interpretación integral y sistemática de la ley, que no pueden trasladarse al contratista aquellos riesgos que no son propios de su empresa, por cuanto en caso de presentarse generan una quiebra del equilibrio económico.

DISTRIBUCIÓN DE RIEGOS EN CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA E INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE

La expresión “por cuenta y riesgo del concesionario” señalada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 ha llevado a que algunos estudiosos del tema consideren equivocadamente que en los contratos de concesión de obra presenta un régimen de riesgos y responsabilidades diferentes que el resto de los contratos estatales, en razón de que no comparte con los demás contratos estatales las características propias de los contratos conmutativos, y es inaplicable el principio del mantenimiento del equilibrio económico, por cuanto se trata de contratos desarrollados por cuenta y riesgo del contratista. Interpretación que es contraria al sentido de la ley y a los principios constitucionales, como lo señala Arino (1968).

El riesgo específico que trata la disposición citada y que se le asigna al concesionario es el que normalmente se conoce como riesgo comercial, el cual puede ser causa del descalabro y de alejar a los inversionistas privados, fue atenuado respecto de las concesiones viales por la Ley 105 de 1993, que previó la posibilidad de que los entes estatales otorgaran al concesionario un ingreso mínimo y estable-

ció otros mecanismos que permitieran asegurarle al concesionario la recuperación de la inversión en tales contratos.

La ley obliga que en los contratos del Estado se haga un reparto de los riesgos, lo cual no constituye una situación absoluta ya que en virtud de la autonomía de la voluntad las partes pueden asignar los riesgos de diversas formas a la establecida en la ley y en los documentos Conpes 3107, para el caso de los contratos de infraestructura vial, pero sin incorporar en los pliegos de condiciones cláusulas leoninas o vejatorias que desequilibren económicamente el contrato. Fonseca (2002) no duda en afirmar que el inadecuado traslado de riesgos al contratista estatal ha conducido al fracaso de los más importantes proyectos de desarrollo de infraestructura vial en los últimos siete años, como el túnel de Buenavista en la carretera Bogotá - Villavicencio; el túnel de La Línea; la malla vial de Bogotá y la concesión de Tobia Grande - Puerto Salgar.

¿Qué sucede cuando el concesionario asume riesgos previsible o sobrevienen riesgos de la misma naturaleza no tipificados ni asignados a ninguna de las partes? Esta situación no sirve de excusa para que no los asuma, al no derivar la existencia de un daño antijurídico. En otras palabras, sólo los riesgos imprevisibles que se materialicen pueden dar lugar por parte del contratista al establecimiento económico del contrato, pero no a título indemnizatorio sino compensatorio, tal como lo admite la doctrina (Bercaitz, 1980; Escola, 1979; García de Enterría y Fernández, 2006; Jeze, 1950; Sayagués, 2004) y también actualmente la jurisprudencia del Consejo de Estado (sentencias 2003 de septiembre 18, exp. 15.119 y de 2004 de febrero 26, exp. 14.043).

Los riesgos normales propios de la ejecución de la actividad contractual debe asumirlos el contratista particular; los imprevistos o extraordinarios deben asumirlos los entes estatales. No obstante, el Consejo de Estado (sentencia 2004 de febrero 26, exp. 14043) precisó que el contratista puede asumir otros riesgos diferentes a los ordinarios, siempre y cuando se encuentre expresamente establecido en el contrato. En igual sentido la jurisprudencia arbitral ha afirmado que la ejecución de todo contrato implica riesgos profesionales y económicos para el

contratista que razonablemente debió prever en el momento de contratar y por tanto debe soportar sus consecuencias (Tribunal de Arbitramento de Sepúlveda Lozano y Cia. Ltda. Vs. Instituto de Desarrollo Urbano, laudo del 5 de mayo de 1997).

A pesar del ajuste de las voluntades en el contrato, que debe corresponder a la previsión de todo lo que tenga incidencia en el cumplimiento de la obligación a cargo de cada una de las partes, puede presentarse un riesgo remoto o un evento impredecible e irresistible, que incluso las partes no previeron nunca o habiéndolo identificado, le asignaron una probabilidad de ocurrencia cercana a cero, situaciones que pueden perturbar de alguna manera la ejecución del contrato, ya sea impidiendo (fuerza mayor) o haciendo más difícil o encareciendo para una de las partes su ejecución (imprevisión), (Uribe 2010), lo cual afecta la economía del contrato.

Sobre los riesgos ordinarios, la ley indica que la distribución se haga sobre las situaciones normales de los riesgos financieros y comerciales o de mercado, porque si sobre estos riesgos se suceden situaciones anormales, no implica que quien los asuma deba cargar necesariamente con las responsabilidades y obligaciones que se derivan de su acaecimiento. En efecto, para Dávila (2003) el concesionario debe asumir los siguientes riesgos o áleas normales:

- a) El riesgo proyecto, correspondiente al grado de dificultad de la construcción y operación;
- b) El riesgo mercado que tiene ver con el grado de utilización de la obra, bien o servicio público;
- c) El riesgo financiero, que se refiere a las fluctuaciones inflacionarias o cambiarias tanto en la etapa de construcción como de operación; y
- d) El riesgo tiempo, que se refiere a los cambios en la tasa de retorno de la inversión cuando ésta se produce en diferentes tiempos.

Excluyendo obviamente las situaciones sobrevinientes que alteran el contenido de las prestaciones previstas por las partes, cuyo origen es generalmente externo a ellas y, en todo caso, ajeno a sus comportamientos culposos.

Los riesgos extraordinarios que se presenten durante la ejecución del contrato se deben trasladar

a la administración contratante, con las limitaciones impuestas por la jurisprudencia del Consejo de Estado (sentencia 2003, octubre 11, exp. 14781; 1979, septiembre 20, exp. 2742 y 2003, mayo 29, exp. 14.577), tales como:

- i) Los derivados de desastres naturales, salvo que tales fenómenos sean previsibles, y los eventos de fuerza mayor derivados de hechos de orden público.
- ii) Los efectos económicos negativos derivados de los eventos propios de la teoría de la imprevisión en la medida en que el contratista sufra una pérdida propiamente dicha; y
- iii) El derivado de los hechos que configuran el hecho del príncipe, como los efectos desfavorables producidos por cualquier cambio de ley en asuntos ambientales que afecten los derechos concedidos y las obligaciones impuestas por la licencia ambiental; los efectos desfavorables producidos por cualquier cambio de ley que impongan un impuesto, tasa o contribución específica; y los efectos desfavorables de cualquier cambio de ley que restrinja el recaudo efectivo de peajes.

Por lo anterior, sería improcedente que las partes acuerden que el contratista asuma algún tipo de impuesto en caso de que se llegue a decretar por voluntad futura del legislador (hecho del príncipe); así como todas las consecuencias derivadas de los riesgos imprevisibles o también todas las consecuencias derivadas del ejercicio de las cláusulas exorbitantes del derecho privado.

Sin embargo, contrario a lo afirmado, el Documento Conpes 3107 de 2001 ha señalado que los riesgos derivados del hecho del príncipe y de la teoría de la imprevisión pueden ser trasladados al contratista particular.

LA ASIGNACIÓN DE FENÓMENOS IMPREVISIBLES ES NULA POR OBJETO ILÍCITO

Como el contratista tiene derecho a una indemnización total o parcial o, en su defecto a una compensación cuando se presentan durante la ejecución situaciones que alteran el equilibrio económico del contrato, ¿qué sucede cuando los asume y se

presentan?; en tal evento ¿procede que el contratista asuma las consecuencias derivadas de tal situación? ¿Procede la renuncia por parte del contratista a reclamar indemnización por los daños y perjuicios derivados del hecho del príncipe en general?

Somos del criterio de que no, ya que el equilibrio económico del contrato es una institución imperativa aplicable a pesar del querer de las partes, dado su poder de supra ordenación sobre la autonomía contractual. Precisamente por ello, el legislador ordena incorporarla a todo contrato estatal, sin que les sea dado a las partes del contrato desconocerla en ningún momento.

Respecto a renunciar a reclamar indemnización por los daños y perjuicios derivados del hecho del príncipe en general, al estar en presencia de una cláusula de orden público sería improcedente; aceptándose sólo aquellas cláusulas que imponen renunciaciones a determinadas conductas o resoluciones que la administración expide en su calidad de autoridad pública (Escola, 1979).

Así las cosas, sería ilegal lo dispuesto en el pliego de condiciones como en el pacto ratificado posteriormente en el contrato, que establezca que los contratistas asuman las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, de los riesgos imprevisibles y las consecuencias derivadas del ejercicio de las cláusulas exorbitantes del Derecho privado, sin que pueda exigir al Estado compensación o indemnización diferente al pago de lo acordado, porque equivale a renunciar, en forma general, a la indemnización o compensación de los perjuicios originados en cada una de estas medidas.

Ante esta situación, ¿qué acción puede intentar la parte afectada? Deberá solicitar ante la jurisdicción contencioso administrativa en pretensión contractual la nulidad de tal cláusula por objeto ilícito, con la consecuente indemnización de los perjuicios que logre probar, consistente en los gastos en que incurrió la parte afectada en la ejecución del contrato.

En este orden de ideas, si bien existe libertad contractual, esta no es absoluta, sino que se encuentra limitada por el orden público y las buenas costumbres, términos que según Acosta (2008) implican prohibiciones sociales que restringen la libertad

contractual. El orden público tiende a evitar que el económicamente débil sea víctima de explotación o presión por el ejercicio abusivo o desmesurado de la libertad contractual que el empresario o proveedor de bienes y servicios puede generar a través de cláusulas denigrantes o vejatorias o términos contractuales abusivos para los consumidores, lo que equivale para los contratos estatales, que la administración no puede incluir todo tipo de riesgos imaginables.

Con el fin de garantizar la conformidad de un contrato al interés general, el Código Civil establece dos instrumentos de control: el objeto y la causa; mecanismos jurídicos que permiten al juez verificar que el ejercicio de la libertad contractual respete los imperativos esenciales de la sociedad, impidiendo el objeto que las prestaciones sean desequilibradas (Acosta, 2008).

CONCLUSIONES

La ley al referirse a los riesgos contractuales sólo estableció aspectos generales relacionados con la tipificación, estimación y asignación, sin determinar al respecto reglas metodológicas para los contratos de concesión, en aras de salvaguardar la economía de estos acuerdos de voluntades y, de manera expresa se defina a qué tendrían derecho las partes en caso de que se presente un riesgo extraordinario no previsto o previsto por ellas.

La falta de tales reglas puede generar incertidumbre e inseguridad jurídica, al pretender cualquiera de las partes sacar provecho de esa omisión legislativa, pudiendo estar en presencia de contratos aleatorios y no de contratos conmutativos, como lo vienen haciendo algunas entidades estatales en la formulación de los estudios previos.

Así las cosas, un contrato será aleatorio cuando los riesgos extraordinarios asumidos por el contratista, si se materializan impiden ejecutar el contrato o no imposibiliten su desarrollo, pero el cumplimiento de la obligación se vuelva excesivamente onerosa, esto es, que tenga consecuencias mayores a las previstas, y en ambos casos deba cargar con él llevándolo a la quiebra y con el inconveniente de abandonar el proyecto en el estado en que se encuentra.

Por virtud de la formulación de las reglas metodológicas para la distribución de riesgos: relativas a la preservación de la conmutatividad del contrato, asunción por parte del Estado de riesgos anormales, negociación equilibrada de riesgos, renegociación del contrato, compensación aritmética de los riesgos asumidos y compensación adicional por los riesgos asumidos, los conflictos que se presenten en torno al desequilibrio por la asunción de riesgos no serán resueltos casuísticamente por la jurisprudencia y evitarán en lo posible que se contemplen cargas onerosas para una de las partes de la relación contractual, porque más que ilícito, traería grandes problemas en su ejecución, lo cual es inconveniente no sólo para las partes del contrato sino también para la economía del país.

REFERENCIAS

- Acosta, J. (2008). *El nuevo orden contractual colombiano*, Cuadernillo Avances, Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Álvarez, F. (2008). *La nueva distribución de riesgos en la contratación estatal*, Bogotá, Colombia: Ámbito Jurídico.
- Álvarez, F. (2011). *Una aproximación a la Ley 1150 desde el derecho económico. La ley 1150 de 2007 ¿una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?*, Bogotá: Universidad del Rosario.
- Ariño, G. (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.
- Ariño, G. (2007). "El equilibrio financiero del contrato", en Viveros, F. (comp.), *Contratación estatal - aspectos controversiales, Memorias IV Jornadas de contratación estatal*, Bogotá: Universidad de los Andes.
- Ariño, G. (2010). "El contrato de colaboración público privado", en Viveros, F. (comp.), *Reforma al régimen de contratación estatal*, Bogotá: Universidad de los Andes.
- Becerra, A. (2008). *Los riesgos en la contratación estatal. Estimación, tipificación y asignación*, Bogotá: Leyer.

- Benavides, J. (2009). "Riesgos contractuales", en Benavides, J. y Santofimio, J. (comps.), *Contratación Estatal, Estudios sobre la reforma del estatuto contractual, Ley 1150 de 2007*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Benavides, J. (2007). *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2ª ed.
- Bercaitz, M. (1980). *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires: Depalma, 2ª ed.
- Dávila, G. (2003). *Régimen jurídico de la contratación estatal*, Bogotá: Legis.
- De Vega, G. (2011). *La distribución de riesgos en el contrato estatal. La ley 1150 de 2007 ¿una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?*, Bogotá: Universidad del Rosario.
- Dromi, R. (2004). *Derecho administrativo*, Buenos Aires: De Palma.
- Departamento Nacional de Planeación (2001, 3 de abril). *Documentos Conpes, Política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura*.
- Emili, E. (2002). "El equilibrio contractual", en Farrando, I., *Contratos administrativos*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1ª ed.
- Escola, H. (1979). *Tratado integral de los contratos administrativos* (t. I), Buenos Aires: De Palma.
- Fonseca, E. (2002). "La asignación o distribución de riesgos en la contratación de obras públicas", *Revista de Derecho Público*, N° 14, Bogotá: Universidad de los Andes.
- García De Enterría, E. (2006). *Curso de Derecho administrativo*, t. I, Madrid: Civitas.
- Granillo, R. (1990). *Distribución de riesgos en la contratación estatal*, Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Gómez, C., y Aguilar, A. (2009). *Riesgo contractual. La teoría de los riesgos en derecho privado*, Medellín: Universidad de Medellín.
- Jeze, G. (1950). *Principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires: Depalma.
- Jiménez, M. (2007). *Interventoría de proyectos públicos*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Montes, S. y Mier, P. (2000). "Concesiones viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos", *Revista de Derecho Público*, N° 11, Bogotá: Universidad de los Andes.
- Palacios, H. (2000). "La concesión y la teoría económica de los contratos", *Revista de Derecho Público*, N° 11, Bogotá: Universidad de los Andes.
- Sayaguez, E. (2004). *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Uribe, E. (2010). "La valoración del riesgo en la contratación administrativa: una visión desde la economía", en Viveros, F. (comp.), *Reforma al régimen de contratación estatal*, Bogotá: Universidad de los Andes.
- Urueta, J. (2006). *El contrato de concesión de obras públicas*, Bogotá: Universidad del Rosario.
- Corte Constitucional (2001, agosto 5). Sentencia, expediente C- 892, Bogotá, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional (1996, agosto 19). Sentencia, expediente C-333, Bogotá, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (1979, septiembre 20). Sentencia, expediente 2742, Bogotá, C. P. Jorge Valencia Arango.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (2003, mayo 29). Sentencia, expediente 14.577, Bogotá, C. P. Ricardo Hoyos Duque.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (2003, septiembre 18). Sentencia, expediente 15.119, Bogotá, C. P. Ramiro Saavedra Berrera.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (2003, octubre 11). Sentencia, expediente 14.781, Bogotá, C. P. Ricardo Hoyos.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (2004, febrero 26).

Sentencia, expediente 14.043, Bogotá, C. P. Germán Rodríguez Villamizar.

Tribunal de Arbitramento de Sepúlveda Lozano, Cia. Ltda. Vs. Instituto de Desarrollo Urbano (1997, mayo 5). Laudo, Bogotá, presidente Luis Guillermo Dávila Vinuesa.

Tribunal de Arbitramento de Concesión Santa Marta Paranguachón S.A. vs. Invias (2001, mayo

31). Laudo, Bogotá, presidente Sergio Rodríguez Azuero.

Tribunal de Arbitramento de Promotora de Construcciones e Inversiones S.A. Prosantana vs. Distrito Capital de Santafé de Bogotá vs. Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza S.A. (2000, diciembre 18). Laudo, Bogotá, presidente: Saúl Sotomonte Sotomonte.