

JOSÉ LUIS BENAVIDES

Riesgos contractuales

La Ley 1150 de 2007 introdujo una importante modificación sobre la concepción de la responsabilidad contractual y el equilibrio financiero del contrato estatal. Los muy sonados diferendos originados en reclamaciones por desequilibrios financieros de contratos, en particular en los proyectos de concesión, la jurisprudencia incierta del Consejo de Estado y fallos contradictorios de laudos arbitrales en los que están en juego multimillonarias condenas al Estado auspiciaron que el legislador abordara de manera generalizada una política de riesgos contractuales.

Definidos claramente los riesgos en el contrato estatal, con cierto grado de discusión con los proponentes, dado que se les permite hacer observaciones sobre la estimación, tipificación y asignación de ellos, incluidas en los pliegos de condiciones (Ley 1150/07, art. 4.^o), debe haber plena claridad sobre lo que cada parte asume en el contrato y sus consecuencias económicas. El legislador pretende así restringir de manera sustancial los litigios sobre desequilibrios contractuales y detener la multiplicidad de condenas contra el Estado por este factor¹. Además, la mayor claridad del sistema deberá reducir los costos para ambas partes y aumentar la confianza en los modelos contractuales, lo que, a su vez, favorecerá la inversión en los proyectos de infraestructura que tanto necesita el país y contribuirá al mejoramiento de toda la gestión contractual.

El cambio genera consecuencias más significativas de otros órdenes. La reforma incita a sustituir una visión de la responsabilidad, marcada por el principio del equilibrio financiero del contrato, por la visión más contractual de la técnica de la gestión de los riesgos, lo que implica el refuerzo del análisis económico del contrato y la revaluación de nociones jurídicas que necesariamente afectarán las condiciones de su ejecución.

Por lo anterior, parece importante realizar un análisis de la noción y caracterización de los riesgos contractuales, que permita precisar soluciones jurídicas frente a las dificultades prácticas introducidas por el cambio legislativo.

I. NOCIÓN DE RIESGO CONTRACTUAL

El riesgo contractual se define con frecuencia bajo su acepción genérica de eventos inciertos que pueden afectar la ejecución del contrato. En esta medida, se acude a la definición de la Real Academia Española que identifica el riesgo con la “contingencia o proximidad de un daño” y la contingencia como la “posibilidad de que algo suceda o no suceda”. En sentido similar, desde el punto de vista

1 ÁLVARO DARÍO BECERRA SALAZAR. *Los riesgos en la contratación estatal*, Leyer, 2008, p. 9.

de la teoría financiera, el riesgo se entiende “como la dispersión de resultados inesperados debido a movimientos en variables financieras”².

Estas aproximaciones gramaticales y económicas resultan en extremo genéricas y comprenden situaciones que desbordan la acepción jurídica de los riesgos contractuales, por lo que tomarlas como base para el estudio del tema objeto de este ensayo puede llevarnos a obtener conclusiones ajenas a nuestro derecho positivo, en particular al derecho de las obligaciones, y a la caracterización del contrato estatal. Por ello, se hace necesario precisar la noción de riesgo contractual frente a otros tipos de riesgos relacionados de diversas formas con el contrato.

A. EL RIESGO CONTRACTUAL NO INCLUYE TODA INCERTIDUMBRE RELACIONADA CON EL CONTRATO

En primer lugar, existe una aproximación al riesgo desde el punto de vista empresarial e institucional. En esta perspectiva, el contrato comporta riesgos en sí mismo, como negocio jurídico, como proyecto de gestión que puede lograr o no los objetivos de las partes. En esta medida, pueden aparecer múltiples sorpresas, de variada índole, originadas, por ejemplo, en que el negocio no estaba bien estructurado, en que el contratista no tenía un respaldo financiero o técnico sólido, en que las relaciones entre las partes se deterioraron, lo que afectó la ejecución, o en causas externas a las partes que modificaron las condiciones originalmente pactadas.

Desde el punto de vista empresarial, son todos riesgos del proyecto, cuya posibilidad de materialización es importante analizar para la buena gestión de la operación. Este análisis, frecuente en las empresas privadas, se ha institucionalizado también para las entidades públicas. La Ley 87/93 definió como objetivos esenciales del control interno la protección de los recursos, “buscando su adecuada administración ante posibles riesgos que los afecten”, así como definir y aplicar medidas para prevenirlos (art. 2.º). En el año 2004 el Icontec expidió la Norma Técnica de Gestión del Riesgo NTC-5254, basada en el estándar

2 Manejo del riesgo. Dirección General del Crédito Público y del Tesoro Nacional [www.minhacienda.gov.co]. Acorde con estas nociones, MAXIMILIANO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ explica que “Desde un punto de vista económico [el riesgo es definido] como la pérdida financiera que el inversor debe valorar al colocar sus fondos líquidos y sus esfuerzos profesionales en un determinado proyecto [...] Desde otro punto de vista el riesgo, financiero o no, puede ser entendido como la incertidumbre o aleatoriedad en la obtención de un resultado seguro en las diferentes actividades desarrolladas”. MAXIMILIANO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. “La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de construcción”, en *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 6, n.º 1, 2007, p. 3.

dar de Australia y Nueva Zelanda (AS/NZS 4360), aplicable a cualquier tipo de organización pública o privada, y en el 2005 se adoptó el modelo estándar de control interno para las entidades públicas MECI 1000/2005 (Dcto. 1599/05), en el que la administración de riesgos, como parte del control estratégico, comprende su identificación, análisis y valoración, además de la definición de políticas de administración.

Sin duda, estas técnicas administrativas comprenden el análisis de los riesgos contractuales y constituyen herramientas importantes para su gestión. Sin embargo, no es pertinente identificar la especie (riesgos contractuales) con el género (gestión de riesgos empresariales), por cuanto el objetivo de este último es más amplio. Como lo dice la introducción de la norma Icontec, “la administración de riesgos es una parte fundamental de la *gobernabilidad corporativa* que busca contribuir eficientemente en la identificación, análisis, tratamiento, comunicación y monitoreo de los riesgos del negocio”.

En segundo lugar, es frecuente incluir en el análisis de riesgos contractuales el cumplimiento de las obligaciones de las partes, cuando en realidad obedecen a instituciones jurídicas distintas. En sentido lato, el incumplimiento constituye un riesgo, en la medida en que puede ocurrir o no. También constituye una *contingencia* la calidad del cumplimiento, en cuanto puede ser defectuoso, tardío, o parcial. Igualmente, las consecuencias de cada uno de estos eventos son *inciertas*. Pero, jurídicamente, el incumplimiento hace parte de la institución de las obligaciones y está regido por principios y reglas específicas, cuya aplicación o reemplazo por las partes contratantes se enmarca en la teoría general del contrato y en la limitada autonomía privada. Por esta razón, el incumplimiento de la obligación no materializa un riesgo, sino que genera la obligación de reparación de todos los perjuicios por él causados, según las reglas del Código Civil³. Dar el tratamiento de riesgo al incumplimiento genera confusión en la caracterización de los eventos y sus consecuencias. En efecto, incluir el incumplimiento

3 “Art. 1615. Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.
Lo que no es riesgo contractual.

Art. 1613. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Art. 1616. Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.
Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.”

como parte de los riesgos contractuales ensancha de manera inútil y peligrosa esta institución. Inútil, por cuanto la identificación y atribución de riesgos por incumplimiento reproduce el contenido de las obligaciones contractuales, ya identificadas en el cláusulas contractuales sobre las prestaciones de las partes. Peligroso, por cuanto esta enumeración de riesgos y consecuencias derivados del incumplimiento puede dar lugar a interpretaciones ambiguas del contenido y alcance de las obligaciones, como veremos más adelante.

En tercer lugar, el riesgo contractual no se identifica con el riesgo amparado con las pólizas de cumplimiento y calidad, exigidas a los contratistas en virtud del estatuto contractual. Aunque estas pólizas amparan a la entidad por *el riesgo de incumplimiento* del contratista, ellas son seguros de responsabilidad que permiten a la entidad contratante hacerlas efectivas mediante la declaración del siniestro (Ley 1150/07, art. 7.^o), ante la ocurrencia de un incumplimiento, un retardo o la exigencia de una obligación de garantía contractual, como el buen funcionamiento del bien suministrado o la garantía decenal que debe el constructor en toda obra⁴. Todos los casos amparados vinculan el tema de la responsabilidad y no el de las cargas derivadas de la asunción de un riesgo. El Decreto 2170/02 fue infortunado al referirse a la obligación de las entidades de incluir en los estudios previos “el análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista” (art. 8.5), con lo que sugirió la restricción de los riesgos contractuales a los amparados con las pólizas suscritas por los contratistas, como se conciben con frecuencia en las entidades.

En realidad, la disposición plantea la *gestión del riesgo* de incumplimiento del contratista, bajo la concepción de las políticas de riesgos empresariales, referida anteriormente, lo que constituye un terreno distinto de los riesgos contractuales, aunque, como en los otros casos, guarda relación con ellos.

A partir de estas observaciones, es necesario concretar el concepto de riesgo contractual. Excluidos los riesgos genéricos de empresa, el riesgo contractual ha de referirse concreta y exclusivamente a la relación entre las partes y derivada del contrato. Excluido el tema del incumplimiento, regido por reglas particulares de responsabilidad, el riesgo contractual se referirá a 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.

4 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de junio de 2007 (*Corporación Autónoma Regional del Magdalena (CAM)*, exp. 30565).

El campo específico de los riesgos es, entonces, *cercano* al de la teoría de la imprevisión, que comprende las distintas circunstancias sobrevinientes, posteriores a la celebración del contrato de ejecución sucesiva, que alteran de manera grave la prestación a cargo de una de las partes, como la concibe nuestro código de comercio (art. 868).

No obstante, la técnica de los riesgos contractuales no se identifica con la teoría de la imprevisión, porque su objetivo es, justamente, reducir la amplitud de esta última a su mínima expresión. En efecto, mediante la gestión de los riesgos contractuales, las partes buscan identificar todas las situaciones imaginables que puedan afectar la ejecución del contrato, que generen dificultades y sobrecostos de las prestaciones originales, para determinar luego cuál de las partes deberá soportar las consecuencias. Las partes *prevén*, entonces, la posibilidad de ocurrencia de los riesgos identificados, integrando esta carga al contrato, como complemento de las obligaciones. Al conjunto de obligaciones y derechos de cada una de las partes, surgidas de la definición contractual de las prestaciones del contrato, se agregan las cargas de los riesgos que asumen como propios. La materialización de uno de estos riesgos generará la obligación de soportar sus consecuencias para quien lo haya asumido, sin derecho a reclamar a la otra parte indemnización alguna.

Esta caracterización de los riesgos contractuales enriquece la noción del equilibrio inicial del contrato, por cuanto su definición dependerá no sólo de las prestaciones acordadas por las partes y su remuneración, sino también del complemento de los riesgos asumidos por cada una de ellas, que formará parte integral del negocio jurídico. La gestión de los riesgos contractuales por las partes es, así, una expresión de la autonomía de la voluntad que obliga a preguntarse sobre la disponibilidad, libertad y amplitud que tienen las partes para distribuirse los riesgos del contrato.

B. EQUILIBRIO CONTRACTUAL Y EQUIVALENCIA OBJETIVA DE PRESTACIONES: ¿PRINCIPIO DE ORDEN PÚBLICO?

Con frecuencia se afirma que la conmutatividad que caracteriza al contrato estatal (Ley 80/93, art. 28) comporta la equivalencia objetiva de las obligaciones pactadas por las partes. A diferencia de los contratos privados, en los que la conmutatividad es relativa, por cuanto las prestaciones *se miran* como equivalentes, sin que objetivamente lo sean⁵, el contrato estatal exigiría una conmutatividad

5 C. C., art. 1498. "El contrato oneroso es *conmutativo*, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama *aleatorio*."

objetiva. La finalidad de interés general que determina la voluntad del Estado en toda contratación no autorizaría a las entidades a “intentar hacer buenos negocios con cargo al contratista”⁶. En esta línea, nuestra Corte Constitucional ha considerado, sin la fuerza de la *ratio decidendi*, que la equivalencia objetiva se fundamenta en el principio de la justicia conmutativa y en la posición subordinada del contratista⁷.

Bajo esta concepción, 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. Por una parte, cada riesgo deberá tener una justificación en su amplitud y atribución, y por otra, cada riesgo atribuido deberá tener una compensación equivalente con la carga que él implica para la parte que lo asume.

Este principio de la equivalencia objetiva del contrato estatal, sin embargo, no parece sustentable frente al derecho positivo, y su adopción conlleva consecuencias contrarias a las instituciones jurídicas contractuales.

En mi opinión, el contrato estatal no deja de ser un instrumento de transacción económica, inmerso en una economía de mercado. Pretender una justicia conmutativa objetiva a través del contrato es contrario a realidad de la dinámica económica. Y en cuanto a la subordinación del contratista privado, ella caracteriza la exorbitancia de la administración en la fase de ejecución del contrato estatal y no en la de suscripción. La condición de contrato de adhesión no es

6 GASPAR ARIÑO ORTIZ. “El equilibrio financiero del contrato administrativo”, en FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS (comp.). *Contratación estatal: aspectos controversiales. Memorias IV jornadas de contratación estatal*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2007, p. 64.

7 Sentencia C-892/01: “[...] en el ámbito del derecho privado, la equivalencia de las cargas mutuas tiene un efecto meramente subjetivo en cuanto que, lo determinante de la figura, es que cada una de las partes, según su libre y voluntaria apreciación, acepte que la prestación a la que se obliga es similar o directamente proporcional a la que recibe a título de retribución, sin que tengan ninguna incidencia aquellos elementos de carácter objetivo que establece o fija el mercado (nota original. Esta posición es sostenido, entre otros, por el profesor EMILIO BETTI quien afirma que: “no se trata propiamente de equivalencia, que pueda tener sentido en la matemática, sino de paridad de posición y de proporcionalidad de ventajas y cargas correlativas; es decir, apreciación de conveniencia de la proporción entre la carga que se acepta y la ventaja, que asumiendo la carga, se puede conseguir”). No ocurre lo mismo en el Derecho Público donde 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 [...]”

En igual sentido, BECERRA. Ob. cit., p. 34.

exclusiva de la contratación pública. En realidad, la subordinación de una de las partes por medio de contratos tipo, formularios, contratos de adhesión y otras modalidades contemporáneas es moneda corriente en la mayoría de relaciones comerciales entre particulares.

Si bien es cierto que las tendencias contemporáneas del contrato, aún privado, relevan su objetivo de *utilidad y justicia*⁸, ello no se traduce en la definición de un equilibrio objetivo de prestaciones. La formidable ampliación de la noción de orden público contractual permitió en el siglo XX la inclusión del orden público económico y social⁹ y reforzó los mecanismos de contrapeso de la desigualdad de las partes, como la reglamentación de los contratos, el desarrollo del derecho del consumidor, el refuerzo del consentimiento informado y las reglas de competencia, como límites al liberalismo a ultranza¹⁰. Sin embargo, pese a esta evolución, el contrato continúa siendo la máxima expresión de la economía de mercado, con su consecuente libertad de precios.

Además, la remuneración “objetivamente justa” sería contraria a la libertad contractual. La remuneración no solo cubre la retribución del valor objetivo de las prestaciones realizadas, sino también la ganancia lícita, cuyo monto sería arbitrario estimar en lugar del contratista.

En fin, la afirmación de una equivalencia objetiva de las prestaciones debería estar acompañada de una acción que sancione su desconocimiento, lo que no está contemplado en el derecho positivo, que restringe la lesión a casos en extremo excepcionales (C. C. arts. 1946 y ss.: compraventa de inmuebles por desproporción de más del 50% o menos del 50% de su valor comercial).

Por otra parte, en cuanto a las implicaciones sobre el riesgo, afirmar la equivalencia objetiva¹¹ conllevaría establecer la compensación aritmética de cada riesgo asumido por cada una de las partes, lo que exigiría el cruce de compensaciones, extremadamente complejo, al final del cual debería aparecer una distribución

8 JACQUES GHESTIN. *La formation du contrat. Traité de droit civil*, LGDJ, 3.^a ed., 1993, pp. 200 y ss.

9 Ibid., pp. 100 y ss.; FRANÇOIS TERRÉ, PHILIPPE SEMLER e YVES LEQUETTE. *Droit civil. Les obligations*, 6.^a ed., París, Dalloz, 1996, pp. 298 y ss., sobre la evolución del orden público conservador del siglo XIX, protector de los pilares de la sociedad tradicional, al orden público económico y social de dirección favorable a la economía o a la parte débil, propio del Estado intervencionista, y el orden público neo-liberal de regulación, protector del mercado. FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1.^a ed., 2002, p. 273, resalta que los deberes constitucionales del Estado, frente al respeto de la dignidad humana, el trabajo, el interés general, la dirección de la economía con miras al mejoramiento de la calidad de vida, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios de desarrollo y la preservación del ambiente sano, abarcan las dimensiones modernas y dinámicas del orden público político, público-económico, social, de protección y de dirección.

10 LAURENCE FIN-LANGER. *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002.

11 BECERRA. Ob. cit., p. 37.

objetivamente igual de riesgos que reflejara un equilibrio igualmente objetivo del contrato, lo que resulta contrario a la regulación del derecho positivo y a la lógica económica de la relación contractual.

Si atendemos el texto de la Ley 80, el principio del equilibrio contractual del artículo 27 no afirma una equivalencia objetiva inicial de las prestaciones de las partes, sino la preservación de “la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar”, lo que exige analizar el equilibrio que determinaron las partes. De no ser así, el precio de las propuestas no podría nunca ser factor de selección de los contratistas, por cuanto la remuneración debería ser siempre “objetivamente” equivalente a la prestación.

Esta lógica de libertad negocial también se aplica y se refuerza en relación con los riesgos del contrato bajo la Ley 1150/07, cuando prescribe que la tipificación, estimación y asignación de riesgos establecidos por la entidad en los pliegos de condiciones serán objeto de revisión por parte de los proponentes, con el fin de establecer su distribución definitiva (art. 4.º), lo que les permitirá formular los términos económicos de su propuesta que consideren, subjetivamente, razonables¹².

Por lo demás, la estructura de los procedimientos de selección de contratista estimula hoy decididamente el privilegio del precio como factor primordial de selección. ¿Cómo afirmar un equilibrio objetivo de prestaciones en la lógica de las subastas inversas? En igual sentido, el Decreto 2474/08 establece como condición económica de la oferta más favorable la “mayor asunción de riesgos previsibles identificados” en los pliegos (art. 12.3 b III), lo que también implica libertad en su formulación.

Normativamente, no existe entonces una determinación objetiva de los riesgos que las partes pueden asumir, ni de su específica distribución. En realidad, la gestión de los riesgos depende fundamentalmente de una dinámica económica. Las partes buscan un equilibrio entre los riesgos que asumen y los provechos que obtienen del contrato, pero la determinación concreta de unos y otros no es objetivamente determinable. En este sentido, es importante recordar el origen de la inclusión de los riesgos contractuales en nuestros contratos.

12 FRANCISCO AZUERO. “¿De quién son los riesgos en el contrato de concesión?”, sitio en Internet de la Universidad de los Andes, sección “Competencia y Regulación”, artículo del 23 de marzo de 2003: [www.compreg.uniandes.edu.co/opinion/opinion.php?id=761].

1. DEFINICIÓN DEL RIESGO Y DINÁMICA DEL MERCADO: VERDADERA LÓGICA DE LA DEFINICIÓN DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL INICIAL

La definición y asignación de riesgos en los contratos no es una técnica nueva en el mundo, aunque sí lo es entre nosotros. Por su origen anglosajón, no ha tenido en el pasado impacto en nuestra tradición jurídica continental, ni en la estructura del contrato administrativo de origen francés. A nivel internacional, la gestión de riesgos toma fuerza con el auge de los proyectos de inversión privada en infraestructuras públicas, a partir de los años ochenta, como respuesta a la lógica y las exigencias financieras. En estos montajes contractuales se remplaza la financiación pública de las obras por la intervención de un tercer actor: la institución financiera, que se adiciona a los tradicionales del contrato estatal: contratista y entidad contratante. La dinámica del contrato cambia así de manera sustancial.

En los proyectos de financiación privada, el dinero para su realización es aportado por la entidad financiera que acompaña al contratista, y la remuneración del proyecto no proviene mayoritariamente del presupuesto público, sino de la explotación de la infraestructura, cuya construcción y gestión se conceden. Por consiguiente, para la entidad financiera, los recursos generados por el proyecto constituyen, al mismo tiempo, la fuente del reembolso del dinero que presta para su financiación y la seguridad frente al riesgo del préstamo¹³. El proyecto es, a la vez, fuente de pago y garantía del mismo, por lo que su éxito es absolutamente vital para el banquero.

Esta caracterización del riesgo asumido por la entidad financiera, esta vez sí, riesgo empresarial, genera la necesidad de definir de manera integral todos los riesgos del proyecto, desde la perspectiva del banco, y tomar todas las medidas que permitan asegurar el efectivo reembolso de los dineros que presta para la financiación del proyecto. Junto a las prerrogativas públicas, como herramientas de la entidad contratante para asegurar el cumplimiento del contrato, resultan trascendentes los medios financieros que garanticen el éxito del mismo. Ello se logra mediante la identificación de los distintos eventos que pueden afectar el correcto funcionamiento del contrato y la provisión de los recursos para paliar los diferentes aleas, esto es, la identificación, tipificación, valoración y asignación de todos los riesgos posibles vinculados al proyecto.

13 *Les-principes de l'Equateur-, Un référentiel du secteur financier pour l'identification, l'évaluation et la gestion du risque social et environnemental en matière de financement de projet*, 2006 [www.equator-principles.com].

La dinámica de la gestión de riesgos está entonces orientada de manera determinante por la concepción de proyectos que ofrezcan suficiente seguridad a los inversionistas para asumir el riesgo de su financiación.

Entre nosotros, el origen de la política de gestión de riesgos confirma esta lógica financiera.

Las concesiones de primera generación de los años noventa concibieron una asunción importante de riesgos por parte del Estado, para atraer el capital privado a un negocio hasta entonces desconocido, lo que generó litigios e indemnizaciones muy importantes, cuando las condiciones reales de ejecución de los contratos fueron más graves de lo calculado, frente a los compromisos adquiridos contractualmente por la administración, en relación con el tráfico mínimo o compra mínima de energía. Además, estas concesiones también generaron problemas por la falta de liquidez suficientemente ágil para sufragar los compromisos derivados de la materialización de estos riesgos, lo que condujo a la creación del fondo de pasivos contingentes, mediante la Ley 448/98 y el Decreto 423/01.

En desarrollo de esta ley, los Conpes 3107 y 3133/01 enunciaron la política de gestión de riesgos, con el objetivo de estimar de manera técnica los pasivos contingentes derivados de los proyectos de inversión privada. La gestión de riesgos respondió así a preocupaciones financieras de gestión de pasivos del Estado derivados de la ejecución de contratos.

Nuestra experiencia posterior en la evolución de las distintas generaciones de concesiones confirmó que la asignación de riesgos no comporta unos parámetros definidos de manera objetiva. El equilibrio que se busca lograr en esta distribución de riesgos se fundamenta más en la experiencia y en las tensiones de los distintos intereses y poderes de las partes.

Las experiencias en el mundo indican que la búsqueda de equilibrios en la distribución de riesgos obedece a razones más económicas que jurídicas. Al respecto, el informe Grove¹⁴ expone la variedad de posibilidades de concepción. En el *common law* el contratista tiene todo el riesgo que no esté específicamente atribuido a la entidad contratante. Por el contrario, el Instituto Americano de Arquitectos atribuye los riesgos al contratante, cuando ninguna de las partes

14 El Informe Grove fue especialmente preparado a solicitud del Gobierno de Hong Kong (Special Administrative Region). Tuvo por origen revisar y comparar las cláusulas de los 12 principales contratos internacionales de construcción. El autor del informe, JESSE B. GROVE III, entrevistó actores esenciales de la industria de la construcción en Hong Kong y con sus 30 años de experiencia como abogado en el área recomendó en este informe cambios a los pliegos y condiciones generales de contratación de obras públicas. Ver informe en [www.constructionweblinks.com/Resources/Industry_Reports_Newsletters/Nov_6_2000/grove_report.htm].

puede controlarlos o evitar pérdidas. Existen además múltiples variables que determinan la distribución de riesgos, como el tipo de contrato, la modalidad de pago, el lugar y tiempo en que se ejecutan. El informe concluye que el objetivo esencial de la óptima asignación de riesgos es promover la ejecución de los proyectos a tiempo y dentro del presupuesto estimado, sin sacrificar la calidad. Pero las soluciones concretas son variadas y no sirve de mucho afirmar que debe haber un *equilibrio de los riesgos* o *eficiencia en la asignación de los riesgos*, ya que nunca habrá unanimidad frente a lo que es un justo y razonable equilibrio entre contratista y contratante.

La Guía legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre proyectos de infraestructura con financiación privada 2000 resalta la importancia de la libertad contractual y la relatividad de los criterios de asignación, así:

[...] 21. De lo anterior se desprende que las partes deberán tener en cuenta una amplia gama de factores al decidir cómo se han de asignar los riesgos del proyecto. Por esta razón, no suele ser aconsejable limitar legalmente el margen de negociación de las partes para buscar de común acuerdo una distribución equilibrada de los riesgos del proyecto conforme a las necesidades particulares de cada proyecto. No obstante, puede ser útil que el poder público imparta cierta orientación general al personal encargado de actuar en nombre de las autoridades contratantes locales, formulando, por ejemplo, ciertos principios orientadores para la asignación de los riesgos.

El riesgo contractual es entonces fruto de la libertad contractual cuyo límite más significativo es la dinámica del mercado. La necesidad de asegurar el éxito de los proyectos incita a tratar con amplitud la definición y distribución de riesgos, así como la determinación de los medios necesarios para asegurar el éxito del montaje contractual. El equilibrio final es el resultado de las tensiones de intereses distintos entre el contratista y la administración, sin que pueda definirse un punto objetivamente “justo”. El interés en la realización efectiva de proyectos hace que las administraciones deban ceder en las ventajas otorgadas a los contratistas y, cuando hay intervención del financiamiento privado, la atención se concentra en las garantías otorgadas al proveedor de fondos del proyecto.

En esta lógica, la definición del equilibrio de riesgos es más práctica que jurídica. Un contrato que contemple riesgos excesivos para el contratista no tendrá proponentes. De ello tenemos el ejemplo reciente de la primera licitación del túnel de La Línea, declarada desierta por falta de proponentes, ante la incierta definición de riesgos. Además, un contrato suscrito con riesgos excesivos para el contratista, más que ilícito, será un negocio que, seguramente, generará grandes problemas en su ejecución, lo que no conviene a ninguna de las partes.

2. EQUILIBRIO A FAVOR DEL ESTADO: PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO

Por otra parte, cabe plantearse el problema del desequilibrio inicial contra la administración contratante. Quienes plantean la conmutatividad objetiva del contrato siempre tienen en cuenta la remuneración *justa* del contratista, en consideración de su *sacrificio y subordinación*, por ser colaboradores del Estado. Sin embargo, la dinámica financiera descrita, así como la práctica, indican que en los grandes proyectos la posición fuerte en la determinación de las condiciones de contratación con frecuencia no la tiene el Estado.

¿No sería consecuente concluir, en este caso sí, sobre la posible ilicitud de los convenios desequilibrados contra la administración? La libertad contractual tiene restricciones significativas en relación con las entidades estatales contratantes. Sin llegar a la afirmación del equilibrio *objetivamente justo* para la administración, ella está limitada frente a la definición del contrato y su equilibrio inicial.

Desde el punto de vista de la responsabilidad personal de los funcionarios (disciplinaria, fiscal y penal), un contrato desequilibrado para la administración en el que se consagren riesgos excesivos para la entidad contratante podría dar lugar a sanciones. Pero estos reproches por una *mala gestión* pública generan responsabilidades personales, que no contaminan automáticamente el contrato suscrito entre la administración y el contratista. No obstante, el derecho positivo consagra mecanismos de protección del gasto público que conllevan límites a la flexibilidad en la determinación del equilibrio contractual inicial. Uno de ellos es el SICE, que aunque no constituye un mecanismo de fijación de precios de los bienes y servicios adquiridos por las entidades públicas, constituye un parámetro de referencia para la determinación del valor de los contratos, cuyo fin primordial es proteger a la administración.

A nivel procesal, la amplitud e importancia que han venido adquiriendo los derechos colectivos a la moralidad y al patrimonio públicos auspicia la revisión del equilibrio objetivo del contrato, en protección de la entidad contratante. En igual sentido, las irregularidades presentes en muchas conciliaciones administrativas han reforzado la misión del juez administrativo en la evaluación de la justificación “objetiva” de los acuerdos conciliatorios.

Estos mecanismos jurídicos muestran la existencia de herramientas de control sobre la protección de la administración en la definición del equilibrio contractual inicial. Ello no significa que pueda impugnarse un contrato por cualquier desequilibrio inicial de la transacción en contra de la administración. El contrato, aun estatal, sigue siendo la traducción jurídica de una transacción

económica. Pero las sanciones a los negocios abiertamente lesivos del patrimonio público ilustran restricciones del orden público administrativo, que no existen en el derecho privado. Se abre así un interrogante sobre la materialización de causales de nulidad por lesión al patrimonio público, por contrariar abiertamente principios y reglas de la gestión pública¹⁵ por vulnerar el derecho constitucional colectivo al patrimonio público (CP, art. 88).

II. DIFICULTADES PRÁCTICAS

Definidas conceptualmente la especificidad del riesgo contractual y la amplitud de la autonomía en la identificación y atribución de riesgos entre las partes, resulta necesario analizar la concreción específica de la noción en el contrato. La aplicación práctica de los riesgos contractuales pone de presente dificultades técnicas muy significativas, vinculadas a problemas jurídicos de fondo.

A. DIFICULTADES TÉCNICAS

El Conpes 3107/01, que establece los lineamientos de política general sobre el manejo de los riesgos contractuales, los define 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.

Aun 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.

Esta presentación general se concentra en la fórmula enunciada por el mismo Conpes, que se repite hoy como un dogma:

¹⁵ Podría ser una interpretación de la causal 2.ª de nulidad de los contratos estatales (contrato suscrito contra expresa prohibición legal o constitucional) L-80/93, art. 44.

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.

La Ley 1150/07 reproduce esta concepción cuando establece que los pliegos “deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación” (art. 4.º).

A pesar de la lógica del razonamiento, la gestión concreta de los riesgos, siguiendo los pasos prescritos en la ley, tiene dificultades técnicas mayores.

1. TIPIFICACIÓN

El primer paso lógico por seguir es la identificación específica de los riesgos¹⁶. El enunciado de la ley indica un grado de detalle importante del riesgo identificado (tipificación), pero habitualmente la “tipificación” se restringe a una clasificación genérica, enunciada por el mismo Conpes 3107/01: Los riesgos pueden ser:

- comerciales
- de construcción
- geológicos
- de operación
- financieros
- cambiarios
- regulatorios
- de fuerza mayor
- por adquisición de predios
- ambientales
- soberanos o políticos

La primera dificultad técnica es desagregar estas categorías genéricas. Si el propósito de la gestión de los riesgos es identificar los eventos sorpresivos que encarezcan o dificulten las prestaciones, es necesario establecer un mayor grado de definición. El riesgo comercial de un proyecto, por ejemplo, tiene muchas manifestaciones, cuyas especificidades no permiten tomarlo globalmente.

16 El texto de la Ley 1150/07 transcrito enuncia en primer lugar la estimación del riesgo, lo que evidentemente no se podrá hacer sino luego de haberlo identificado a través de su tipificación. Este error gramatical del legislador es un reflejo de la inconsciencia de las implicaciones técnicas y prácticas de la fórmula establecida.

El riesgo por la explotación de una infraestructura entregada en concesión constituye un riesgo comercial, por la incertidumbre sobre los ingresos que generará. Pero estos ingresos pueden verse afectados por múltiples factores (intermediarios, valor de suministros, condiciones laborales del personal, baja sensible de usuarios, etc.) que no tienen la misma probabilidad de aparición ni el mismo impacto sobre el proyecto. En el mismo sentido, los riesgos constructivos no son homogéneos. Ellos dependen del tipo de obra por realizar. No tiene los mismos riesgos la construcción de un túnel, que la de una carretera. El riesgo de una obra nueva no es el mismo riesgo que comporta una rehabilitación. Y, en todo caso, los proyectos vinculan normalmente variadas actividades (excavación, extracción de material, cimentación, pavimentación...), que generan riesgos que tampoco tienen el mismo alcance.

Podría pensarse, entonces, en establecer un promedio general de probabilidades de ocurrencia de las distintas especies de riesgo comprendidas en cada categoría, así como de su impacto, pero esta generalización desvirtúa el propósito de identificación concreta de los riesgos y de sus implicaciones. En últimas, esto corresponde a la técnica tradicional, aplicada de manera aún más general, al asignar un porcentaje de imprevistos a los cálculos del valor de la obra global o de los precios unitarios.

En el otro extremo, ¿hasta dónde es necesario descender en el nivel de detalle y caracterización de los riesgos para hacer del mecanismo un instrumento suficientemente fiable?¹⁷

Una segunda dificultad técnica es la caracterización de las distintas categorías de riesgos. Los documentos Conpes y los pliegos describen someramente los componentes de las categorías de riesgos, a manera de ejemplos no exhaustivos, lo que deja un margen de incertidumbre sobre el alcance mismo de la categoría. Pero, además, las manifestaciones de las distintas contingencias suelen no pertenecer de manera nítida y exclusiva a una sola categoría de riesgos.

El Conpes 3107/01 describe el riesgo comercial como la posibilidad de que los ingresos operativos de una concesión sean menores de los esperados, riesgo distinto del de operación, que se refiere a problemas en el desempeño de la operación y el mantenimiento, o sus costos, así como a la posible interrupción

17 RODRÍGUEZ. Ob. cit.: “Los riesgos se pueden identificar y describir en varios niveles, y puede haber una diferencia considerable entre proyectos u organizaciones distintas. Algunos proyectos identifican sólo un número pequeño de riesgos de alto nivel mientras que otros tienen centenares o hasta miles de riesgos detallados. Una descripción de riesgo generalizada o de alto nivel puede crear dificultades en desarrollar respuestas y apropiamiento [sic], mientras que el describir riesgos con todos los detalles puede generar mucho trabajo” (p. 5).

de la primera. Pero, en realidad, unos y otros están íntimamente relacionados y las mismas contingencias pueden calificarse de riesgo operativo y de riesgo comercial. La interrupción en la prestación del servicio, por ejemplo, comporta un riesgo operativo, por cuanto afecta el funcionamiento del servicio, pero a la vez un riesgo comercial, por cuanto impide la utilización de la infraestructura por los usuarios y, por consiguiente, disminuye los ingresos del concesionario.

Los riesgos comerciales son claramente distintos de los riesgos regulatorios. Y, sin embargo, la menor demanda del servicio (riesgo comercial) puede originarse en la variación de una reglamentación que afecta a los usuarios al aumentar el costo directo del servicio.

Los riesgos geológicos son difícilmente escindibles de los riesgos constructivos. Las cantidades de obra o el plazo para la ejecución de las obras son calificados como riesgos constructivos. Pero la materialización de los riesgos geológicos (un derrumbe, por ejemplo) puede generar la necesidad de aumentar las cantidades de obra o de prorrogar el plazo del contrato.

En tercer lugar, la identificación del riesgo no sólo exige su caracterización, sino también la identificación de la anormalidad del riesgo. Los riesgos tienen tal carácter porque exceden las condiciones normales de ejecución del contrato. La afluencia de usuarios de un servicio es un alea de la actividad, en términos absolutos, a partir del primer usuario, por cuanto no existe certeza sobre la realidad. Pero nadie admitiría que el riesgo comercial regulable en los riesgos contractuales existe ante toda *contingencia*. El contrato, como regulación de relaciones que se extienden en el tiempo, es por naturaleza integralmente *contingente*, en este sentido. Es necesario, entonces, establecer un parámetro de normalidad de las distintas contingencias, para poder identificar el punto a partir del cual un riesgo determinado se considera regulable en el contrato.

Toda actividad está sujeta a múltiples variables económicas, tanto del mercado como de la regulación, por lo que no podrá considerarse riesgo tipificado cualquier fluctuación del mercado, cambio normativo o regulatorio, ni cualquier alteración de condiciones geológicas o de seguridad.

La determinación concreta de la frontera deberá entonces formar parte de la tipificación del riesgo. De lo contrario, el riesgo permanecerá indefinido, lo que además tendrá consecuencias sobre su valoración, como lo veremos enseguida.

2. VALORACIÓN

Varias de las dificultades en la valoración concreta de los distintos riesgos están relacionadas con las descritas en su tipificación.

No es posible establecer una valoración de un riesgo a partir de su descripción genérica. Los inconvenientes señalados anteriormente frente a los riesgos genéricos se refuerzan en el momento de analizar su valoración, por cuanto ellos imponen establecer un valor intuitivo, por no decir arbitrario, ante la imposibilidad de evaluar concretamente las distintas manifestaciones del género. El Decreto 2472/08 prescribe en su artículo 88 que el riesgo no sólo debe ser identificable, sino también cuantificable por un experto, lo que se opone a la descripción genérica del riesgo.

Por otra parte, la valoración del riesgo debe calcularse sólo a partir de la condición de anormalidad de la incertidumbre, en la medida en que, como hemos visto, los riesgos normales están incluidos en las condiciones igualmente normales de ejecución del contrato. Por consiguiente, si la valoración del riesgo aporta algo adicional a la valoración de la prestación, ha de partir de un piso de normalidad. Sin embargo, la norma mencionada sugiere una concepción reduccionista, por cuanto restringe la previsibilidad del riesgo regulable al que sea identificado y cuantificado por un profesional de la actividad *en condiciones normales*, lo que excluiría la distribución de todo riesgo *anormal* del contrato, concepción que parece contraria a la dinámica de asignación de riesgos expuesta.

En un sentido útil para la institución, del texto puede entenderse que la previsibilidad del riesgo exige una identificación y una valoración técnicamente objetivas, *normales*. El riesgo es así *normal* cuando *el profesional de la actividad* puede establecer técnicamente las consecuencias de un evento, independientemente de la gravedad que estas tengan, en relación con lo que usualmente ocurre, aunque, claro está, la determinación de esta *normalidad* deja la incertidumbre científica sobre la objetividad de la operación.

En fin, la valoración del riesgo plantea también el problema de su límite. Las consecuencias de la materialización de un riesgo pueden tener una infinidad de variantes en su naturaleza y amplitud. ¿Cómo prever el valor de las consecuencias posibles? La valoración técnica de este aspecto obliga la intervención de especialistas, así como la disponibilidad de información estadística fiable y suficientemente antigua para poder establecer tendencias. En este complejo campo, la experiencia de las aseguradoras es importante, pero deberá ser complementada con la especificidad de cada contrato.

3. ASIGNACIÓN

La doctrina de los riesgos recogida por el Conpes 3107/01 enuncia que

los principios básicos de asignación de riesgos parten del concepto que estos deben ser asumidos: 1) por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y

administrarlos; y/o ii) por la parte que disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o de diversificación. Con ello se asegura que la parte con mayor capacidad de reducir los riesgos y costos, tenga incentivos adecuados para hacerlo.

Esta técnica ha sido importante para la razonable distribución de los riesgos a la parte que tiene mayor capacidad técnica para limitar su aparición, como ocurre con la negociación y adquisición de predios necesarios en las concesiones, tareas en las que el contratista se encuentra en mejores condiciones para minimizar los riesgos. Pero la asignación plantea dificultades de distinto orden.

La primera se refiere al difícil problema de distinción entre lo que es el riesgo mismo y el contenido de la obligación. Es un problema jurídico del que nos ocuparemos más adelante, presente en el caso citado de la gestión de riesgos de negociación y adquisición de predios, actividad en la que resulta difícil establecer los aspectos relacionados con las obligaciones de medio y aquellos que escapan a las partes.

La segunda se relaciona con la interdependencia de los riesgos y de las obligaciones. La especialización técnica del contratista hace que los riesgos constructivos le sean asignados sistemáticamente, en la medida en que tiene *mejor disposición* para *evaluar* las dificultades técnicas y para *controlar y administrar* las dificultades de este tipo que afecten la ejecución del contrato. Además, su condición técnica también le ofrece mejores *instrumentos* para reducir el alcance de las consecuencias de la concreción de riesgos constructivos. No obstante, si el contratista no realizó los diseños de la obra, ni los estudios previos, lo que siempre ocurre en mayor o menor medida, carecerá de bases esenciales para poder *evaluar* el alcance real de los riesgos constructivos y, por consiguiente, se verá también limitado para poder asumir el control de sus consecuencias.

El documento Conpes, al igual que todos los especialistas, insiste en la importancia de contar con una información clara, fiable y disponible, base esencial para poder mitigar y controlar el riesgo. Pero, en realidad, la disponibilidad y fiabilidad de la información constituye en sí misma un riesgo, cuya gestión es previa al contrato, porque se refiere a su estructuración. En este caso, entonces, no estamos frente a un riesgo entre las partes, sino frente a un riesgo del proyecto mismo. Y en la medida en que la información relacionada con la concepción del proyecto corresponda a la entidad que lo estructura, ella estaría incurriendo en culpa por el incumplimiento de sus obligaciones de planificación. La problemática se ubicaría entonces en el plano de la responsabilidad y no en el de los riesgos contractuales.

Varios ejemplos traídos por el documento Conpes ponen de presente este género de situaciones. Así, la mitigación del riesgo constructivo en proyectos

complejos “exige el cumplimiento al ejecutor del proyecto de requisitos de experiencia en diseño, construcción, y de puesta en marcha acordes con las características técnicas del proyecto”. Pero, en realidad, estas condiciones no constituyen una modalidad por la que el *constructor contratista* mitiga el riesgo a él atribuido. Es la entidad la que, en desarrollo de la gestión del *riesgo empresarial* de la estructuración del proyecto, debe fijar condiciones de experiencia de los proponentes que le permitan escoger un contratista calificado¹⁸.

La tercera modalidad de dificultades se relaciona con el hecho de que la asignación del riesgo también plantea un problema de justificación. El criterio de la asignación es muy significativo para analizar los riesgos que pueden tener un mejor tratamiento por parte del contratista, en atención a sus condiciones técnicas y comerciales. De hecho, ello justifica en muchos casos acudir a los modelos concesionales¹⁹. Sin embargo, la técnica es menos útil cuando el origen del riesgo es por completo ajeno a las partes, como sucede con los casos de fuerza mayor, algunos riesgos normativos, regulatorios o de orden público, ante los cuales ninguna de aquéllas tiene mejor disposición para evaluarlos ni para controlarlos. ¿Cuál será la mejor disposición del contratista para asumir los riesgos de fuerza mayor, que se le suelen atribuir? ¿Por qué estará mejor dispuesto que la entidad frente a los riesgos cambiarios o regulatorios? ¿Cuál será la mejor disposición de un municipio contratante frente a las modificaciones legislativas impuestas por el Congreso?

Las dificultades técnicas en las bases de identificación y asignación de riesgos ponen de presente la complejidad de la tarea. Pese a la importancia del mecanismo de restricción de la imprevisión, su funcionamiento está lejos de ser un dispositivo que simplifica el proceso de contratación. Bien por el contrario, el manejo adecuado de la técnica exige un conocimiento específico de la actividad objeto de la contratación, lo que involucra variadas disciplinas, dependiendo de la complejidad del proyecto. Además, la identificación de la importancia del riesgo, el umbral de anormalidad, así como la probabilidad de su ocurrencia y las implicaciones de su materialización exigen una labor estadística e histórica de la ejecución de contratos similares, so pena de enunciar categorías, tipos, delimitaciones y valoración de riesgos por completo artificiales.

¹⁸ En igual sentido, el documento identifica como formas de mitigación de los riesgos de operación y financiero, también atribuidos al contratista, el “exigir el cumplimiento de requisitos de experiencia en operación y capacidad técnica”, y la “obtención de financiación de acuerdo con los requerimientos de endeudamiento para el proyecto”.

¹⁹ AZUERO. Ob. cit.

B. DIFICULTADES JURÍDICAS

Al desarrollar la noción del riesgo contractual hemos advertido la necesidad de restringirla y delimitarla en relación con otros tipos de riesgos, en particular con los de empresa. Resaltamos igualmente la distinción entre el riesgo contractual y las obligaciones contractuales. Y a lo largo de la enunciación de las dificultades técnicas, que es necesario superar para poder concretar en la práctica la identificación de los riesgos contractuales, se han puesto de presente múltiples puntos de frontera delicados. Todas estas particularidades reflejan dificultades jurídicas de la aplicación del riesgo contractual, cuyo análisis resulta esencial. Muchas de ellas surgen de la construcción de la técnica de los riesgos contractuales en el sistema jurídico angloamericano, anclado fuertemente en la experiencia, más que en la abstracción de nociones generales y principios propia del derecho continental a la base de nuestro derecho. Entender estas dificultades se hace necesario para resolver los problemas de aplicación de los riesgos frente al principio que tradicionalmente ha regido las situaciones inesperadas en nuestros contratos públicos, esto es, el equilibrio financiero del contrato.

I. SISTEMAS JURÍDICOS DIFERENTES

La técnica de los riesgos contractuales surge del *common law*. El espíritu práctico que caracteriza la cultura anglosajona privilegia el análisis específico de la variedad de casos de conflicto, mientras que el espíritu abstracto y conceptual de la tradición romano-germánica se apoya en la definición de conceptos jurídicos que permitan solucionar los casos prácticos. El primero privilegia la jurisprudencia; el segundo, la ley. De ahí que “la vida del *common law* no ha sido lógica, sino que ha sido experimental”²⁰.

Las dificultades prácticas reseñadas tienen soluciones distintas en los dos sistemas jurídicos. Sin entrar en la polémica actual sobre las ventajas del sistema del *common law* sobre el derecho continental²¹, no podemos ignorar que nuestro derecho positivo se fundamenta en el segundo, lo que resulta especial-

20 Célebre frase del juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos OLIVER WENDELL HOLMES, en su libro *The Common Law* (1881). Versión electrónica de 2000 en [www.gutenberg.org].

21 Polémica iniciada por los reportes del Banco Mundial (*Understanding regulation* 2004 y *Removing obstacles to grow* 2005) que critican enérgicamente el derecho continental, en particular el francés, afirmando que el *common law* es menos complejo, más ágil y favorable a empresarios e inversionistas. La crítica tuvo respuestas en 2004 y 2005 por parte de la Association Henri Capitant. *Les droits de tradition civiliste en question*, París, Société de Législation Comparée, 2006.

mente importante en el campo de las obligaciones y en el de las instituciones del contrato estatal.

Por otra parte, resaltamos el origen de la política de riesgos en los proyectos de financiación privada de infraestructuras y la concepción específica de riesgos orientada por los intereses de los organismos de financiación. En este sentido, no podemos olvidar que los Conpes 3107 y 3133/01 surgieron de los problemas de los proyectos de concesión, por lo que definieron la “Política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura”, como lo dice su título. Más aún: la política estuvo orientada principalmente por la gestión de los riesgos “del Estado”. En este sentido, también es importante recordar que el mencionado Conpes 3107/01 fue el producto de la reglamentación de la Ley 448/01 sobre los pasivos contingentes, que, sabemos, respondió a las dificultades surgidas de los desequilibrios contractuales de las primeras concesiones. El Decreto 423/01 atribuyó al Conpes el “diseño de la política de riesgo contractual *del Estado*” (art. 16) y la recomendación “de directrices que deben seguir las entidades al estructurar proyectos, con participación de capital privado en infraestructura y, de manera específica, en lo concerniente a los riesgos *que puedan asumir concretamente como obligaciones contingentes*” (art. 17).

En este contexto, la política de riesgos surge de la necesidad de calcular de manera anticipada los pasivos contingentes de las entidades públicas que puedan afectar la ejecución de las concesiones, en la medida en que muchos de los litigios de éstas se originaron en fallas de liquidez para sufragar los compromisos adquiridos por las garantías de ingresos mínimos pactadas a favor de los concesionarios. El cálculo de estas contingencias obligaba a desarrollar técnicas para su evaluación anticipada, lo que llevó a la definición de los riesgos contractuales en los proyectos de participación privada en infraestructura en los específicos sectores de transporte, energía, comunicaciones y agua potable y saneamiento básico.

La política de riesgos fue así construida para los proyectos de concesión y otras formas de participación del capital privado, en los que sabemos que la concepción de riesgos de los organismos de financiación es determinante.

Estos antecedentes permiten entender que varias de las definiciones de riesgos se refieren a la gestión del proyecto, más que a las contingencias que pertenecen a cada una de las partes. En este sentido, es pertinente la Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, porque pone de presente esta particular concepción de los riesgos.

8. Tal como se utiliza en el presente capítulo, la noción de “*riesgos del proyecto*” está referida a aquellas circunstancias que, al entender de las partes, pudieran tener un efecto negativo sobre el beneficio que prevén obtener del proyecto. Aun cuando puedan producirse hechos que supongan un grave riesgo para la mayoría de las partes (por ejemplo, la destrucción física de la infraestructura por un desastre natural), los riesgos de cada una de las partes variarán según cuál sea su función en el proyecto (p. 43) [cursiva añadida].

En este aspecto esencial también debe tenerse en cuenta que, para el banquero, la seguridad del proyecto tan sólo se sostiene con el proyecto mismo, por lo que resulta esencial preservar la viabilidad del proyecto y asegurar su correcto funcionamiento. No es suficiente la garantía para recuperar los fondos. La disfunción en la ejecución del contrato es catastrófica. Entre nosotros, puede citarse el ejemplo de los dispositivos previstos para las garantías de tráfico mínimo en las concesiones viales de primera generación. Los contratos previeron un análisis anual de los ingresos para verificar los ingresos por el tráfico mínimo pactado y un pago compensatorio posterior en caso de ser inferior al contractual. La información tardía y los trámites presupuestales necesarios para sufragar las compensaciones afectaron gravemente el flujo de caja de las concesiones, falla del dispositivo que produjo consecuencias gravísimas en el funcionamiento y sus costos.

En estas condiciones, se advierte que aplicar de manera generalizada esta concepción de los *riesgos del proyecto* a todo contrato, aunque no tenga financiación privada, como lo hace la Ley 1150/07 (art. 4.º), no sólo es ajeno a la concepción que inspiró la política de riesgos sino que además hace innecesariamente compleja la estructuración en muchos contratos al aplicar conjuntamente técnicas jurídicas distantes..

El régimen anglosajón fundado en la experiencia práctica exige un dominio importante de ésta, lo que se ve reflejado en las exigencias técnicas reseñadas, como requisito para la correcta construcción de proyectos. La redacción concreta de cada contrato es mucho más exigente, por cuanto su régimen jurídico tiende a concentrarse en el texto mismo del contrato particular, a diferencia del derecho continental, en el que se aplican principios generales y reglas conceptuales consignados en los textos legales, que suplen la voluntad no expresada de las partes, orientan la interpretación general de las cláusulas y consagran reglas de solución de conflictos.

Mezclar los dos regímenes trae como consecuencia exigencias distintas y, en ocasiones, contradictorias. En la lógica de los riesgos es necesario prever todos los hechos que puedan generar cambios en las condiciones tenidas en cuenta para la estructuración del contrato, así como las soluciones concretas cuando se

presenten, mientras que en la lógica continental muchos de estos aspectos están regulados, no por las partes, sino por el régimen de las obligaciones y, en el caso de la contratación estatal, por la institución del equilibrio financiero del contrato.

Varios ejemplos permiten apreciar de manera concreta estas distinciones.

a. DE NUEVO, LOS RIESGOS CONTRACTUALES SON DISTINTOS DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Como lo hemos señalado, el incumplimiento de las obligaciones puede considerarse genéricamente como un riesgo, en la medida en que es incierto, pero no en sentido estricto, a la luz de nuestro sistema jurídico. El título XII del libro IV de nuestro código civil establece el efecto de las obligaciones, comenzando por el efecto vinculante de los contratos (art. 1602), y definiendo que los contratos deben ejecutarse de buena fe, principio que genera la regla de integración a las obligaciones expresamente consignadas en las cláusulas, de aquello que emana de la naturaleza de la obligación, así como de todo lo que las leyes consideran integrado a las obligaciones pactadas (art. 1603²²). Por consiguiente, la identificación concreta de las obligaciones de cada parte del contrato no solo está dada por las reglas de interpretación de los contratos, establecidas por el mismo código civil (tít. XIII, arts. 1618 y ss.), sino también por los principios y reglas que integran la caracterización de las obligaciones y sus modalidades.

Así, es evidente que, bajo la estructura continental del derecho de obligaciones, muchos de los riesgos identificados por las doctrinas angloamericanas forman parte, en realidad, de las obligaciones de una de las partes.

La Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada define como riesgo del contratista, por ejemplo, el cumplimiento de niveles de rendimiento del equipo que se compromete a suministrar:

Si la empresa concesionaria o sociedad del proyecto está obligada a entregar la infraestructura a la autoridad contratante con ciertos elementos de su equipo en estado de funcionamiento, la sociedad del proyecto está asumiendo el riesgo de que el equipo eventualmente entregado no alcance los niveles de rendimiento acordados. De materializarse ese riesgo, cabe prever que la sociedad del proyecto: haya de responder por el incumplimiento de una obligación contractual dimanante del acuerdo de proyecto o de la legislación aplicable (por ejemplo, el deber de indemnizar a la autoridad contratante por toda demora en la puesta en marcha de la infraestructura); por ciertas

22 C. C. art. 1603. “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.”

pérdidas financieras (por ejemplo, la pérdida de ingresos imputable a la demora en la puesta en marcha de la infraestructura); o por ciertos gastos adicionales (por ejemplo, de reparación o sustitución del equipo defectuoso) (p. 43).

Como puede verse de esta presentación, en realidad no se trata de un riesgo del contratista (aunque sí del proyecto), sino de la definición del alcance de la obligación de resultado por él asumida; en efecto, el contratista no sólo se obliga a una entrega simple, sino a la obtención de unos resultados específicamente definidos.

En el mismo sentido, las estructuraciones de riesgos suelen confundir modalidades de las obligaciones con riesgos de las partes, como ocurre cuando se toma en cuenta el hecho de que el constructor se salga del presupuesto del proyecto o retarde la entrega de la obra por errores a él imputables, o la falta de idoneidad o las deficiencias de calidad en los equipos entregados, los materiales defectuosos, la mano de obra no calificada, así como la pertinencia o la calidad de los estudios suministrados por la entidad contratante, el incumplimiento en el pago o los errores en los diseños.

De igual manera, el análisis de los factores de mitigación del riesgo, para poder identificar cuál de las partes tiene mejor capacidad de asumirlo, incluye en realidad el cumplimiento de obligaciones de las partes antes o durante la ejecución del contrato. Hemos ya resaltado, por ejemplo, cómo la exigencia de garantías de experiencia técnica del contratista no le permite a éste mitigar el riesgo operativo, sino que se trata de un riesgo *de la entidad*, durante la estructuración del proyecto, consistente en que el seleccionar un mal contratista podrá traducirse luego en el incumplimiento de este último. Es entonces un riesgo previo al contrato, un *riesgo de empresa* en su estructuración que, además, proviene del incumplimiento de la obligación de planeación de la entidad.

En otros ejemplos, los análisis ponen de presente la confusión de la gestión de riesgos del contratista con el alcance de sus obligaciones de medio, que le imponen cargas de diligencia, o responsabilidades indirectas por el hecho de sus agentes o proveedores. Así, la Guía CNUDMI explica que

10. La parte que haya de asumir determinado riesgo podrá adoptar medidas preventivas para limitar la probabilidad de ese riesgo, así como medidas para ampararse, total o parcialmente, contra sus consecuencias. Se acostumbra a designarlas como medidas de “atenuación del riesgo”. En el anterior ejemplo, la sociedad del proyecto tal vez examine cuidadosamente la fiabilidad de los proveedores del equipo y de la tecnología propuesta, o tal vez exija de sus proveedores una garantía independiente del funcionamiento de su equipo. Tal vez se obligue al proveedor a pagar una pena

contractual o una suma convenida a la sociedad del proyecto por las consecuencias de toda deficiencia de su equipo.

b. CONSECUENCIAS DIFERENTES DE LA MATERIALIZACIÓN DE RIESGOS Y DEL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

La calificación de riesgos dada a las obligaciones de las partes no tiene por solos efectos crear confusión conceptual. Hemos ya expuesto cómo dicha calificación implica establecer consecuencias de riesgo a cada uno de los posibles incumplimientos, lo que auspicia contradicciones con la interpretación del alcance de las cláusulas contractuales²³. Pero, además, el incumplimiento de las obligaciones tiene efectos distintos de la ocurrencia de un riesgo contractual. Mientras el incumplimiento de una obligación genera la obligación de reparar todo el daño previsible (daño emergente y lucro cesante y, eventualmente, daños inmateriales) causado a la otra parte, como lo recordamos en la primera parte de este estudio, siguiendo las reglas del código civil (arts. 1613 y ss.), el riesgo contractual constituye una carga para quien lo asume. Su materialización implica para ella soportar sus efectos, pero ello no le impone indemnizaciones complementarias a la otra parte.

La Guía CNUDMI de 1978 sobre la construcción de instalaciones industriales expone, de manera ilustrativa, las consecuencias distintas de asumir el riesgo de la pérdida o daños de los equipos suministrados, frente a la responsabilidad por haberlos causado.

4. El hecho fortuito o el acto del tercero que provoque la pérdida o el daño en las instalaciones también puede impedir que una de las partes cumpla sus obligaciones contractuales. Por ejemplo, si las instalaciones resultan dañadas por una tormenta durante un período en el que el riesgo de los hechos fortuitos se imputa al contratista, éste podría verse imposibilitado de terminar a tiempo la construcción. Se debe distinguir la cuestión de si la parte que ha incumplido sus obligaciones contractuales debe indemnizar a la otra por el perjuicio económico que sufra a raíz del incumplimiento, de la cuestión relativa a quién ha de asumir el riesgo de pérdidas o daños causados por hechos fortuitos o actos de terceros. Incluso si la persona que ha asumido el riesgo debe subsanar la pérdida o el daño que cubre ese riesgo, puede que no esté obligada a resarcir los daños y perjuicios resultantes de su incumplimiento causados por esa pérdida o ese daño, si el hecho fortuito o el acto del tercero constituía un impedimento exonerante (véase el capítulo XX, “Daños y perjuicios”, párrafo 3, y el capítulo XXI,

23 En este sentido, BECERRA (ob. cit., pp. 61 y ss.) describe una larga lista de riesgos inherentes en realidad a las prestaciones de las partes, reguladas por las cláusulas contractuales.

“Cláusulas de exoneración”, párrafos 9 a 26). En el ejemplo indicado, el contratista podría estar obligado a reparar el daño en las instalaciones causado por la tormenta, pero no tendría que indemnizar al adquirente por el perjuicio económico resultante de su incumplimiento si la tormenta constituye un impedimento exonerante conforme a la cláusula de exoneración contenida en el contrato. (p. 168)

No obstante la específica y esencial distinción entre incumplimientos y riesgos contractuales y sus respectivas consecuencias, su aplicación práctica puede comportar enormes dificultades. Las obligaciones de medio integran a las prestaciones debidas comportamientos cuyos parámetros de exigencia se aprecian frente a estándares particulares. La pericia exigida en un estudio de mercadeo exige apreciar ciertas condiciones profesionales cuyo grado de exigencia dependerá de muchos factores (determinación de la obligación en el contrato, dificultad del objeto contractual, grado de profesionalidad del contratista, etc.). Pero el análisis del contenido específico del alcance de la prestación involucra *riesgos inherentes a la actividad*, que se imputan al deudor de la obligación. Y en cuanto a las obligaciones de resultado, ellas restringen la importancia del comportamiento específico del deudor, por cuanto lo que cuenta es que cumpla con el resultado ofrecido. La obligación tiende a ser objetiva, con lo que absorbe mayores circunstancias de *riesgo*²⁴.

El maestro FERNANDO HINESTROSA sintetiza las dos situaciones con estos expresivos ejemplos:

El trabajador se compromete a aportar su habilidad, su experiencia, su ciencia, pero no garantiza el resultado de su energía, el artífice se compromete a realizar una obra y asegura su ejecución como resultado en sí²⁵.

La frontera entre el alcance de la obligación y la imprevisibilidad es con frecuencia muy difícil de establecer. Que una situación *imprevista* en el contrato esté *integrada jurídicamente* a la prestación a que se obliga el deudor o que sea una circunstancia *jurídicamente ajena* a ella es una calificación difícil que obliga el análisis concreto de cada caso, desde el punto de vista tanto técnico como jurídico.

24 “En otras ocasiones, el deudor se compromete a obtener el resultado prevenido a favor del acreedor: la transferencia del dominio o la constitución del derecho real, el mantenimiento de la situación actual, el *opus* convenido. Aquí, a diferencia de lo que sucede en las obligaciones indeterminadas, en las que ‘la diligencia constituye el sólo objeto de la obligación’, el deudor responde por el resultado, y su responsabilidad va hasta el evento extraño (*casus*). Ejemplo apropiado sería el contrato de construcción de una fábrica ‘llave en mano’, figura mediante la cual el dueño se asegura la entrega de la obra terminada, lista para entrar en funcionamiento” (HINESTROSA. Ob. cit., p. 243).

25 Ibid., p. 244.

En esta labor, cuya dificultad resulta cercana a la de definir la fuerza mayor como eximente de responsabilidad, el carácter práctico del *common law* resalta la importancia de un contrato que refleje correctamente la precisión de las obligaciones. Sin embargo, la imposibilidad concreta de preverlo todo hace evidente la utilidad de las reglas generales de obligaciones del derecho continental, que pueden ofrecer luces importantes para solucionar lo imprevisto.

C. IMPACTO SOBRE EL PRECIO DE LOS CONTRATOS

Otra consecuencia jurídica práctica de la aplicación de la técnica de riesgos es su impacto sobre el precio de los contratos. El valor de la remuneración del contratista necesariamente aumentará mientras más riesgos asuma, lo que parece lógico. Las particularidades de los riesgos indican, sin embargo, que es necesario tener en cuenta varios aspectos jurídicos en el cálculo concreto.

En primer lugar, no puede establecerse una equivalencia absoluta entre riesgos asumidos por el contratista y aumento del precio del contrato. Si, superadas las limitaciones técnicas enunciadas, se hacen una tipificación específica de los riesgos asumidos por el contratista y la evaluación técnica de su valor, éste no podrá transferirse integralmente al precio del contrato, aumentándolo proporcionalmente. De ser así, la asunción del riesgo por el contratista sería una falacia, en la medida en que sería la administración la que en realidad lo tendría a su cargo. Si el riesgo se materializa, quedará cubierto por el valor pagado por la entidad, que finalmente lo habrá soportado de manera anticipada. Y si el riesgo no se realiza, el valor que se le ha asignado en el contrato comportará una ganancia neta para el contratista.

De manera similar a lo que ocurre con los seguros, lo que se valora, entonces, es la asunción de la contingencia, el riesgo mismo de que el hecho pueda o no suceder. No se valora el cálculo económico de los efectos económicos de su ocurrencia, sino *el costo* de asumir el riesgo.

La remuneración complementaria que recibiría el contratista por el riesgo asumido suele justificarse por cuanto constituye un estímulo para que éste adopte todas las medidas a su alcance para evitar la realización del riesgo o la limitación de sus consecuencias, si estas se presentan²⁶. No obstante, la explicación es limitada, al recordar que, como hemos visto, en la mayoría de casos, los supuestos medios de control y limitación del riesgo constituyen en verdad modalidades de cumplimiento de la obligación o de las cargas de diligencia,

26 RODRÍGUEZ. Ob. cit., p. 4.

sagacidad o pericia inherentes a ella. La remuneración complementaria “recompensaría” al contratista por cumplir con sus obligaciones contractuales, lo que sería aberrante. En otros casos, hemos observado que la mitigación del riesgo escapa por completo a ambas partes, o al contratista, en este último caso cuando, por ejemplo, consiste en realidad en un deber de cuidado de la administración en la concepción del contrato, como es el caso de las exigencias de experiencia del contratista. El precio complementario tampoco tendría entonces relación alguna con un comportamiento del contratista en la ejecución del contrato para evitar o disminuir el riesgo y, por consiguiente, carecería de causa jurídica.

Esta crítica nos vuelca nuevamente sobre otra previsión para tener en cuenta en el momento de analizar la implicación de los riesgos sobre el valor del contrato, esto es, la necesidad de separar los verdaderos riesgos de las obligaciones contractuales, que han sido ya remuneradas por el precio básico del contrato. Igualmente, es indispensable tener en cuenta los riesgos parcialmente soportados por el contratista, como ocurre, con frecuencia, por ejemplo, con la gestión de predios necesarios para los proyectos de infraestructura, actividad en la que el contratista asume el riesgo de negociación de compra y la administración contratante el riesgo de las consecuencias de una eventual expropiación.

Por otra parte, el complemento aritmético del precio reconocido al contratista exigiría a la vez tener en cuenta el valor de los riesgos asumidos por la administración para compensarlos, reduciendo los complementos reconocidos al contratista.

Estas observaciones muestran la ausencia de relación *directa* entre los riesgos asumidos y el precio del contrato. En el fondo, ésta es un disparate que pone de presente, una vez más, que la técnica de riesgos está concebida desde el punto de vista del proyecto mismo y no en relación con las obligaciones recíprocas de las partes. En el análisis que hace el banquero que financia un proyecto resulta esencial establecer todo tipo de riesgos del proyecto y calcular lo más concretamente posible el valor de su realización. Malos diseños, incumplimientos de una u otra parte, crisis económica, ataques de la guerrilla, inviabilidad del proyecto, etc., todo es importante, así como la cuantificación de los respectivos valores. El balance final le permitirá ver si el proyecto es viable y si la remuneración que genera cubre los riesgos *del proyecto*. Recordemos una vez más que para la entidad financiera la seguridad de la operación depende del proyecto mismo, por cuanto es él el que genera los recursos para recuperar la inversión.

Nuestra Ley 1150/07 generaliza injustificadamente esta lógica a todo tipo de contrato, incitando el aumento de los presupuestos oficiales proporcionalmente a la *estimación* de los riesgos tipificados (art. 4.º). El mecanismo puede ser

perverso frente a una definición genérica de tipos de riesgos (lo que constituye la tendencia frecuente). El complemento de precio no compensará el riesgo asumido, en la medida en que su definición genérica dejará abierta la discusión sobre el riesgo que el contratista concretamente asumió. Por el contrario, en la propensión de los procedimientos de selección actuales a reforzar decididamente el factor *precio* como criterio esencial de selección, los proponentes *suicidas* ofertarán precios bajos, despreciando los riesgos asumidos y esperando que no se concreten.

En todo caso, aunque existe, sin duda, una relación entre los mayores riesgos asumidos por el contratista y el valor de la remuneración, no será aconsejable buscar relaciones directas entre unos y otros, sino valorar *el costo* de asumirlos.

2. ARMONIZACIÓN CON EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO

Si, como hemos visto, la técnica de la tipificación, estimación y asignación de riesgos tiene por objeto la restricción del campo de aplicación de la teoría de la imprevisión, conviene preguntarse cuál será el campo concreto de las teorías sobre el equilibrio financiero del contrato, después de la regulación de los riesgos contractuales establecida por la Ley 1150/07.

Al definir los riesgos que cada una de las partes habrá de asumir en la ejecución del contrato, éstos forman parte del conjunto de cargas de las obligaciones respectivas, sumándose así a la definición del equilibrio contractual inicial del contrato²⁷. De manera similar lo había entendido el Consejo de Estado antes de la

27 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de febrero 2004 (*Viviendas y Construcciones de Hormigón Armado Ltda. Hora Ltda.*, exp. 14043). El Consejo de Estado considera que contratista que admite riesgos mayores a los normales redefine la normalidad del contrato.

“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 sumieron.

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

Ley 1150/07 al estudiar los “imprevistos” contemplados en la estructuración de los precios unitarios, base de la remuneración de los contratistas²⁸. Igualmente, la jurisprudencia arbitral encuentra que los riesgos asumidos por las partes se integran al conjunto de ventajas y desventajas de cada una de ellas, por lo que definen el específico equilibrio inicial²⁹. Por ello, resulta antitécnica y confusa la expresión del Decreto 2474/08 cuando define los riesgos contractuales como las “circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo” (art. 88).

Si se atendiera estrictamente la previsión normativa, habría que concluir que, al presentarse la materialización de un riesgo previsto, la parte que lo ha asumido podría alegar una ruptura del equilibrio contractual inicial, lo que sería completamente contrario a la filosofía y al propósito de la gestión de riesgos y al texto de la Ley 80/93 (art. 27). Bien por el contrario, la materialización del riesgo previsto excluye la ocurrencia de un desequilibrio.

Aclarado este primer punto de principio, puede concluirse que el nuevo campo del desequilibrio económico del contrato, luego de la Ley 1150/07, comienza, en principio, cuando ocurre una situación *imprevista* por las partes contratantes en la distribución de riesgos o cuando las consecuencias del riesgo desbordan el límite que las partes habían fijado en la delimitación del riesgo tipificado.

En este tema también existe un interrogante sobre la compatibilidad de dos sistemas fundados en presupuestos distintos: la técnica de la gestión de riesgos y la teoría del equilibrio financiero del contrato.

Como hemos visto a lo largo de su caracterización, la gestión de riesgos parte de una concepción práctica del contrato, que busca identificar todos los eventos de *sorpresas* posibles durante la ejecución del contrato, para regular específicamente su eventual aparición, mediante la asignación de cada riesgo a una de las partes. La concepción de anticipación conlleva un reconocimiento

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.”

28 Íd. Sentencia del 18 de septiembre de 2003 (*Castro Tchassi y Cía. Ltda.*, exp. 15199).

29 Tribunal *Estyma Estudios vs Invías*, 30 de agosto de 2006.

de los riesgos asumidos por medio del aumento del precio del contrato, aunque hemos insistido en que no de manera proporcional y aritmética.

La técnica permite que las partes, y sobre todo el contratista, sepan a qué atenerse en caso de ocurrencia de todos los riesgos que asumen, así como calcular anticipadamente si el valor del contrato y el complemento del precio por los riesgos asumidos estructuran un negocio interesante. Esta seguridad constituye la ventaja principal del sistema.

Por el contrario, la misma lógica práctica a la base del sistema hace que lo que no se haya previsto en el contrato no exista. Si en la ejecución del contrato aparecen riesgos que las partes no previeron o que tienen consecuencias mayores que las previstas, el sistema no da respuesta alguna. Es la limitación de la concepción normativa autosuficiente. La solución, *en esta concepción*, fundada exclusivamente en los riesgos contractuales identificados y asignados a las partes, será necesariamente la renegociación del contrato sobre bases más o menos inciertas.

Los contratos internacionales suelen incluir por ello cláusulas de *hardship*³⁰, mediante las cuales se definen bases de la renegociación, en las que el principio de la buena fe es fundamental para la revisión final del contrato, sin que ello signifique que existan reglas de fondo para una solución de principio.

En este mismo sentido, el derecho privado tampoco ofrece una solución satisfactoria. Nuestro Código de Comercio establece como solución de las situaciones de imprevisión otorgar al juez la competencia de una revisión *equitativa* del contrato (art. 868), solución tan incierta que no existe el primer antecedente judicial de aplicación de la norma, pese a la admisión de la imprevisión por nuestra Corte Suprema de Justicia, desde los años treinta³¹. No se puede olvidar que en estos casos estamos ante eventos cuyo origen escapa por completo a las dos partes, ninguna es “responsable” técnicamente. Escoger cuál de ellas debe soportar las consecuencias del *casus* o distribuir las cargas por un tercero (juez) será siempre más o menos *arbitrario* y, en cualquier caso, una solución discutible de justicia. Por ello el derecho privado francés se resiste a admitir, aún hoy, la

30 ANA MARÍA CASTRO y ANA CECILIA ZAPATA. “El *hardship* en los contratos internacionales”, en *Revist@e-Mercatoria*, vol. 4, n.º 2, 2005.

31 Corte Suprema de Justicia. Cas. del 29 de octubre de 1936 (*Tomás Muñoz R vs Emilio y Antonio Hoyos*) y del 23 de mayo de 1938 (*Pablo Rodríguez H vs Francisco Bravo y Cía. S. A.*). Igualmente, Sala Plena de Constitucionalidad. Sentencia del 25 de febrero de 1937 (*José Arturo Andrade y otros. Demanda de inconstitucionalidad contra las leyes 37 de 1932 y 11 de 1933*).

figura de la revisión del contrato³² y en los países en que se admite, *ninguno* establece una solución de atribución del riesgo a una de las partes³³.

Esto constituye la fragilidad del sistema de riesgos contractuales, por lo que se critica la pretensión de cubrir todos los eventos posibles, aumentando el valor de los contratos, sin que ello logre evitar los litigios ante situaciones imprevistas.

Por el contrario, la teoría del equilibrio financiero del contrato *administrativo* parte de una estructuración del equilibrio inicial sobre las bases de la normalidad de las relaciones. El contratista asume los riesgos normales del contrato, teniendo en cuenta tan sólo ciertas variantes igualmente normales. Así, un contrato a precios globales comporta mayor *riesgo normal* para el contratista que un contrato a precios unitarios, al igual que un contrato de concesión conlleva mayor riesgo para el contratista, frente a un contrato de obra, en razón de que la remuneración del concesionario no se deriva de un precio pagado por la entidad, sino de la explotación de la concesión. De igual manera, el objeto del contrato también determina la normalidad de los riesgos asumidos por el contratista; la construcción de un túnel tiene mayores *riesgos normales* que la repavimentación de una vía. Y en cuanto a la remuneración del contratista, ésta también responde al *costo normal* de la prestación, teniendo en cuenta los riesgos igualmente normales.

Pero, a diferencia del contrato fundado en la estructura de riesgos, el contrato administrativo de origen francés desarrolló la teoría del equilibrio financiero, desde el célebre fallo Gaz de Burdeos de 1916³⁴, como el derecho del contratista

32 THIERRY REVET. “La revisión del contrato”, en Asociación Capitant, Jornadas colombianas. *El Contrato: problemas actuales, evolución, cambios*, Bogotá, Universidad Externado, 2007, pp. 125-146.

33 El artículo 1467 del Código Civil italiano prevé que la parte contra la que se pide la resolución puede evitarla ofreciendo una modificación equitativa del contrato, pero es de observar que en este evento estamos ante una disposición del contrato por las partes y no por el juez.

“Art. 1467. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’art. 1458 (att. 168).

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.”

El derecho alemán tampoco establece una fórmula general de solución, por lo que es necesario analizar en cada caso la perturbación de las bases negociales iniciales, mediante “una ponderación de riesgos e intereses” de las partes. HORST EHMAN y HOLGER SUTSCHET (CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, UTE SALACH DE SÁNCHEZ, trad.). *La reforma del BGB. Modernización del derecho alemán de obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 212 y ss.

34 C. E. francés. Sentencia del 30 marzo de 1916, *Gaz de Bordeaux*, p. 125, concl. Chardenet; D.1916, 3,25.

a conservar a lo largo de la ejecución del contrato su base original, esto es, la estructura de beneficios y cargas definida por las partes en el contrato.

Luego de una evolución algo tortuosa³⁵, nuestra jurisprudencia administrativa ha retomado las teorías clásicas del equilibrio financiero del *contrato administrativo*: la imprevisión, fundada en la protección de la continuidad del servicio público y la equidad, que genera el deber de la administración contratante de asistir a su colaborador contratista asumiendo sus pérdidas, cuando circunstancias sobrevinientes, imprevistas y ajenas a las partes le generan cargas extraordinariamente graves, y el hecho del príncipe, como expresión de la responsabilidad por el desequilibrio frente a las cargas públicas, que obliga la indemnización integral del contratista cuando la entidad contratante incurre en actos lícitos que afectan, en contra de aquél, las condiciones de ejecución del contrato pactadas³⁶.

El sistema del equilibrio financiero tiene la incertidumbre de la determinación de los riesgos “normales” asumidos por el contratista en el contrato. Pero tiene la ventaja, para éste, de consagrar reglas de indemnización frente a las circunstancias imprevistas que lo afectan. Ello, se insiste, por la particularidad de la finalidad pública del contrato administrativo.

Dejando de lado la defensa o ataque de los dos sistemas, sus fundamentos son distintos, así como sus soluciones. La Ley 1150/07 introdujo la técnica de los riesgos contractuales (art. 4.º) sin derogar la del equilibrio contractual de la Ley 80/93 (arts. 27, 5.º y 14), por lo que es necesario definir su *convivencia jurídica*.

Superada la postura extrema del Consejo de Estado que consagró la intangibilidad de las utilidades del contratista, fundada, entre otras razones, en el texto ambiguo de la Ley 80/93 que consagraba su derecho a la protección de utilidades (art. 3.º)³⁷, derogado hoy expresamente por la Ley 1150/07 (art. 32), la jurisprudencia ha establecido claramente que el contratista no tiene a su favor

35 JOSÉ LUIS BENAVIDES. *El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado*, 2.º ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 447 y ss.

36 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias del 29 de mayo de 2003, *Pavimentos Colombia Ltda.*, exp. 14577; del 28 agosto de 2003, *Castro Tcherassi & Cía. Ltda.*; *Equipo Universal y cia. Ltda.*; *Navarro Vives, Edgardo*, exp. 17554; del 3 septiembre 2003, *Constructora Vargas Ltda.*, exp. 22952; del 18 septiembre 2003, *Castro Tcherassi y Cia. Ltda.*, exp. 15119; del 30 octubre de 2003, *EAB*, exp. 24318; del 30 octubre de 2003, *Construca Ltda.*, exp. 17213; del 11 de diciembre de 2003, *Conciviles S.A.*, exp. 16433; del 26 de febrero de 2004, *Viviendas y Construcciones de Hormigón Armado Ltda.*, exp. 14043; del 2 de septiembre de 2004, *Pavimentos Colombia Ltda.*, exp. 14578; del 9 junio de 2005, *Terminal de Transporte de Pereira S.A.*, exp. 14291; del 7 diciembre 2005, *Luis Hector Solarte Solarte*, exp. 15003; del 30 de agosto de 2006, laudo *Esyma estudios vs Inviás*; del 29 agosto de 2007, *Hernán Duarte Esguerra*, exp. 14854.

37 Íd. Sentencia del 9 mayo 1996, *SAE*, exp. 10151.

una garantía de obtención de utilidades en el contrato estatal³⁸. En el caso de la imprevisión, aunque el origen del hecho generador del desequilibrio sea ajeno a las partes, la administración indemniza a su contratista cuando sufre pérdidas efectivas, por cuanto el fundamento esencial de la imprevisión es preservar a toda costa el servicio o interés público vinculado con el contrato.

En este sentido, resulta esencial apreciar hasta qué punto la imprevisión del contrato administrativo constituye un beneficio extraordinario para el contratista. En efecto, no se puede olvidar que en estos casos, a diferencia de la responsabilidad por el ejercicio de prerrogativas públicas, estamos frente a hechos por completo ajenos, no sólo al contratista, sino también a la administración. ¿Por qué atribuirle sistemáticamente, entonces, a ésta las consecuencias del *casus*, aun de manera parcial, cuando no le es en absoluto imputable? Con frecuencia se afirma que se trata de una compensación por el estado de subordinación del contratista, o de los poderes exorbitantes de la administración, pero, serenamente, es necesario admitir que ni uno ni otro están presentes en el caso de la imprevisión. El contratista del Estado, cuyo contrato se encarece por una huelga general, una devaluación súbita, una crisis financiera, un desastre natural, no se encuentra en una situación de desventaja o de *sacrificio* frente al contratista de otro particular.

El contratista de la administración tiene el derecho a la indemnización de las pérdidas que soporta por la situación de imprevisión administrativa, a diferencia de los contratos privados en los que las partes se verán abocadas a arduas renegociaciones de las condiciones contractuales, porque el Estado necesita la culminación de la ejecución del contrato, en atención a los intereses públicos en juego. La negativa de auxilio a su colaborador implicará el desconocimiento de esta responsabilidad social. Sin embargo, la administración tan sólo ayudará a su colaborador para que logre concluir el contrato, insisto, en

38 Ver en este sentido, AZUERO. “¿De quién son los riesgos en el contrato de concesión?”, cit. Comentario crítico sobre los laudos arbitrales de RCN y Caracol, contra la CNTV de 2001. El Consejo de Estado ha expresado expresamente la ausencia de este beneficio en la sentencia del 28 agosto de 2003 (*Castro Tcherassi & Cía. Ltda.; Equipo Universal y Cía. Ltda.; Navarro Vives, Edgardo*, exp. 17554) y ha recogido igualmente de manera expresa la concepción de intangibilidad de la utilidad del contratista, consignada en la sentencia del 9 de mayo 1996 citada. Estas sentencias, sumadas a la abundante jurisprudencia citada sobre las teorías del equilibrio financiero son desconocidas por Hugo PALACIOS MEJÍA quien recientemente consignara el derecho a la utilidad como un principio del equilibrio financiero del contrato estatal. “Equilibrio económico y financiero del contrato en la ley 1150”, en *Revista Economía Colombiana*, Contraloría General de la República, n.º 321, noviembre de 2007, pp. 9-26.

Ver el recuento muy completo de la jurisprudencia arbitral (aunque no la del Consejo de Estado) sobre la intangibilidad de las ganancias del contratista, por FERNANDO SILVA, aunque sus conclusiones personales no son muy claras. “Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral”, en *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 6, n.º 2 2007, pp. 4-14.

cuanto no es *técnicamente responsable* de la imprevisión, sin que ello signifique asumir la integralidad del *daño* sufrido por aquél, razón por la cual su auxilio se limitará a las pérdidas efectivamente soportadas y demostradas que haya sufrido el contratista, constitutivas del desequilibrio grave de las condiciones originales del contrato.

En esta lógica, el Consejo de Estado ha considerado que para determinar el umbral del grave desequilibrio, que abre la puerta a la imprevisión administrativa, es necesario descontar las utilidades del contratista. Si el hecho imprevisible sólo afecta sus utilidades, no hay desequilibrio grave, y por consiguiente no hay aplicación de la teoría de la imprevisión³⁹. Además, teniendo en cuenta que los precios del contrato incluyen habitualmente un porcentaje de imprevistos, el cálculo del umbral de imprevisión también debe descontar este valor. Por consiguiente, sólo será reconocido el *estado de imprevisión* cuando el contratista sufra una pérdida efectiva en la economía global del contrato, situación que le abrirá el derecho a tener una compensación limitada a la recuperación de dicha pérdida efectiva, “un reequilibrio hasta el punto de no pérdida”, como prescribe la Ley 80/93 (art. 5.1).

En estas condiciones, la preservación de la figura de la imprevisión impide que se aplique sistemáticamente ante la ocurrencia de cualquier riesgo que desborde los que el contratista asumió expresamente en el contrato, bien sea por cuanto el riesgo no estaba previsto dentro de los tipificados o porque, estando incluido, su materialización resultó más grave de la estimación prevista. En efecto, la exigencia de una pérdida efectiva global en la economía del contrato obliga a analizar concretamente si ésta ocurre por el riesgo *imprevisto* materializado, para lo cual será necesario establecer si el complemento de precio del contrato, destinado a paliar los riesgos, alcanza o no a compensar el costo de dicho riesgo. Y en la medida en que el umbral de imprevisión tiene en cuenta la economía general del contrato, no será suficiente que uno o algunos de los riesgos previstos y estimados se hayan visto desbordados. Será necesario adicionar el valor estimado de todos los riesgos previstos para hacer el balance global y concluir si el contrato es deficitario para el contratista.

Podría argumentarse contra esta concepción que si, como hemos visto, la remuneración del riesgo asumido no equivale a las consecuencias económicas de su materialización, sino al *valor de asumirlo*, la aplicación de la teoría de la imprevisión no tiene por qué tener en cuenta los riesgos no materializados, en

39 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias del 28 de agosto, 18 de septiembre y 30 de octubre de 2003, y del 2 de septiembre de 2004, citadas, entre otras.

la medida en que estos constituyeron *costos* del contrato. Por consiguiente, el cálculo del umbral de la imprevisión no debe tenerlos en cuenta.

Sin embargo, en contra de esta argumentación, es necesario tener presente la finalidad de la imprevisión administrativa y la razón por la que el contratista, a diferencia del contrato comercial, se ve sistemáticamente indemnizado. Si el objetivo de la figura es evitar un *sacrificio* del contratista por el cumplimiento del contrato, el sacrificio debe ser concretamente establecido, esto es, identificando sus pérdidas efectivas, por lo que es necesario contar como activos el valor de los riesgos no materializados.

Esta solución se muestra respetuosa de las dos instituciones (riesgos y equilibrio) y preservaría los intereses de las partes con equidad.

La situación es distinta cuando el riesgo materializado imprevisto proviene, no de un hecho externo a las partes, sino de un acto lícito de la entidad contratante. En estos casos existe una imputación directa del perjuicio a la entidad y, aunque el acto sea lícito, el desequilibrio económico ocasionado al contratista constituirá un sacrificio particular en aras de garantizar un interés público, desequilibrio ante las cargas públicas que hace surgir su derecho a una indemnización integral. Si el desequilibrio proviene de un acto particular relacionado con el contrato, esto es, el ejercicio de una cláusula exorbitante (terminación unilateral, modificación o interpretación unilaterales por interés general), la Ley 80/93 ordena el reequilibrio integral (arts. 14 y ss.). Si proviene de un acto cuyo destinatario no es el contrato, pero lo afecta, y crea un desequilibrio en contra del contratista, habrá lugar a la aplicación de la teoría del hecho del príncipe, si se cumplen las condiciones identificadas por la jurisprudencia, en particular un sacrificio particular frente a las cargas soportadas por los demás destinatarios de la medida o un daño particularmente grave, frente al objeto del contrato.

* * *

La caracterización de la técnica de la gestión del riesgo pone de presente problemas técnicos y jurídicos significativos para su aplicación en nuestro medio. Las exigencias de planificación en la *tipificación, estimación y asignación* científica de los riesgos se acompañan, además, de la imposibilidad objetiva de preverlo todo. El mayor costo que necesariamente tendrán los contratos sería plenamente justificable si se borraran los *riesgos* de litigios, pero la complejidad del sistema no parece augurar este resultado. Y en cuanto a las dificultades jurídicas, el sistema deberá armonizarse con nuestra tradición y regulación legal

del contrato estatal, a riesgo, si no, de formular soluciones contradictorias con nuestro derecho positivo.

En el fondo, la técnica se inspira globalmente en los riesgos de los proyectos, más que individualmente en las obligaciones de las partes. Esta realidad, originada en la necesidad de brindar seguridad a los inversionistas que financian proyectos públicos, debe tenerse en cuenta a la hora de definir los riesgos de las partes. Ello permitirá, por un lado, concentrarse en los riesgos contractuales, dejando de lado las incertidumbres originadas en el cumplimiento de las obligaciones de las partes, y por otro, tener en cuenta que el aumento inevitable de los costos del contrato refleja una política de estímulo a la asunción de ciertos riesgos significativos, y no un cálculo aritmético de cada riesgo asumido por el contratista.

Como lo concibe el consultor en la materia LEONARDO ÁLVAREZ, tal vez lo más prudente es conservar una posición minimalista frente a los riesgos, contemplando sólo aquellos que son externos a las partes y que permiten su clara tipificación y estimación. Finalmente, es éste el sentido lógico que se le puede dar a la reglamentación establecida en el Decreto 2474/08 (art. 88).