

2019EE0068159



CGR-OJ- 075 - 2019
80112 -

Bogotá, D.C.

Señora
CATALINA DEL PILAR SANCHEZ DANIELS
Profesional Universitario
Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva
Contraloría General de Medellín
Calle 53 No. 52-16, Edificio Miguel de Aguinaga
Medellín, Antioquia
Cata.daniels@gmail.com

Referencia: Respuesta al radicado N° 2019ER0033229 del 3 de abril de 2019.
TEMA: AIU-IMPREVISTOS Y RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Respetado señora Sánchez:

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República –CGR- recibió la comunicación citada en la referencia¹, la cual procedemos a responder:

1. Antecedentes

El 3 de abril de 2019, se recibió la petición radicada con el No. 2019ER0033329, en la cual se efectuaron los siguientes planteamientos:

En el concepto emitido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, radicado con el No. OJ-0043 de 2019, se afirmó que los imprevistos no forman parte de la utilidad del contratista, razón por la cual las entidades públicas, al momento de liquidar los contratos deberán analizar las condiciones de ejecución de los mismos y con base en éstas, determinar si se concretaron o no los riesgos imprevistos a los que estaba destinado dicho rubro y de ser así en qué proporción fue afectado.

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 14, numeral 2º, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015: "Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción."

La anterior conclusión, en concepto de la consultante, *“le asigna el mismo tratamiento a los riesgos previsibles (llamados a ser cubiertos por el porcentaje de imprevistos del AIU, integrante del precio del negocio jurídico) y a los riesgos imprevisibles (teoría de la imprevisión); en la medida en que sostiene de manera indistinta que para su pago estarán sujetos siempre a la prueba de su materialización”*.

Según se explica en la consulta, se trata de conceptos distintos porque los imprevistos que forman parte del A.I.U, se derivan de la autonomía de la voluntad, responden al principio de riesgo y ventura y están llamados a cubrir la asunción y administración de los riesgos propios del contrato, al tiempo que los riesgos imprevisibles solo pueden reconocerse en virtud de *“la garantía del punto de no pérdida que ofrece el Estado a los particulares contratistas”*.

Con fundamento en estas consideraciones, se solicitó aclarar o corregir el concepto CGR 00043 de 2019, en cuanto para la consultante, quien presenta la consulta en su condición de profesional universitario de la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva Contraloría General de Medellín, la tesis planteada por el Consejo de Estado y por esta Oficina, según la cual los imprevistos no forman parte de la utilidad, *“riñe con la razón de ser o la función que los imprevistos del AIU están llamados a tener, no sólo en la exitosa ejecución de los contratos públicos convenidos bajo la modalidad de pago a precios unitarios, sino en la consecución del principio constitucional de sostenibilidad fiscal (Artículo 334 Superior), necesario para el logro de los fines del Estado”*.

Para sustentar la postura sobre la cual se apoya la petición de aclarar o corregir el concepto OJ-0043 de 2019 emitido por esta Oficina, la consultante afirma que: *“para separarse del precedente administrativo y de la interpretación del Consejo de Estado citada, se recurrirá a las circunstancias históricas, la situación socioeconómica del país y al contexto en que operará la aplicación de esta decisión”*

Teniendo en cuenta lo expresado, en la consulta se solicitó resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. *¿Es jurídicamente viable desconocer el porcentaje de imprevistos del AIU, como parte de precio del contrato convenido, sin incurrir en un incumplimiento contractual, so pretexto de que los riesgos previsibles llamados a ser cubiertos por dicho porcentaje no se materializaron?*
2. *¿Con qué fundamento jurídico se afirma que el porcentaje de imprevistos del AIU es un fondo de destinación exclusiva para la asunción, administración, gestión y amortiguación de los riesgos previsibles y no el pacto de un precio por la asunción, administración, gestión y amortiguación de los riesgos previsibles?*

3. *¿Cuál sería la razón jurídica para solicitar el reintegro del porcentaje de imprevistos del AIU cuando la no materialización del riesgo previsible ocurrió justamente por la labor del contratista?*

4. *¿Partiendo de la teoría del fondo de destinación exclusiva, si el valor calculado por el contratista correspondiente al porcentaje de imprevistos del AIU finalmente resulta insuficiente para cubrir los riesgos normales del contrato, tiene el contratista el derecho de reclamarle a la Entidad pública el pago del mayor valor?*

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la CGR, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, **no son de obligatorio cumplimiento o ejecución² ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.**

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas *"sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General"*³, así como las formuladas por las contralorías territoriales *"respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General"*⁴ y las presentadas por la ciudadanía respecto de *"las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"*⁵.

En este orden, mediante su expedición se busca *"orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal"*⁶ y *"asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten"*⁷.

Se aclara que no todos los conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la CGR, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16 del Decreto Ley 267 de

² Art. 25 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

³ Art. 43, numeral 4º del Decreto Ley 267 de 2000

⁴ Art. 43, numeral 5º del Decreto Ley 267 de 2000

⁵ Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000

⁶ Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000

⁷ Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000

2000⁸, esta calidad sólo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

3. Precedente doctrinal de la Oficina Jurídica

Como quiera que el objeto de la consulta consiste en la solicitud de aclarar o corregir el concepto OJ-0043 de 2019, ese será el precedente doctrinal que se considerará en el caso concreto.

Así, con el fin de que queden claras las tesis planteadas en esa ocasión a continuación, se cita, de forma literal, lo expresado en el concepto referido:

“4.1.3. Evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el concepto de imprevistos:

Tal y como se expuso, in extenso, en el concepto n° 2012EE0071253 del 2012, cuyas tesis fueron reiteradas en los conceptos 2015IE0049793 de 2015 y 2018EE0126072 de 2018, a partir del año 2003 y de forma expresa hasta el año 2012 el Consejo de Estado señaló en su jurisprudencia que los imprevistos son un elemento integrador del valor de algunos contratos, como el de obra, que corresponde al alea normal del contrato, que se asume por el contratista, en tanto es éste quien conoce “su negocio” y que se soporta por éste en los eventos en que llega a ocurrir, al punto en que no podría alegar desequilibrio en la ecuación contractual, sino, en eventos extraordinarios, debidamente soportados.

*Así mismo, en los referidos conceptos se acudió a las consideraciones del Consejo de Estado, según las cuales **ante la falta de regulación legal** sobre el particular, existe relativa libertad en la destinación del rubro de imprevistos, como costo indirecto asociado al valor del contrato, ya que, usualmente no hace parte del régimen de obligaciones rendir cuentas sobre la ejecución de dicho rubro.*

Para plantear dichas conclusiones, se tuvieron en cuenta, como las de planteamientos más relevantes, las siguientes sentencias del Consejo de Estado, a las que se acudió sobre la base de que la jurisprudencia es un criterio auxiliar de interpretación de la Ley, en cuanto ninguna de éstas tiene el carácter de sentencia de unificación:

-Sentencia del 29 de mayo de 2003, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el expediente 14577.

-Sentencia del 31 de agosto de 2011, proferida por la Sección Tercera el Consejo de Estado, en el expediente 18080.

⁸ Art. 43 OFICINA JURÍDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

-Sentencia del 8 de febrero de 2012, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el expediente 23044.

Como quiera que en la solicitud de consulta se alude a la existencia de una posición distinta por parte de las Contralorías Territoriales, según la cual “para poder asumirse el pago de los recursos provistos en el capítulo de imprevistos de los costos directos el contratista deberá soportar y/o probar (I) la existencia del hecho anormal, (II) que no es imputable al contratista, y (III) tasar o valorar económicamente el mismo, so pena de incurrir en enriquecimiento sin justa causa”, esta Oficina, con el ánimo de generar claridad conceptual sobre el tema objeto de análisis, considera necesario estudiar la decisión judicial en la que, a juicio del consultante, se han apoyado dichas Contralorías para adoptar su posición.

La sentencia que según el consultante sirve de sustento a esta postura es la proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 14 de marzo de 2013, en el expediente 20524. Se trata de una sentencia proferida por una de las subsecciones de la Sección Tercera, lo que muestra que no es una sentencia de unificación y, por lo tanto, que en los términos del artículo 270 del C.P.A.C.A. no puede considerarse como un precedente con carácter vinculante, esto es, que los planteamientos contenidos en ella constituyen un criterio auxiliar para la aplicación e interpretación de la Ley.

La sentencia en cuestión tuvo por objeto decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó las siguientes pretensiones:

-Incumplimiento del contrato por la no entrega del anticipo y el pago del precio del contrato, que fue negada por haberse declarado de oficio la nulidad de las cláusulas que regulaban tales pagos, de conformidad con el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

-Restablecimiento del equilibrio económico del contrato, por los presuntos sobre costos que se presentaron por la variación de precios que se produjo entre la fecha contractualmente prevista para el inicio de las obras y la fecha en la que realmente se iniciaron las mismas.

*(...)Luego, conforme a la técnica definida por la Corte Constitucional, para determinar las partes de una decisión judicial que pudieran considerarse precedente, **el párrafo en el que se alude a los imprevistos, como costo indirecto del valor de un contrato estatal, sería un obiter dicta, en tanto se trata de consideraciones que cumplen un papel secundario en la fundamentación de la forma de resolver el caso.** Por lo tanto, no podría considerarse como precedente judicial, lo que significa que no tiene carácter vinculante para ningún operador jurídico.*

Ahora bien, si se admitiera que dicha frase pudiera considerarse como la ratio decidendi de la sentencia en cuestión, ésta no constituiría un precedente judicial para las autoridades administrativas, puesto que no es una sentencia de unificación, de lo que se sigue que no cumple con los requisitos exigidos en el CPACA para entender que tiene carácter vinculante.

En esas condiciones, los operadores jurídicos bien pueden acudir a su contenido como criterio auxiliar de interpretación o apartarse del mismo, según consideren en un caso concreto.

Lo propio ocurre con la sentencia del 19 de julio de 2018, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el expediente 57576, decisión que, según la consulta, reitera la posición expresada en el fallo analizado en los párrafos anteriores y se pronuncia sobre el concepto n°2012EE00712263 de octubre de 2012, emitido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República. En efecto, esta sentencia tampoco es una sentencia de unificación, lo que indica que no puede considerarse como precedente judicial con carácter vinculante y que, por lo tanto, su contenido solo puede usarse como un criterio auxiliar de interpretación.

Ahora bien, en dicha sentencia, se expuso lo siguiente:

(...)Como puede apreciarse en la sentencia citada “in extenso” en su contenido puede apreciarse que aunque en su texto se menciona al concepto EE0071253 de octubre de 2012, proferido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, no es cierto que, como se afirma en la consulta, en esta decisión el Consejo de Estado hubiera estudiado el contenido y conclusiones de dicho concepto o la posición jurídica que se planteó en el mismo.

Así mismo, tal como se deriva de su propio texto, procede señalar que en dicha sentencia, que no tiene carácter vinculante porque no constituye precedente, no se señaló de forma expresa que el valor correspondiente al rubro de imprevistos deba ser devuelto por el contratista, en los eventos en que no fue demostrada su afectación; sin embargo, sí se analizó de fondo el deber de las entidades públicas de mantener y restablecer el equilibrio económico del contrato y, para ello, se estudiaron los distintos componentes que pueden integrar su valor, entre éstos los imprevistos, motivo por el cual, esta Oficina, en tanto operador jurídico que tiene la competencia de emitir conceptos para orientar a otros operadores en materia de control fiscal, estima necesario acudir a la jurisprudencia como criterio auxiliar para el análisis del concepto de imprevistos y su alcance en el contexto del ordenamiento jurídico colombiano.

Así, con base en el recuento efectuado en la sentencia del 19 de julio de 2018, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el expediente 57576, en relación con la tesis jurisprudenciales sobre el tema objeto de análisis, se infiere que hasta el momento el Consejo de Estado no ha proferido ninguna sentencia de unificación sobre el concepto de imprevistos y su alcance.

Además, con base en las consideraciones de dicha sentencia, es procedente concluir que, a pesar de que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado admitió una cierta flexibilidad en la destinación o inversión del rubro imprevistos, “por cuanto no es costumbre que el contratista rinda cuenta sobre él”⁹, esa misma Sección

⁹ Ver al respecto sentencias del 29 de mayo de 2003, proferida en el expediente 14577 del 14 de marzo de 2013, proferida en el expediente 20524 y sentencia del 31 de agosto de 2011, proferida en el expediente 18080 de 2011.

también ha proferido decisiones en las que, al analizar el concepto de utilidad como rubro que forma parte del valor de un contrato estatal, señaló que en ésta no estaban comprendidos los rubros de administración e imprevistos¹⁰.

La situación descrita encuentra explicación en el hecho de que, tal como lo ha admitido de manera uniforme y reiterada la misma Sección¹¹ ni el Estatuto General de Contratación Pública ni otras disposiciones legales regulan los conceptos comprendidos en la sigla A.I.U., por lo cual su alcance y desarrollo se ha concretado por vía jurisprudencial, sin que para ello, como se señaló, se hayan adoptado decisiones judiciales con carácter vinculante.

*En este panorama, y con el ánimo de contribuir a la seguridad jurídica, esta Oficina, en ejercicio de sus competencias, estima procedente acudir a la jurisprudencia como criterio auxiliar y tener en cuenta la evolución del concepto de A.I.U. y sus elementos integradores en la jurisprudencia del Consejo de Estado y **replantear la afirmación contenida en el concepto 2012EE0071253 del 2012, reiterado en los conceptos 2015IE0049793 de 2015 y 2018EE0126072 de 2018, según la cual no es exigible al contratista de un contrato en el que se pactó A.I.U., que rinda cuentas sobre la ejecución del rubro imprevisto.***

En ese sentido, se precisa que el replanteamiento de dicha conclusión, encuentra sustento en las siguientes premisas:

- 1. El valor de los contratos estatales está compuesto al menos por dos elementos: los costos que genera su ejecución y la utilidad que espera recibir el contratista.*
- 2. En el primero de dichos elementos, esto es los costos, se incluyen los directos, cuya cuantificación es sencilla en cuanto corresponden de forma intrínseca a los bienes, servicios u obras requeridos, y los indirectos que están asociados a los primeros y que se suelen valorar en un porcentaje de éstos. En los costos indirectos están comprendidos los de administración y los imprevistos.*
- 3. El segundo elemento, es decir la utilidad, se obtiene luego de descontar al valor los costos que genera el cumplimiento de la respectiva prestación.*
- 4. El concepto de A.I.U. comprende tres rubros independientes, que incluyen los costos indirectos de ejecución de un contrato y la utilidad esperada.*

En los términos de la premisa descrita en el numeral anterior, si la utilidad se obtiene luego de descontar los costos respectivos, procede afirmar que la utilidad no comprende ni los costos de administración ni los que se previeron por concepto de imprevistos.

¹⁰ Sobre el punto se citó a la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 14 de octubre de 2011, en el expediente 20811

¹¹ Ver sentencias las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 29 de mayo de 2003, expediente 14577; 15963 del 21 de mayo de 2008 y 14 de octubre de 2011, expediente 20811.

5. La gestión contractual del Estado genera distintos tipos de riesgos, algunos de éstos, los previsibles, deben identificarse, estimarse y asignarse, desde la fase precontractual entre las futuras partes del contrato, porque así lo establece el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007. Otros, los imprevisibles, no se distribuyen entre las partes, precisamente, porque, por su naturaleza desconocida éstas no puede anticipar su ocurrencia.

6. Entre los riesgos imprevisibles están comprendidos aquellos cuyo costo pretende sufragarse con cargo al rubro de imprevistos, que es la “cuantificación” que el contratista efectúa, como experto del respectivo negocio, para cubrir el costo que generaría su eventual ocurrencia. Lo anterior denota que este rubro no necesariamente se verá afectado durante la ejecución de un contrato estatal.

7. Como quiera la afectación del rubro imprevistos, que está comprendido en los costos indirectos de ejecución de un contrato no puede determinarse anticipadamente por las partes del contrato, pero es usual su ocurrencia en cierto tipo de contratos, como los de obra, corresponde afirmar que, como lo ha admitido la jurisprudencia del Consejo de Estado, las entidades públicas pueden pactar como parte del valor de los contratos el rubro de imprevistos, lo que no supone un reconocimiento anticipado de los mismos, ni el derecho del contratista a recibir sumas de dinero adicionales a la utilidad que incluyó en su oferta.

8. El porcentaje de imprevistos incluido dentro del AIU consiste en una forma de asignar y tratar un riesgo que la entidad estatal le traslada al contratista con el fin de que, en caso de que surjan gastos que no fueron previstos por él, el mismo pueda asumirlos haciendo uso de ese porcentaje.

Con base en estas premisas, así como en las consideraciones expuestas en las distintas decisiones del Consejo de Estado a las que se ha hecho alusión en el texto del presente documento, **se concluye que, en cada caso, las entidades públicas, al liquidar los contratos que hubieran incluido en su valor el rubro de imprevistos, deberán analizar las condiciones de ejecución de los mismos y con base en éstas, determinar si se concretaron o no los riesgos imprevisibles a los que estaba destinado dicho rubro y de ser así en qué proporción fue afectado.**

Para ello, deberán tener en cuenta que la utilidad que espera recibir el contratista no comprende los imprevistos, lo que indica que si estos no se presentaron aquella no puede verse incrementada por su valor. “

4. Consideraciones jurídicas

4.1. Problemas Jurídicos

Los problemas jurídicos que deben resolverse son los planteados en la solicitud de aclaración y/o corrección del concepto OJ-0043 de 2019.

Se procederá, entonces, al análisis de los problemas jurídicos planteados, para lo cual se abordarán los siguientes temas i) análisis del concepto de riesgo en los contratos estatales y ii) diferencia entre riesgos previsibles e imprevisibles en los contratos estatales.

4.1.1. El concepto de riesgo en los contratos estatales y las diferencias entre riesgos previsibles e imprevisibles:

El Gobierno Nacional, consiente de la necesidad de llevar a cabo un manejo adecuado de los riesgos en materia de contratación estatal, que permitiera disminuir la asunción de obligaciones patrimoniales que afectaran los recursos públicos, adicionales a las que correspondían al valor de los contratos Estatales, expidió el documento CONPES 3107 de 2001, en el cual se formularon los lineamientos de Política de Riesgo Contractual del Estado para proyectos de participación privada en infraestructura.

Dicho documento se expidió teniendo en cuenta que:

- i) Mediante la Ley 448 de 1998 se estableció el deber de las entidades públicas de hacer explícito en sus presupuestos sus obligaciones contingentes, entendidas como *“obligaciones pecuniarias sometidas a condición”* y de incorporar una provisión, con base en unas metodologías de estimación del valor esperado de estas obligaciones.
- ii) Mediante el Decreto 423 del 14 de marzo de 2001, por el cual se reglamenta la Ley 448 de 1998, se asignó al Gobierno Nacional el deber de adoptar los lineamientos de política de riesgo contractual.
- iii) A partir de la Constitución Política de 1991, se ha presentado un incremento, cada vez más latente, de los procesos de vinculación de capital privado en el desarrollo de proyectos de Infraestructura en Colombia.

En el referido documento CONPES, se señaló lo siguiente:

*“Una asignación adecuada de los riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación. Esto se logra asignando cada riesgo a la parte que mejor lo controla. **Los riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las partes en los contratos.** Los riesgos de un proyecto se refieren a los diferentes factores que pueden hacer que no se cumplan los resultados previstos y los respectivos flujos esperados. Para determinar cuáles son los riesgos asociados a un proyecto se debe identificar las principales variables que determinan estos flujos. El concepto de riesgo en proyectos de infraestructura se puede definir como la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos.*”

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

Así, conforme a la política definida en dicho documento, las entidades estatales, en los contratos de infraestructura, tienen la obligación de identificar y asignar a cada una de las partes del contrato los riesgos previsibles asociados al mismo, los cuales están sujetos a la ocurrencia de una condición, esto es la situación que los materialice en una situación concreta.

Lo anterior significa que desde la concepción misma del riesgo previsible en materia de contratación estatal asociada a la infraestructura, se hizo constar que éste -el riesgo- puede ocurrir durante la ejecución de un contrato determinado y si ocurre deberá ser “soportado” por la parte a la que se haya asignado. Pero también puede ocurrir que una vez identificado y asignado un riesgo determinado, este no se concrete durante la ejecución del contrato, caso en el cual ninguna de la partes deberá soportarlo.

Ahora bien, partiendo de los lineamientos fijados en el Documento CONPES 3107 de 2001, el legislador hizo extensiva, a todos los contratos estatales, la obligación de identificar y asignar los riesgos asociados los mismos. En efecto, en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, se previó lo siguiente:

“ARTÍCULO 4o. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. *Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.*

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.”

Así, con la expedición de la Ley 1150 de 2007 se incluyeron normas precisas para la distribución de *riesgos previsibles* en los contratos estatales que fortalecen el deber de colaboración a cargo de los particulares (artículo 4). Igualmente, con dicha Ley se derogó la expresión “además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado” del inciso 2 del artículo 3 de la Ley 80 de 1993 (artículo 32), de lo que se sigue que, a partir del año 2007 el Estado no tiene a su cargo un deber de proteger, ni de garantizar las utilidades que el contratista espera recibir cuando celebra y ejecuta un contrato estatal, aspecto sobre el que debe tenerse especial claridad al momento de analizar los riesgos asociados a una relación contractual determinada.

Con posterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007, el Gobierno Nacional expidió el Documento CONPES 3714 de 2011, contentivo de la política del riesgo previsible en el marco de la política de Contratación Pública, en el cual se fijan lineamientos básicos para el entendimiento del concepto de “*riesgo previsible*” en el marco de las adquisiciones sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

En el contenido del referido documento CONPES se hizo constar lo siguiente:

“(…)Como medida para el fortalecimiento de los procesos de planeación precontractual; dar claridad en las reglas de participación de los oferentes en los procesos contractuales; contribuir a la reducción de controversias judiciales y extrajudiciales en contra del Estado; y lograr que las partes del Contrato Estatal puedan hacer las provisiones necesarias para la mitigación de los riesgos efectivamente asumidos, el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007 incluyó la obligación de incorporar en los pliegos de condiciones la “estimación, tipificación y asignación de los riesgos preVISIBLES involucrados en la contratación estatal”.

Así, los diferentes actores del proceso contractual, deben, bajo la propuesta y dirección de las Entidades Estatales, tipificar, estimar y asignar aquellas circunstancias, que siendo potenciales alteraciones del equilibrio económico, puedan preverse por su acaecimiento en contratos similares; por la probabilidad de su ocurrencia en relación con el objeto contractual o por otras circunstancias que permitan su previsión. Dicha previsibilidad genera la posibilidad de establecer responsabilidades y tratamientos específicos de asignación y mitigación.

Con lo anterior, se busca la determinación de responsabilidades en cabeza de cada una de las partes frente a la posible ocurrencia de riesgos propios de la ejecución del objeto contractual y el establecimiento de condiciones y reglas claras en materia de riesgos preVISIBLES que, al incluirse dentro de los derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar, excluyan dichas circunstancias –si ocurren– de la posibilidad de alegar desequilibrios económicos de los contratos, reduciendo las consecuencias económicas y litigiosas frecuentes en los mismos.”

Por su parte, la Agencia Nacional de Contratación Pública del Estado Colombiano, Colombia Compra Eficiente, formuló los parámetros que determinan la manera en que las entidades públicas deben cumplir el deber consagrado en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 a través de su Manual para Identificación y Cobertura del Riesgo en sus Procesos de Contratación¹².

¹² Mediante Sentencia 52055 del 11 de abril de 2019, la Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección A, declaró la nulidad del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, derogado en el Decreto 1082 de 2015, en el cual se asignó a Colombia Compra Eficiente la competencia para diseñar e implementar, entre otros, los siguientes instrumentos: Manuales para el uso de acuerdos marco, manuales y guías para la identificación y cobertura del riesgo, pliegos tipo y minutas tipo de contratos.

En el referido Manual, Colombia Compra Eficiente define que los riesgos asociados al proceso de contratación incluyen aquellos que pueden ocurrir durante la ejecución del contrato, entre ellos, el rompimiento del equilibrio económico del contrato, los asociados a la liquidación y terminación del contrato y aquellos relacionados con el incumplimiento de la normativa.

Así las cosas, a partir del año 1998, se han expedido distintas normas y documentos contentivos de políticas públicas dirigidos a regular la manera en que las entidades, en cumplimiento del principio de planeación, deben anticiparse a la ocurrencia de los riesgos previsibles asociados a la ejecución de sus contratos, con el fin de evitar la asunción de obligaciones económicas adicionales a aquellas que correspondan a la remuneración del contratista.

Al analizar el deber de las entidades públicas de tipificar, estimar y asignar los riesgos que pueden concretarse durante el proceso de gestión contractual, el Consejo de Estado, ha manifestado lo siguiente¹³:

“2. Riesgos que se pueden producir en la ejecución de un contrato estatal.

2.1. Según lo dispone el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales deben incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes la tipificación, estimación y asignación de los riesgos razonablemente previsibles involucrados en el ejercicio de la actividad contractual de que se trate.

2.2. A su vez dispone que en las licitaciones públicas, las entidades deberán disponer en los pliegos de condiciones el momento en el que entre estas y los proponentes se revisara la asignación de riesgos, previamente a la presentación de las ofertas.

2.3. Pues bien, con la disposición a la que se hace referencia no solo se le impone un deber tanto a las entidades estatales como al contratista, para que en ejercicio de los principios de planeación y de previsibilidad determinen los posibles acontecimientos o contingencias que se puedan presentar en la ejecución del contrato y que generen una alteración de la ecuación económica del contrato, sus consecuencias y establezcan cuál de las partes debe asumirlos conforme a sus capacidades de gestión, administración y control; sino que también se les otorga el derecho a discutir de manera conjunta esa tipificación, estimación y asignación de riesgos.

2.4. En efecto, es a la entidad la que le corresponde realizar un ejercicio detallado de estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles que se puedan presentar en la ejecución del contrato estatal, pero es al contratista que con su experticia y sus conocimientos sobre el objeto a contratar a quien le corresponde complementar dicha información suministrada por la entidad contratante.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia 2013-01717/54614 del 8 de febrero de 2017.

2.5. De esta forma y teniendo en cuenta que la estimación tipificación y asignación de los riesgos previsibles se realiza de manera conjunta entre la administración y el contratista, se entiende que previamente a celebrar el contrato las partes ya tienen claro cuáles son los riesgos o contingencias se pueden presentar en la ejecución del objeto contratado, cuál es su impacto y quien debe asumirlos y porque, evitando de esta manera que se presenten reclamaciones posteriores a la ejecución del contrato sobre puntos sobre los cuales las partes ya habían llegado a un acuerdo previamente a su celebración.

2.6. Ahora bien, en lo relativo al principio de previsibilidad en los contratos estatales, ya esta Subsección había señalado al respecto que:

“El contrato del Estado por expresa disposición legal está sujeto al principio de la previsibilidad o de contingencias plenas, que tiene como postulado básico el de la estructuración previsiva del contrato estatal y la asunción planeada y proporcional de riesgos por las partes negociales. Resulta consecuente entonces entender que todo el proceso de planeación del contrato se materializa y cumple en cuanto a la estructuración del negocio del Estado como conmutativo, en la medida en que se respete y de cumplimiento a los postulados del principio de la previsibilidad. El principio en cuestión implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional entre las partes intervinientes, de los riesgos o contingencias del contrato¹, de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan a futuro impactar la conmutatividad, en consecuencia, el equilibrio surgido al momento de proponer o contratar, que de no ser previstos y sujetos a mecanismos adecuados y oportunos de corrección durante la ejecución del contrato, puedan generar en situaciones causantes de desequilibrio económico.

Se trata, por lo tanto, de un principio que llama a la estructuración previsiva del contrato estatal como regla, determinando con su aplicación la asunción planeada, ponderada, proporcional de los riesgos en aras del mantenimiento del equilibrio económico, en consecuencia, la conmutatividad, reduciendo la imprevisibilidad a contextos simplemente excepcionales.

La previsión se transmuta en una norma vinculante para las administraciones públicas responsables de la contratación estatal, convirtiéndose en un claro deber funcional en la materia dirigido a la protección de los intereses generales y públicos, obligando a los estructuradores de los contratos para que incorporen dentro de los mismos, la totalidad de medidas administrativas y financieras necesarias para que los riesgos previsibles no se materialicen, o de ocurrir los mismos, se mitiguen adecuadamente. Se trata de un deber sustancial y no meramente formal.

(...) El riesgo en consecuencia se coloca en el centro de la actividad previsora como determinante de la estructuración de los contratos estatales, en cuanto su identificación y asignación sobre bases de proporcionalidad reduce el excluyente mundo de la imprevisión, reducto de contingencias inexploradas haciendo previsible, luego materia de la relación negocial, lo que antes estaba en el ámbito de las tinieblas

y sujeto a los avatares de criterios jurídicos fundados en consideraciones de imprevisibilidad.”

Conforme a lo expresado, es indiscutible la existencia de lineamientos gubernamentales y de disposiciones legales vinculantes que consagran el deber de las Entidades Públicas de tipificar, estimar y asignar los riesgos previsibles asociados a un contrato determinado, deber que, conforme a lo previsto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, se cumplen durante la fase de planeación del contrato respectivo y se hace constar en la respectiva matriz de riesgos. Dicho deber también debe cumplirse por los contratistas, quienes durante el proceso de selección respectivo, tienen acceso a la tipificación, estimación y asignación de riesgos efectuada por la entidad y pueden formular observaciones y sugerencias sobre su contenido.

De tal manera que la estructuración de los contratos estatales se debe hacer sobre la base de la anticipación, lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan en el futuro impactar la conmutatividad y, en consecuencia, el equilibrio surgido al momento de proponer o contratar, que de no ser previstos y sujetos a mecanismos adecuados y oportunos de corrección durante la ejecución del contrato pueden generar situaciones causantes de desequilibrio económico.

Entonces, como su nombre lo indica, los riesgos previsibles son aquellos riesgos normalmente asociados al proceso de gestión contractual, que pueden identificarse previamente, tipificarse, estimarse y asignarse de forma específica y medible. Esto indica que en los riesgos previsibles no pueden incluirse circunstancias indeterminadas.

De otro lado, respecto de los riesgos imprevisibles, el Consejo de Estado ha sostenido que la teoría de la imprevisión es aquella que “regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible”.¹⁴

Sobre su diferencia con los riesgos previsibles, resulta particularmente ilustrativo lo expresado en el Documento CONPES 3417, en el cual, con el objetivo de precisar el concepto de riesgo previsible, se expuso que:

“De los Riesgos Contractuales

¹⁴ Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 13 de agosto de 2009, expediente 1952.

El riesgo en forma general, es una medida de la variabilidad de los posibles resultados que se pueden esperar de un evento. El riesgo contractual en general es entendido como todas aquellas circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo y ha tenido una regulación desde cinco ópticas, asociadas con el proceso de gestión que se requiere en cada caso.

*(...) Así, los “riesgos previsibles”, son todas aquellas circunstancias que se presentan durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, **siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales** (negritas fuera de texto).*

¿Qué no son riesgos previsibles?

En el ejercicio de tipificación es especialmente importante hacer el análisis y exclusión de aquellos hechos que aunque se pueden encontrar en la conceptualización de la teoría general del riesgo, no reúnen los presupuestos para ser considerados riesgos previsibles, bien por no tener las consideraciones incluidas en la reglamentación o por estar cobijados por regulaciones particulares contenidas en el marco de los riesgos contractuales “no previsibles” ilustrados anteriormente. En este sentido, no son riesgos previsibles, por ejemplo:

*(...) Los que corresponden a la teoría de la imprevisión, los cuales escapan de la definición de riesgo previsible, y de acuerdo a lo dispuesto en el reglamento **son aquellas circunstancias que no pueden ser identificables o cuantificables.**”*

En esas condiciones, procede afirmar que cuando se trate de situaciones que no pueden identificarse de manera puntual y concreta –*tipificarse*– y, por lo mismo, no pueden cuantificarse –*estimarse*– y asignarse a una de las partes de forma previa a su ocurrencia, el manejo de las mismas no puede ser el de los riesgos previsibles, pues, por su propia naturaleza, tales situaciones no puede recibir el manejo que las disposiciones legales vigentes exigen para tales riesgos.

Así las cosas, porque su naturaleza así lo permite, los riesgos previsibles se incorporan a la estructura del contrato y se asignan a cada una de las partes – causa objetiva–, pero pese a dicha identificación, estimación y asignación, la asunción de los mismos, por las partes del contrato, solo ocurre si éstos se materializan. Lo propio ocurre con la ocurrencia de los riesgos imprevisibles cuyos efectos económicos deben analizarse, en cada caso, conforme a los criterios fijados por la jurisprudencia para el efecto.

Todo lo expresado explica porque las circunstancias no determinadas y no cuantificables de forma particular, comprendidas en el concepto de imprevistos, no pueden constituir riesgos previsibles. Precisamente por ello, no se tipifican, estiman y asignan en la matriz de riesgos, tal como lo exige el deber que impone el artículo 4 de Ley 1150 de 2007, durante la fase de planeación del contrato, sino

que se incluyen en la oferta del contratista, como parte de los costos indirectos asociados a la ejecución del respectivo contrato.

Ahora bien, aunque los imprevistos forman parte de los costos indirectos de un contrato, no se integran a la utilidad del contratista, como se explicó de forma detallada en el concepto OJ-0043 de 2019 y como se plantea con claridad en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia. Por ello, su pago solo puede ocurrir en los eventos en que se concretan situaciones susceptibles de encuadrarse en dicho concepto y hasta concurrencia del valor incluido para el efecto en la respectiva propuesta económica, que una vez seleccionada como la mejor para satisfacer las necesidades de la respectiva entidad pública, se integra al contrato estatal.

Tener una interpretación diferente, supondría entender que la utilidad del contrato, es superior a la incluida en la respectiva oferta, que fue objeto de evaluación durante el proceso de selección objetiva que se haya aplicado en cada caso. Todo esto explica la actual posición de la jurisprudencia Contencioso Administrativa sobre el particular, a la que se acudió como criterio interpretativo en el concepto OJ-0043 de 2019.

Sobre todo lo expresado, es pertinente resaltar que algunas de las precisiones efectuadas en su consulta desdibujan la figura de los imprevistos y descontextualizan las conclusiones planteadas por esta Oficina en N° OJ-0043 de 2019, por lo cual se considera necesario resaltar lo siguiente:

Por la vía de la autonomía de la voluntad, que si bien es limitada en los contratos estatales dado el interés público que se persigue con la celebración y ejecución de los mismos, las partes de los contratos acuerdan un porcentaje, calculado por el contratista que es el experto del negocio, que se podrá afectar únicamente en el evento de presentarse situaciones imprevistas asociadas a la ejecución del contrato.

Ello supone que el contenido obligacional del contrato está dispuesto para que, en tales eventos, no obstante el carácter imprevisto de dichas situaciones, el contratista pueda acudir a dicho rubro cuando éstas se concreten y solo hasta su monto. Si en el algún caso, el costo de las circunstancias imprevistas supera el valor o porcentaje que él estimó en su oferta para cubrirlas, no podrá en principio, efectuar reclamaciones por ese concepto, pues para ello, tendrá a su cargo la demostración de las circunstancias extraordinarias exigidas por la teoría de la imprevisión, definidas claramente en la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

Lo anterior, evidencia que no le asiste razón a la consultante cuando afirma que no considerar a los imprevistos como un riesgo previsible supondría imponerle al

contratista la carga de demostrar las exigencias de la teoría de la imprevisión o al procedimiento de revisión de precios, para poder hacer uso del rubro “I” del A.I.U. Esta interpretación no fue planteada en manera alguna en el concepto OJ-0043 de 2019, pues ella supone desatender las cláusulas expresamente pactadas por las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad. Se insiste sobre el punto en que, si en el valor del contrato se incluyó el rubro de A.I.U. existe la posibilidad de afectar el rubro “I” si las situaciones imprevistas se concretan, para esto el contratista deberá demostrarle a la entidad estatal que vigila la ejecución de su contrato –no al juez- su ocurrencia y su cuantía.

Por las mismas razones, carece de sentido la afirmación de la consulta, según la cual “difícilmente un empresario estaría dispuesto a tomar acción y cubrir con dineros propios el mayor valor que causa la materialización de los riesgos previsibles si no tiene la seguridad de que tal suma será recuperada”. Sobre el particular, se insiste en que el empresario –*proponente y luego contratista*-, como experto del negocio, estima el porcentaje o el valor de los imprevistos y que éste se afecta si tales imprevistos ocurren, luego, si se presentan su costo se imputa al referido rubro, lo que muestra que el contratista no cubrirá con sus recursos las circunstancias que pudieran constituirlos.

Cuestión distinta es que el valor o porcentaje estimado por concepto de imprevistos resulte insuficiente, en un caso concreto, para cubrir el costo total de las situaciones imprevistas que pudiera afectar la ecuación económica del contrato. En estos casos, sí le asiste al contratista el deber de demostrar, conforme a la teoría de la imprevisión su derecho a reclamar el excedente y para ello, deberá acudir a las autoridades judiciales competentes. Esta exigencia resultaría aplicable, aun en el evento en que se aceptara en gracia de discusión que los imprevistos son riesgos previsibles, pues no por ello las entidades deberían reconocer sumas adicionales a aquellas previstas en el contrato que contaron con la previa disponibilidad presupuestal para ampararlas.

Por lo demás, ello encuentra sustento en que tal como se expresó con antelación a partir del año 2007, al Estado no le asiste el deber de garantizar la utilidad que el contratista espera recibir cuando celebra y ejecuta un contrato estatal, aspecto sobre el que debe tenerse especial claridad al momento de analizar los riesgos asociados a una relación contractual determinada.

5. CONCLUSIONES:

1. En los contratos cuyo valor incluya A.I.U. las partes del mismo deben atender las condiciones pactadas. Para ello, deberán tener en cuenta la naturaleza de cada uno de los componentes de este factor, entre ellos los imprevistos, que no se integran a la utilidad y que no se causan por la sola ejecución del contrato.

El porcentaje de imprevistos corresponde, entonces, por su propia naturaleza, a un rubro que puede o no afectarse, según las condiciones de ejecución del contrato y que no le pertenece al contratista, como pago por sus servicios, por el solo hecho de haber ejecutado el contrato.

2. La evolución de la jurisprudencia Contencioso Administrativa ha mostrado con claridad que los rubros que integran el A.I.U. son independientes entre sí y que, por lo mismo, los imprevistos no forman parte de la utilidad, lo que significa que si no ocurren no hay lugar a su pago, pues de lo contrario, se incrementaría la utilidad del contratista, que fue objeto de su oferta económica y de evaluación en el respectivo proceso de selección.

3. En los eventos en que el valor correspondiente a los imprevistos, incluido en la oferta económica, resulte insuficiente para atender las situaciones imprevistas ocurridas durante la ejecución del contrato, el contratista deberá someterse a los requisitos fijados por la jurisprudencia, respecto de la teoría de la imprevisión. Si considera que puede legítimamente reclamar las sumas que exceden al porcentaje fijado por él mismo, como experto del negocio, deberá acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para realizar su reclamación y demostrar lo pertinente.

En los términos expuestos, se absuelve la consulta formulada.



JULIAN MAURICIO RUIZ RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica.

Proyectó: Catalina Flórez Salazar Contratista Oficina Jurídica
Revisó: Lucenith Muñoz Arenas
N.R. 2019ER0033229
RD 80112-033 Conceptos Jurídicos.

