

**Graduate School of Business - GSB**

**Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario**



**En el contrato de concesión No. 009 de 2015, celebrado bajo la modalidad de APP de iniciativa Pública, ¿el riesgo contractual referido a los “sitios inestables” corresponde a un riesgo previsible o no?**

**Estudio y análisis del laudo arbitral de la Concesión Transversal del Sisga S. A. S. vs. la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), identificado con el Radicado 121233 del 8 de octubre de 2021**

**Trabajo para optar por el grado de *Magíster* en Contratación Pública y su Gestión**

**Presentado por:**

**CAROLINA CABALLERO MÉNDEZ**

**MANUEL FERNANDO GARCÍA SUÁREZ**

**DANIEL FELIPE ZAPATA LUQUE**

**Bajo la dirección de:**

**OMAR ANDRÉS MARTÍNEZ SIERRA**

**Bogotá, D.C., 18 de noviembre de 2024**

**Graduate School of Business - GSB**

**Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario**



**En el contrato de concesión No. 009 de 2015, celebrado bajo la modalidad de APP de iniciativa Pública, ¿el riesgo contractual referido a los “sitios inestables” corresponde a un riesgo previsible o no?**

**Estudio y análisis del laudo arbitral de la Concesión Transversal del Sisga S. A. S. vs. la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), identificado con el Radicado 121233 del 8 de octubre de 2021**

**Trabajo para optar por el grado de *Magíster* en Contratación Pública y su Gestión**

**Presentado por:**

**CAROLINA CABALLERO MÉNDEZ**

**MANUEL FERNANDO GARCÍA SUÁREZ**

**DANIEL FELIPE ZAPATA LUQUE**

**Maestría en Contratación Pública y su Gestión**

**Bogotá, D.C., 18 de noviembre de 2024**

## **Agradecimientos**

De manera conjunta, cada uno de los autores de este trabajo quiere agradecer a Dios y a la Virgen, por la oportunidad de continuar nuestra formación académica y seguir en la preparación diaria, para ser profesionales y personas con un impacto positivo en la sociedad.

A nuestras familias expresamos nuestro más sincero cariño y agradecimiento por estar presentes durante todo el proceso y curso de esta maestría, así como la compañía y fuerzas que nos brindaron para culminar con éxito, un objetivo más.

A nuestros amigos, maestros, profesores, director del trabajo de grado, directores de la maestría y en especial a la Dra. María Teresa Palacio J., quien, a través de este nuevo programa de la segunda cohorte de la Maestría en Contratación Pública del GSB, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, nos ha permitido dar un enfoque diferencial e interdisciplinario a la contratación pública.

A todos ellos les manifestamos nuestra total admiración y respeto, agradeciendo el tiempo, las experiencias académicas y profesionales compartidas, que nos hacen “líderes con propósito” y, de esta manera, dejar un legado que trascienda en nuestra vida profesional y personal, en beneficio de nuestro país.

## **Dedicatoria**

A Dios, porque sin su presencia en nuestras vidas ninguna de nuestras actividades tendría razón de ser. A mis padres, quienes estuvieron, están y estarán en cada momento de mi vida.

### **Daniel Felipe Zapata Luque**

A Dios, por haberme permitido iniciar y culminar mis estudios de maestría; a mi esposo por su paciencia; a mi padre, quien ha sido un claro ejemplo en el desarrollo de mi vida profesional. Agradezco a mis tres madres: Icha (mi abuela), Mamo y la Virgen María, quienes, desde el cielo, guían mis pasos y, por supuesto, a mis compañeros de trabajo de grado, con quienes emprendí este camino.

### **Carolina Caballero Méndez**

A mi familia, por ser mi motivación y fuerza para seguir adelante. Ellos me han dado todo para ser la persona que soy y seré. En palabras del poeta William Ernest Henley, “Ya no importa cuán estrecho haya sido el camino, ni cuantos castigos lleve mi espalda, soy el amo de mi destino, soy el capitán de mi alma”.

### **Manuel Fernando García Suarez**

## Tabla de contenido

Introducción .....	16
Nudo o problemática.....	19
Las pretensiones de la Concesión Transversal del Sisga S. A. S.....	21
Las excepciones propuestas por la Agencia Nacional de Infraestructura .....	22
Consideraciones del Tribunal de Arbitramento .....	23
¿Qué se entiende por riesgo? .....	26
¿Cómo se realiza la estimación y tipificación de los riesgos? .....	28
¿Cómo es la calificación del riesgo que se realiza en la matriz de riesgos? .....	31
¿Cómo se asignan los riesgos?.....	32
¿El riesgo de los sitios inestables puede considerarse como un riesgo previsible? .....	36
Análisis de los sitios inestables, como riesgo geológico y de la naturaleza .....	38
¿Los sitios inestables pueden ser considerados un riesgo geológico? .....	38
¿Los sitios inestables pueden considerarse como un riesgo de la naturaleza? .....	44
¿Quién asume el riesgo cuando se presenta la fuerza mayor? .....	47
Causales de terminación anticipada del contrato .....	49
¿El caso estudiado se trata de equilibrio económico del contrato y no de fuerza mayor? ....	50
¿Actualmente, cómo es el tratamiento del riesgo en la política de riesgo contractual del Estado? .....	52
Descripción de las alternativas, estrategias y/o acciones que se tomen en el análisis del estudio, caso y/o solución al problema - Interrogante planteado .....	55
Conclusiones .....	57
Referencias.....	59

## **Lista de tablas**

Tabla 1 Identificación de fallos en unidades funcionales, Concesión Transversal Sisga ..... 40

Tabla 2 Alcance del tratamiento de fallos en concesión..... 41

## Lista de figuras

Figura 1 Infografía Contrato de Concesión 009 de 2015 .....	20
Figura 2 Gráfico definición de riesgo .....	27
Figura 3 Gráfica de la matriz de riesgos .....	30
Figura 4 Trazado Concesión Transversal del Sisga .....	42
Figura 5 Ciclo de gestión de riesgos .....	54

## Glosario

**Amigable componedor:** se refiere a la instancia permanente de solución definitiva de las controversias expresamente contempladas en la Sección 15. del Contrato de Concesión No. 009 de 2015, parte general.

**Anexo:** documento que se adjunta al pliego de condiciones de la licitación pública. En el caso objeto de estudio, se previó la matriz de asignación de riesgos.

**ANI:** es la Agencia Nacional de Infraestructura creada mediante el Decreto 4165 de 2011, como una agencia nacional estatal de naturaleza especial, del sector descentralizado de la rama ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte.

**Apéndice:** se trata del conjunto de documentos que se adjuntan al Contrato de Concesión, como parte de este. El contenido de cada uno de los Apéndices es el que se indica en el Contrato de Concesión.

**Asociaciones Público-Privadas** (En adelante, APP): son un instrumento que permite vincular al sector privado para proveer bienes y servicios públicos, asociados a una infraestructura. Las APP se materializan en un contrato celebrado entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica del derecho privado, a largo plazo, para la provisión de bienes públicos y sus servicios relacionados. En este, la retención y transferencia de riesgos entre las partes y la definición de los mecanismos de pago se relacionan con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio provisto (DNP, 2013).

**Asociación Público-Privada de Iniciativa Pública:** son aquellas APP, en las cuales el originador del proyecto es la entidad pública, encargada de realizar el procedimiento de selección de contratista, el cual se rige por la Ley 1508/2012, y en lo no previsto en ella por el Estatuto General

de Contratación. La fuente de pago del proyecto se puede dar a través de aportes de recursos públicos, la explotación económica del APP y por la combinación de estas (DNP, 2013).

**Asignación eficiente de riesgos:** los riesgos deben asignarse a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, con el objeto de mitigar el impacto que la ocurrencia de estos puedan generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio (Congreso de la República, Ley 1508/2012).

**Colombia Compra Eficiente (CCE):** es una entidad descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación (DNP), creada por el decreto Ley 470 de 2011. En esa medida, CCE es el rector del Sistema de Compra Pública de Colombia y ofrece a los partícipes del sistema de compra pública, herramientas para facilitar los procesos y fortalecer sus capacidades para obtener mayor valor por el dinero público en el Sistema de Compra Pública colombiana (Colombia Compra, s.f.).

**Contrato de Concesión:** son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona (denominada concesionario) la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público; o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario. Estos contratos están bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden (Ley 80 de 1993, art. 32).

**CONPES:** es el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), creado por la Ley 19 de 1958 y, mediante el Decreto Ley 627 de 1974, se reestructuró, donde se asumió el CONPES

como el principal organismo asesor del Gobierno nacional en todos aquellos aspectos que se relacionan con el desarrollo económico y social del país. Esta asesoría se materializa a través de textos denominados documentos CONPES (DNP, 2022).

**Cuarto de información de referencia:** es el lugar virtual (disponible vía Internet), en el cual la ANI deposita los documentos e información que tiene a su disposición, que pueda relacionarse con el proyecto, los cuales están a disposición de los interesados en contratar.

**Deber de planeación:** es una manifestación del principio de economía y tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido por los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica. De esta manera, se establece la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Asimismo, de ser necesario, deberá acompañarse de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; igualmente, tiene en cuenta qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resultan ser la más aconsejables, así como las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación, como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden (Consejo de Estado, Expediente N.º 21489/2012).

**Documentos CONPES:** son instrumentos de política a través de los cuales el Gobierno nacional establece directrices para el desarrollo del país en temas económicos y sociales. Existen varios tipos de documentos CONPES que atienden a los objetivos particulares que cada uno persigue, siendo el de política pública el más recurrente de todos. Por otro lado, la vigencia de estos documentos depende, en principio, del cumplimiento de todas sus acciones previstas en él, las cuales recaen en las distintas entidades públicas involucradas. De igual manera, el DNP, en su rol de Secretaría Técnica del CONPES, tiene la responsabilidad de establecer y hacer cumplir las directrices metodológicas para la elaboración, expedición y eventual modificación de estos documentos (DNP, 2022).

**Estudios de factibilidad - Fase 2:** los estudios de factibilidad, Fase 2, buscan definir la alternativa a la cual se le elaborarán diseños detallados, para lo cual es necesario profundizar sobre los aspectos técnicos, ambientales, sociales, económicos y financieros de las alternativas viables económicamente estudiadas en la Ingeniería Conceptual o Fase 1. Desde luego, la alternativa seleccionada no llegará al nivel de diseños detallados en esta fase; sin embargo, amplía la información de forma suficiente que permita tomar decisiones respecto a descartar, aplazar o adelantar la etapa de diseños detallados y la posterior construcción de la obra (INVIAS - Sociedad Colombiana de Ingenieros, s.f.).

**Estudios de detalle:** corresponde a los estudios y diseños necesarios para la ejecución de las intervenciones y que tendrán el alcance y deberán cumplir con lo señalado en el Apéndice Técnico 3 y en el Apéndice Técnico 1. Asimismo, comprenden todas las actividades de diseño detallado en todas y cada una de las áreas técnicas de ingeniería, consideraciones ambientales, sociales, prediales y de tráfico, y todo lo necesario para la ejecución de las intervenciones.

**Estudios y diseños - Fase 3:** es la fase en la cual se adelantan los diseños detallados suficientes y necesarios, no solo desde el punto de vista de diseño geométrico, sino también desde el punto de vista geotécnico, geomorfológico, de suelos, estructural, hidrológico, hidráulico y demás aspectos técnicos que permitan materializar y construir la alternativa seleccionada (INVIAS - Sociedad Colombiana de Ingenieros, s.f.).

**Evento eximente de responsabilidad:** es cualquier evento, circunstancia o combinación de eventos o circunstancias fuera del control razonable de la parte que lo invoca, que afecte en forma sustancial y adversa el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato en relación con los cuales se invoca, después de que la parte que lo invoca haya efectuado todos los actos razonablemente posibles para evitarlo. Al respecto, se entiende incluido dentro del evento eximente de responsabilidad cualquier evento de fuerza mayor, incluyendo la fuerza mayor predial, la fuerza mayor ambiental y la fuerza mayor por redes.

**Fondo de contingencias:** es el fondo de contingencias de las entidades estatales, creado mediante la Ley 448 de 1998, mediante la cual la ANI efectuará los aportes aprobados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, destinados a cubrir las contingencias que en virtud del presente contrato asume la ANI.

**Fuerza mayor o caso fortuito: i)** se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, entre otros. **ii)** Se refiere a la ocurrencia de uno de los eventos descritos en la sección 8.1 (e) de la parte general del Contrato de Concesión No. 009 de 2015.

**Matriz de asignación de riesgos:** instrumento utilizado en las metodologías de valoración de riesgos, “[...] que consiste en una lista concisa de los riesgos, normalmente agrupados por categorías homogéneas, que facilita el control de su incorporación contractual, dado que los riesgos solo pueden asignarse en el contrato de proyectos Tipo APP y sus consecuencias en el desarrollo del proyecto. La matriz de riesgos se puede adelantar al final del proceso de identificación y sirve para guiar el proceso de asignación de riesgos y de su análisis cualitativo y cuantitativo”.

**Principio de igualdad:** este principio de igualdad encuentra varias manifestaciones en la Ley 80 de 1993 (art. 24 y 30) y en la ley 1150 de 2007 (art. 5), toda vez que, para la selección del contratista, todos los participantes deben estar en condiciones de igualdad. En ese sentido, el principio de igualdad implica la garantía para las personas naturales y jurídicas que pretendan contratar con el Estado de que las oportunidades para todos serán las mismas, por lo que el Estado elegirá la oferta más favorable para la administración.

**Principio de publicidad:** les corresponde a las entidades estatales suministrarles a las personas oportunamente toda la información que no goce de reserva constitucional o legal. De esta manera, se advierte que esta información oficial debe ser completa, consistente, coherente, verificable,

comparable, contextualizada y oportuna. ( Corte Constitucional, Sentencia C-891, 22 de octubre del 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería).

**Riesgo contractual:** se refiere al “comportamiento de las variables fácticas que afectan los resultados económicos de un determinado proyecto, particularmente la diferencia entre las estimaciones de costos e ingresos *ex ante* (al momento de estructurar un proyecto o preparar la propuesta correspondiente) y lo que sucede en la realidad de su ejecución *–ex post–*. Es evidente que esa diferencia puede tener como consecuencia tanto costos mayores e ingresos menores a los inicialmente calculados *–dimensión negativa del riesgo–* como costos menores e ingresos mayores *–dimensión positiva del riesgo–*” (Durán et al., 2017, p. 2).

**Riesgo Geológico:** es la posibilidad de que los cambios en las condiciones geológicas del proyecto dificulten, impidan, modifiquen o retrasen la construcción de las obras del proyecto, incluyendo las que podrían catalogarse como complejas: por ejemplo, túneles, viaductos, puntos críticos, entre otros (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2011).

**Riesgo de la naturaleza:** son los eventos naturales previsible en los cuales no hay intervención humana que puedan tener impacto en la ejecución del contrato; por ejemplo, los temblores, inundaciones, lluvias, sequías, entre otros. Por lo tanto, la entidad estatal debe describir cada uno de los riesgos y determinar las posibles consecuencias de la ocurrencia de estos (CONPES, 2011).

## Resumen

El laudo objeto de análisis tiene el propósito de examinar la demanda arbitral presentada por el concesionario Concesión Transversal del Sisga S. A. S. (SISGA) en contra de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), con ocasión de la ejecución del contrato de Concesión No. 009 de 2015, Asociación Público-Privada de iniciativa pública de 4ª Generación. Entre las pretensiones de la demanda, el concesionario solicita la nulidad y/o ineficacia, según corresponda, de las cláusulas del contrato que le impusieron la obligación de intervención de los sitios inestables no identificados, que surgieran durante la ejecución del contrato. Para ello, se tiene en cuenta, que, **i)** en la matriz de riesgos se hizo una asignación deficiente del riesgo de sitios inestables, el cual se calificó como un riesgo constructivo, asignado en su totalidad al privado; y **ii)** en los estudios y documentos previos se señalaron solamente 57 sitios inestables por intervenir en actividades de rehabilitación, mientras que, durante la ejecución del contrato, surgieron más de 170 sitios inestables, lo que implicó un desequilibrio económico para el concesionario. En este trabajo, se analiza si el riesgo contractual de “sitios inestables” es imprevisible o no, con fundamento en la ley, los documentos CONPES, la jurisprudencia y la doctrina.

**Palabras clave:** Contrato de Concesión, App, distribución de riesgos en los contratos estatales, sitios inestables, riesgo geológico y de la naturaleza, fuerza mayor, deber de planeación, principio de igualdad, principio de publicidad.

## **Abstract**

The award under analysis deals with the arbitration claim presented by the Concessionaire (Concession Transversal del Sisga S. A. S.) against the National Infrastructure Agency – ANI, on the execution of Concession contract No. 009 of 2015, Public-Private Association 4th Generation public initiative. Among the claims of the lawsuit, the concessionaire requests the nullity and/or ineffectiveness, as appropriate, of the contract clauses that imposed on it the obligation to intervene in unidentified unstable sites that arose during the execution of the contract, taking into account, that: i) In the risk matrix, a poor allocation of the risk of unstable sites was made, classified as a constructive risk, assigned in its entirety to the Private and, ii) In the previous studies and documents, only 57 unstable sites were indicated intervene in rehabilitation activities while, during the execution of the contract, more than 170 unstable sites emerged; which implied an economic imbalance for the concessionaire. In this work, we analyze whether the allocation to the Private Sector of the risk of “unstable sites” was efficient and whether it is unpredictable or not; based on the law, CONPES documents, jurisprudence and doctrine.

**Keywords:** Concession contract; public-private partnership (PPP) project; distribution of risks in state contracts; unstable sites; geological and nature risk; Force Majeure; event exempts from liability; planning duty; equality principle; advertising principle.

## Introducción

El presente trabajo tuvo el objetivo de estudiar y analizar el laudo arbitral proferido el 8 de octubre del año 2021, con Radicación No.121233, por medio del cual el concesionario SISGA presentó una demanda en contra de la ANI, con ocasión de la ejecución del Contrato de Concesión No. 009 de 2015<sup>1</sup>, suscrito bajo el esquema de APP de 4ª Generación.

En la matriz de riesgos, documento que formó parte de la licitación pública, el riesgo asociado con los “sitios inestables” se calificó como un riesgo de “construcción”, asignado en su totalidad al privado. En consecuencia, en principio el concesionario en mención debía asumir los sobrecostos derivados de la mayor cantidad de obra realizada en dichos sitios inestables.

Ahora bien, en desarrollo de la etapa de construcción del contrato de concesión celebrado, el concesionario presentó una reclamación directa a la ANI, indicando que durante la ejecución del contrato se habían presentado un gran número de sitios de inestabilidad no contemplados en el Contrato de Concesión<sup>2</sup>, los cuales eran imprevisibles. Por tal razón, se solicitó se tomaran las medidas necesarias para conservar la conmutatividad del contrato. Por su parte, la ANI argumentó que se trataba de un riesgo contemplado en el contrato, por lo que no accedió a la solicitud del concesionario.

Como contraposición, el concesionario demandó esta situación ante un Tribunal de Arbitramento, al considerar que el riesgo de “sitios inestables” tuvo errores en su identificación y calificación, al catalogarse como un riesgo de “construcción” con una “probabilidad–frecuencia” y un “impacto–costo” de “Medio - Bajo”; contraviniendo los estudios de factibilidad (fase II) realizados por la ANI, que lo estimaba en “Alto – Alto”. Según el concesionario, dicho riesgo sí tenía el carácter de imprevisible y exógeno; razón por la cual no podía administrarse por este.

De conformidad con lo planteado, el análisis de esta investigación consistió en determinar si el riesgo contractual referido a los “sitios inestables” corresponde a la ocurrencia de un riesgo

---

<sup>1</sup> “El diez (10) de julio de 2015, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y la sociedad Concesión Transversal del Sisga S. A. S., celebraron el Contrato de Concesión No. 009 de 2015, bajo un esquema de asociación público-privada, cuyo objeto consiste en: “el otorgamiento de una concesión para que, de conformidad con lo previsto en este contrato, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, lleve a cabo el Proyecto. El alcance físico del Proyecto se describe en la Parte Especial y en el Apéndice Técnico 1”.

<sup>2</sup> “Para la demandante, en los documentos del Estructurador del Proyecto, se identificaron en el corredor vial objeto de la concesión, 57 sitios inestables. Así mismo, dicho Estructurador calificó el riesgo de Movimientos en Masa en alto a Muy Alto y la Matriz de Riesgo del Contrato calificó la probabilidad de frecuencia y el impacto - costo del Riesgo Constructivo en Medio - Bajo. Sin embargo, a lo largo de la ejecución contractual, a juicio de la convocante, aparecieron un gran número de sitios de inestabilidad que no se contemplaron en el Contrato de Concesión, desbordando las obligaciones asignadas y afectado el equilibrio económico del Concesionario.”

previsible o no. Para dar respuesta a dicho interrogante, se analizó el tratamiento en la asignación de riesgos en proyectos de infraestructura pública que se celebren en virtud de un contrato de concesión bajo la modalidad de APP de origen público.

Por tal razón, se trajeron a colación las consideraciones del laudo arbitral del concesionario SISGA vs. ANI, bajo el Radicado 121233 del 08 de octubre de 2021, que determinaron el sentido de este, los lineamientos de la política de riesgo contractual del Estado en proyectos de infraestructura prevista en los diferentes documentos CONPES<sup>3</sup> que eran aplicables al caso objeto de estudio y que en la actualidad ya no se encuentran vigentes, la jurisprudencia proferida por las altas cortes, en particular, el H. Consejo de Estado, en función de la fuerza mayor y la doctrina, los cuales le

---

<sup>3</sup> **“(iv) Documentos CONPES.** De conformidad con el “Manual Metodológico para la elaboración de Documentos CONPES” expedido por el DNP, los documentos CONPES plasman las decisiones de política pública aprobadas por el Conpes y constituyen una de las principales herramientas para su formulación e implementación. Estos documentos son el resultado de un trabajo coordinado y concertado entre diferentes entidades e instituciones del Gobierno nacional, donde se establecen acciones específicas para alcanzar los objetivos propuestos, más allá de las acciones misionales. El Departamento Nacional de Planeación - DNP, en su rol de Secretaría Técnica del Conpes y como máximo órgano encargado de la planeación nacional, debe liderar la elaboración y el seguimiento de los documentos CONPES, y presentarlos al Consejo para su aprobación.

Esta definición general ha encontrado acogida dentro de los conceptos que se han emitido por parte de esta Oficina, respecto de la naturaleza de los documentos CONPES. Sobre estos documentos se ha conceptualizado que los mismos reflejan la posición frente a las diversas materias que son sometidas a la consideración del Conpes. Estas posturas se materializan, por regla general, como recomendaciones para los miembros de la Administración, en razón a su naturaleza consultiva, las cuales sirven como instrumento de definición de políticas de orientación de la actividad de las distintas entidades públicas.

Así, estos documentos de manera general constituyen estudios cuya estructura responde a un diagnóstico de una problemática, la determinación del entorno jurídico de la misma, las soluciones factibles, las entidades concernidas, su coordinación y las actuaciones que deben realizarse en el marco de sus competencias a través de las cuales se implementan las recomendaciones. De estos documentos se destaca entonces, el contener una labor acuciosa de investigación que otorga elementos para racionalizar la actuación pública e inclusive puede contener propuestas de modificación normativa. Así, ha establecido esta Oficina que estos documentos reflejan la labor de coordinación de las diferentes entidades que lo componen, por lo que, dentro del Estado, como organismo consultivo y asesor del Gobierno nacional, permite la coordinación, diseño y formulación de las políticas públicas, las cuales serán orientadoras de la acción ejecutiva de cada una de estas entidades, en el marco de sus competencias”.

**“(v) Clasificación General de los documentos CONPES:** Respecto de su clasificación general, esta Oficina ha conceptualizado que los documentos CONPES pueden catalogarse en tres amplios tipos: Documentos de Política, Documentos de Aprobación o Autorización o documentos que contienen los dos elementos, también referidos como mixtos.

De forma general, los documentos de política son aquellos relacionados con el estudio, concepto o recomendación de acciones a implementar para la adopción de una política pública, planes o programas, o los relacionados al seguimiento de estas. Este tipo de documentos responde de manera general a las funciones consultivas y de coordinación del Conpes y definen políticas de orientación de la actividad de las entidades públicas.

Los documentos de aprobación o autorización son aquellos que someten al Conpes decisiones, en cumplimiento de un mandato legal, de manera que estas puedan ser aplicadas por los sectores administrativos o las entidades públicas que los conforman. Esta segunda clase de documentos se expiden en cumplimiento de un mandato legal, y constituyen un requisito indispensable para que se produzcan efectos específicos, por lo que los mismos tendrán un carácter decisorio que resulta obligatorio para sus destinatarios.

Existen también los documentos mixtos, que se caracterizan por contar con elementos de los dos tipos expuestos; contemplan lineamientos de política pública, así como un carácter decisorio frente a algunas cuestiones que implican vinculatoriedad para sus destinatarios” (Departamento Nacional de Planeación [DNP], 2022, p. 1).

Finalmente, se presentan las dos líneas jurisprudenciales definidas por las Altas Cortes sobre la vinculatoriedad de los documentos CONPES, de tal manera que la Corte Constitucional, en Sentencia C-105 de 2016, declaró el carácter no vinculante de las decisiones del CONPES [...]. Se observa entonces en los pronunciamientos de la Corte la relación entre el carácter consultivo del CONPES y la no vinculatoriedad de los documentos que expide dicho órgano, e incluso la inconstitucionalidad de transferir competencias constitucionales y legales en un tratamiento, en sentido estricto, de soft law; mientras que el Consejo de Estado, por su parte, en algunos pronunciamientos, como la Sentencia del 24 de septiembre de 2015, ha reconocido la importancia y el rol del CONPES y sus documentos [...]; sin embargo, solo ha validado los efectos vinculantes de sus decisiones cuando permiten la ejecución de una norma que contempla la participación de la entidad.

permitieron a los autores del presente trabajo de grado esgrimir su posición jurídica y técnica, en relación con la tesis adoptada por el tribunal de arbitramento.

## **Nudo o problemática**

El punto central de la discusión radicó en entender si en el Contrato de Concesión No. 009 de 2015, celebrado bajo la modalidad de APP de iniciativa pública, el riesgo contractual referido a los “sitios inestables” corresponde a un riesgo previsible o no. En ese sentido, el problema surgió al observar que las partes intervinientes en el Contrato de Concesión No. 009 de 2015, respecto al riesgo contractual de sitios inestables, comprenden de una forma diferente el alcance del concepto de previsibilidad, con base en lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, el concesionario afirma que solo le pueden transferir los riesgos previsibles y estos son los que contempló la entidad contratante (ANI) cuando estructuró el proyecto: 57 puntos críticos, mientras que, para la ANI, el concepto de riesgo previsible quiere decir que las partes previeron que había unos sitios inestables y que los 57 puntos críticos identificados al momento de estructurar el proyecto son solo de referencia. Finalmente, en uno de los anexos del contrato de concesión celebrado se estableció que el concesionario debía hacerse cargo de todos los sitios inestables que surgieran durante la ejecución del proyecto.

De conformidad con lo anterior, para la ANI, el concesionario está obligado a estabilizar todos los sitios inestables que se presenten durante la ejecución del contrato de concesión; es decir, hasta la terminación de la “Etapa de operación y mantenimiento”, mientras que, para el concesionario, su obligación contractual se agota con la intervención de los 57 sitios inestables identificados por el estructurador del proyecto en el corredor vial y su zona de influencia en los estudios de factibilidad (fase II).

Sobre esto, en el análisis que efectuó el Tribunal de Arbitramento, este consideró a los “sitios inestables” como un riesgo geológico y de la naturaleza, exógeno e imprevisible, que no puede administrarse por el concesionario y que, al momento de presentar su oferta, el concesionario no tenía manera de preverlo, ni cuantificarlo. En consecuencia, el tribunal de Arbitramento debía determinar si el concesionario estaba obligado o no, a intervenir todos los “sitios inestables” que se presenten en el corredor vial y su zona de influencia.

En ese orden de ideas, los autores del presente trabajo asumieron una posición crítica en relación con algunas consideraciones del laudo arbitral estudiado, con el fin de llegar a unas conclusiones propias respecto al debate aquí planteado. Es así como se abordó el estudio del riesgo contractual

de sitios inestables, desde su concepción negativa. No obstante, se resalta que también existe una dimensión positiva del riesgo contractual, tratada por algunos doctrinantes<sup>4</sup>.

**Figura 1**

*Infografía Contrato de Concesión 009 de 2015*



*Nota.* Datos tomados del portal ANI

A juicio de los autores del presente trabajo, respecto al riesgo contractual de sitios inestables, se debe entender que los 57 puntos críticos identificados al momento de estructurar el proyecto en los estudios y diseños de factibilidad (fase II) son un riesgo previsible que debía asignarse al concesionario. Igualmente, los demás sitios inestables no identificados estaban por fuera del control y alcance del concesionario. Por tal razón, ha debido ser un riesgo compartido entre el concesionario y la entidad contratante, con el objeto de evitar que dicho riesgo se vuelva un riesgo abierto y, en ese sentido, las partes han debido buscar los mecanismos para compartir dicho riesgo en el Contrato de Concesión celebrado.

<sup>4</sup> “ (...) Por otro lado, suele desconocerse la dimensión dual del riesgo, tanto negativa como positiva. Al hablar de riesgo, nos estamos refiriendo al comportamiento de las variables fácticas que afectan los resultados económicos de un determinado proyecto, particularmente la diferencia entre las estimaciones de costos e ingresos ex ante (al momento de estructurar un proyecto o preparar la propuesta correspondiente) y lo que sucede en la realidad de su ejecución —ex post—. Es evidente que esa diferencia puede tener como consecuencia tanto costos mayores e ingresos menores a los inicialmente calculados —dimensión negativa del riesgo— como costos menores e ingresos mayores —dimensión positiva del riesgo—. (P. 2, Propósito y efectos de la asignación de riesgos en contratos estatales, Álvaro Mauricio Durán Leal, Carlos Andrés Sánchez García, Álvaro José Gasca Moreno, Felipe Herrera Cardozo).

De manera previa a abordar el estudio y el análisis del caso, se presentan los principales argumentos esbozados por las partes y las consideraciones del Tribunal de Arbitramento en el laudo de la concesión SISGA vs. la ANI, con fecha de 8 de octubre de 2021, Radicado No. 121233, a saber:

### **Las pretensiones de la Concesión Transversal del Sisga S. A. S.**

Como consta en el laudo, la concesión SISGA adujo el advenimiento de sitios de inestabilidad no contemplados inicialmente, situación que, a su juicio, resultaba generadora de un desequilibrio económico del contrato. En tal sentido, como pretensiones relacionadas con los sitios inestables, SISGA solicitó, entre otras y de manera general, que se declarara que el Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión 009 de 2015 dispusiera lo siguiente:

[...] El Concesionario debería intervenir como mínimo cincuenta y siete (57) sitios inestables y que sin haberlos identificado y sin estudio al efecto, la ANI dispuso que el Concesionario estaría obligado a intervenir, como parte de la obligación o intervención de Mejoramiento, todos los sitios inestables que se identificaran y aparecieran hasta la terminación del Contrato.

De igual manera, SISGA solicitó el siguiente requerimiento:

Se declare respecto de la obligación de intervención de los sitios inestables no identificados en las tablas 9, 16, 23 y 29 del Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión 009 de 2015, lo siguiente:

- (i) Que la misma resulta y es parte de un Riesgo de la Naturaleza, exógeno, incierto, aleatorio, imprevisible, no imputable al Concesionario y no administrable ni manejable por el mismo por ser ajeno a su voluntad
- (ii) Que, por corresponder a un riesgo de la naturaleza, el Concesionario, al presentar su oferta no podía prever ni identificar el número de sitios inestables que surgirían al elaborar los diseños fase III, y que una vez elaborados estos, tampoco puede prever hasta la terminación del Contrato la aparición de nuevos sitios inestables, su frecuencia, alcance y costo de las intervenciones para mitigar los mismos
- (iii) Que dicho riesgo no corresponde, por su especificidad, al Riesgo Constructivo – Sobrecostos por Mayores Cantidades de Obra.

1.8. Se declare, respecto de la Matriz de Riesgo de la Licitación Pública VJ-VEAPPIPB-003-2014, lo siguiente:

(i) Que las inestabilidades del proyecto, identificadas y no identificadas, se incorporaron en el Riesgo de Construcción – Sobrecostos derivados de la mayor cantidad de obra. (...)

1.12. Que, por hacer parte del Contrato de Concesión, conforme al numeral 1.33 del mismo, se declare la nulidad y/o ineficacia de la valoración o estimación de MEDIO – BAJO relativas a la PROBABILIDAD – FRECUENCIA e IMPACTO – COSTO del Riesgo de Construcción – Sobrecostos derivados de mayor cantidad de obra, en lo relativo a zonas inestables. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2021, p. 16)

Se observa que, en las pretensiones relativas a sitios inestables, SISGA buscó la declaratoria de ineficacia y/o nulidad, según corresponda, de aquellas cláusulas del Contrato de Concesión y del Apéndice Técnico 1, que le imponían el deber de atender todos los sitios inestables que surgieran durante el plazo del contrato en el corredor vial.

Para ello, se expuso que la única información técnica disponible al momento de elaborar su oferta correspondía a los estudios de factibilidad (Fase II), elaborados por el estructurador del proyecto. Se determinaron 57 puntos críticos que se debían intervenir y que, durante la ejecución del contrato, surgieron más de 170 puntos inestables, lo que generó un desequilibrio económico. Además, se informó que en la matriz de riesgos se hizo una mala calificación y asignación de este riesgo, al establecer que era constructivo y estaba en su totalidad en cabeza del concesionario.

### **Las excepciones propuestas por la Agencia Nacional de Infraestructura**

Por su parte, la ANI, señaló como excepciones, entre otras, las siguientes:

6.3 EL CONCESIONARIO ESTÁ OBLIGADO A ASUMIR LOS RIESGOS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 009 DE 2015, Y TODO LO QUE DE ELLO SE DERIVE.

[...]

6.4 LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL CONCESIONARIO DEMANDANTE SON DE RESULTADO. (...) 6.7. INEXISTENCIA DE OBLIGACIONES A CARGO DE LA ANI EN RELACIÓN CON “SITIOS INESTABLES [...]

[...]

6.11. CUMPLIMIENTO DE LA ANI DE SUS OBLIGACIONES COMO CONCEDENTE DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 009 DE 2015. E INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO ATRIBUIBLE A LA ANI QUE SEA CAUSA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2021, p. 59)

En su defensa la ANI expuso lo siguiente:

El Concesionario con la presentación de su oferta dentro del proceso licitatorio aceptó que la referencia que se hizo a los sitios inestables fue a manera de referencia y que por tal razón debía atender los demás que aparecieran a lo largo del desarrollo contractual. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2021, p. 59)

En otras palabras, tal y como lo manifestó el Tribunal de Arbitramento al referirse a los argumentos de las partes frente a las pretensiones:

La ANI alega que el concesionario está contractualmente obligado a intervenir todos los sitios inestables del corredor vial, ya que así estaba previsto desde el pliego de condiciones de la licitación, que es vinculante para las partes en tanto se constituye en base de la oferta y del contrato mismo. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2021, p. 61)

### **Consideraciones del Tribunal de Arbitramento**

Previo a resolver la viabilidad de las pretensiones sobre los “sitios inestables”, el Tribunal de arbitramento consideró relevante tratar algunos aspectos contenidos en la Licitación Pública VJ-VEAPP-IPB003-2014, entre otros, la documentación disponible en el cuarto de información de referencia, entre la que se encontraba el estudio *Informe Ejecutivo “Proyecto Corredor 3” Villavicencio - Arauca* (incluye la Transversal del Sisga) - Sector 3.4 - Transversal del Sisga. Al respecto, se observó que esta es una de las pruebas que el Tribunal consideró de mayor relevancia, “porque dicho estudio técnico sirvió de base para dar viabilidad al proyecto y para la elaboración del referido pliego de condiciones”. Adicionalmente, se elaboró por el estructurador del proyecto. De dicho estudio, se destacó que el numeral “3.1. Plan de Intervenciones propuesto”, precisó que “la actuación a desarrollar consiste en la rehabilitación/pavimentación del Sector 3.4 Transversal del Sisga [...]”.

Por otro lado, el numeral 4.5., denominado “Estudio Geotécnico y Geológico”, incluyó los aspectos más significativos en relación con los sitios inestables, de ahí que, en particular, en el

acápito 4.5.3.2 del estudio, el cual se refiere a la geotecnia de las obras de tierra, cortes y terraplenes, el Tribunal destaque los siguientes apartes y conclusiones del estudio que considera indispensables, para solucionar la controversia presentada entre las partes:

(i) **El estructurador levantó un inventario de inestabilidades** (ii) que le permitió elaborar el diseño conceptual y los diseños de las medidas correctoras específicas, (iii) pero advierte (el estructurador) que **a lo largo de la vía “son constantes los derrumbes” y “cada temporada origina nuevas inestabilidades** y que (iv) el informe no abarca la intervención de todas las inestabilidades”; “Los interesados no disponían de información precisa sobre las condiciones geológicas de los lugares de trabajo distinta a la que hubieran podido obtener luego de su visita al corredor vial - prevista en el numeral 1.10.1 del pliego de condiciones (...)”; “Como conclusión del estudio realizado, se ha identificado una serie de cortes y terraplenes existentes que requieren la ejecución de medidas correctoras de estabilización, por su impacto sobre la vía actual

[...]

Hay que tener en cuenta, no obstante, que a lo largo del recorrido de la vía entre Sisga y Aguaclara, **son constantes los derrumbes o agrietamientos que se producen en la vía, debido a la fuerte dinámica de laderas existente y a la precariedad de muchos de los cortes o terraplenes actuales, de forma que cada temporada invernal origina nuevas inestabilidades de distinta índole. De esta forma el presente informe no pretende estabilizar todos ellos, sino exclusivamente los de mayor relevancia,** que originan incidencias constantes en la vía, algunas con incidencias notorias. (resaltado fuera de texto).

En tal sentido, el Tribunal afirma, que: “los concluyentes apartes citados del Informe Ejecutivo son indicativos de que **la única información técnica con base en la cual los interesados podrían realizar sus estimaciones y elaborar sus ofertas, no era otra que la que brindaba el estructurador del proyecto** porque, si bien es cierto que en el pliego de condiciones se les advertía que se trataba de información de referencia - numeral 1.9.- y se les asignaban los deberes de “visitar e inspeccionar los sitios en los cuales se desarrollará el Proyecto” y hacer “un examen cuidadoso de sus características, incluyendo los estudios, diseños, evaluaciones y verificaciones que consideren necesarios para formular la Oferta con base en su propia información” - numeral 1.10-. **Es evidente que los eventuales oferentes,** de acuerdo con el cronograma previsto para el proceso licitatorio - numeral 2.3. del pliego de condiciones -, cuyas fechas de apertura y cierre fueron el 29 de diciembre de 2014 y el 17 de abril de 2015, **no contarían con el tiempo suficiente para**

**adelantar una “campana de investigaciones” y levantar el inventario de zonas o sitios inestables** (resaltado fuera de texto).

Para la ANI, el concesionario pretendía desconocer lo previsto en los numerales 1.9.2<sup>5</sup> y 1.9.3<sup>6</sup> del pliego de condiciones que establecían que dicho estudio estaba disponible solo a modo informativo y los interesados debían basarse en sus propias estimaciones y cálculos, así como en sus propios estudios para la elaboración y presentación de sus ofertas. Adicionalmente, faltó la planeación por el privado, al reconocer el representante legal del concesionario que había presentado la oferta en función de los estudios elaborados por el estructurador del proyecto.

En este punto, pese a las advertencias del pliego de condiciones referidas a la información recogida en el “Cuarto de Información de Referencia” que ponían a disposición de los interesados, sólo a título informativo sin que generara responsabilidad a cargo de la ANI, el Tribunal consideró que se transgredió el mandato del numeral 5º, literal d) del artículo 24 de la Ley 80, según el cual, en los pliegos de condiciones, “no se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, exenciones de responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren [...]”. Obsérvese que se sienta una posición que propugna por reconocer que, en este tipo de casos, no puede endilgar al concesionario “falta de diligencia, cuidado y transgresión al principio de planeación”, cuando, de conformidad con lo probado en el proceso, se puede concluir que la oferta presentada se basó en la información técnica que estaba disponible en el estudio de estructuración del proyecto que había contratado la ANI.

Ahora bien, entre los argumentos presentados por la ANI en sus alegatos de conclusión se tiene que el responsable de administrar el riesgo de sitios inestables es el privado, debido a que “[...] a través del riesgo de diseño, construcción y de mayores cantidades de obra, conforme a lo estipulado

---

<sup>5</sup> “1.9.2 La disponibilidad de estudios y conceptos en el Cuarto de Información de 18 Referencia, sólo pretende facilitar el acceso a la información que reposa en los archivos de ANI y/o INVIAS. Por lo tanto, **los estudios y conceptos estarán disponibles a título meramente informativo**, entendiéndose por tanto **que no es información entregada por la ANI para efectos de la presentación de las Ofertas**, ni generan obligación o responsabilidad alguna a cargo de la ANI y por lo tanto, no hacen parte del Pliego de Condiciones ni del Contrato. En consecuencia, no servirán de base para reclamación alguna durante la ejecución del Contrato, ni para ningún reconocimiento económico adicional entre las partes, no previstos en el Contrato. Tampoco servirán para exculpar el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones adquiridas por las partes en virtud del Contrato. **Todo lo anterior, salvo que en el Pliego de Condiciones o en sus Anexos se haga referencia explícita a ciertos documentos situados en el Cuarto de Información de Referencia**, caso en el cual tales documentos o la parte de ellos a la cual se haga referencia explícita en el Pliego de Condiciones o en sus Anexos, tendrán solamente la obligatoriedad y aplicación que se prevea de manera explícita en el Pliego de Condiciones o en sus Anexos”. (Resaltado fuera de texto)

<sup>6</sup> “1.9.3 los Interesados, al elaborar su Oferta, deberán **tener en cuenta que el cálculo de los ingresos, costos y gastos, y cualquier otra información financiera**, cualesquiera que estas sean, **se deberán basar estrictamente en sus propios estudios técnicos y en sus propias estimaciones**. En todo caso, los estimativos técnicos que hagan los Interesados para la presentación de su oferta deberán tener en cuenta **que la ejecución del Contrato se regirá íntegramente por lo previsto en dicho Contrato y sus Apéndices y Anexos, así como en el Pliego de Condiciones**” (resaltado fuera de texto).

en el Contrato”. Según el criterio de los autores, el concesionario, al presentar su oferta, no podía prever ni identificar el número de sitios inestables que surgirían al elaborar los estudios (Fase III), y una vez elaborados estos tampoco podían prever la aparición de nuevos sitios inestables, su frecuencia, alcance y costo de las intervenciones para mitigarlos.

En ese orden de ideas, cabe preguntarse si al realizar los estudios de factibilidad (Fase II), la ANI cumplió con el deber de planeación para permitir el traslado eficiente del riesgo. En este punto, se observa que el artículo 11 de la ley 1508 de 2012, entre los requisitos para abrir procesos de selección de contratistas, para la ejecución de proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública, sólo exige tener estudios de factibilidad (Fase II), con el objeto de permitir el traslado eficiente del riesgo. Por lo tanto, al no formar parte dicha información de los documentos licitatorios, no podría aplicarse la previsión legal contenida en el numeral 5º, literal d) del artículo 24 de la Ley 80, según la cual, en los pliegos de condiciones, “d) no se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren”.

En el presente caso, lo que se plantea por parte del concesionario consiste en que la oferta se presentó en consideración a unas especificaciones técnicas, contenidas en los estudios de factibilidad (Fase II), consistentes en la atención de 57 puntos inestables, que correspondían a actividades de rehabilitación. Sin embargo, estas se cambiaron en el contrato de concesión (Apéndice Técnico 1), al incluir actividades de mejoramiento, que comprenden la atención de “todos” los sitios inestables “no identificados” que surgieran durante la ejecución del contrato.

Para el tribunal, en lo que se refiere a los sitios inestables, la controversia surgida entre las partes del contrato consiste en determinar si el concesionario estaba o no obligado a intervenir todos los “sitios inestables” que se presenten en el corredor vial y su zona de influencia. Ahora bien, para dar respuesta al problema planteado en desarrollo del presente trabajo se formularon los siguientes interrogantes, a saber:

### *¿Qué se entiende por riesgo?*

Al respecto, el diccionario de la Real Academia Española [RAE] (2023) definió el concepto de riesgo del siguiente modo: “1. la contingencia o proximidad de un daño 2. cada una de las contingencias de las que puede ser objeto un contrato” (párr. 1).

El artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, define el riesgo, como aquel: “Evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del proceso de contratación o en la ejecución de un contrato”.

De tal modo, las definiciones mencionadas recogen diferentes acepciones del concepto de riesgo, desde el punto de vista de la dimensión negativa, como lo sería equiparar el riesgo a un daño, tal como lo expresa el punto 1. de la definición de la RAE, o la referida a los riesgos presentes en el proceso de contratación, prevista en el Decreto 1082 de 2015.

En ese sentido, para el desarrollo del presente trabajo, se trajo a colación la definición elaborada por algunos doctrinantes, según la cual el concepto de riesgo:

Alude al comportamiento de las variables fácticas que afectan los resultados económicos de un determinado proyecto, particularmente la diferencia entre las estimaciones de costos e ingresos ex ante (al momento de estructurar un proyecto o preparar la propuesta correspondiente) y lo que sucede en la realidad de su ejecución –ex post–. Es evidente que esa diferencia puede tener como consecuencia tanto costos mayores e ingresos menores a los inicialmente calculados –dimensión negativa del riesgo– como costos menores e ingresos mayores –dimensión positiva del riesgo–. (Durán et al., 2017, p. 2)

## Figura 2

Gráfico definición de riesgo



*Nota.* Adaptado de *Propósito y efectos de la asignación de riesgos en contratos estatales* (p. 2), por A. M. Durán, C. A Sánchez, A. J Gasca, y F. Herrera, 2017, Editorial o Medio de Publicación.

En consecuencia, la definición anterior comprende la dimensión dual del riesgo contractual (dimensión negativa y positiva). No obstante, en este trabajo se aludió a la dimensión negativa del

“riesgo contractual”, que hace referencia a mayores costos e ingresos menores a los inicialmente calculados. Asimismo, atiende a que dichas variaciones se originan por factores externos a las partes contratantes, sin que sean atribuibles a la conducta antijurídica de cualquiera de ellas.

Ahora bien, la definición de riesgo contractual desarrollada por doctrinantes nacionales, antes citada, se debe armonizar con el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, que trata de la “distribución de los riesgos en los contratos estatales”, refiriéndose al “riesgo previsible”, así: “(...) Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir **la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible**s involucrados en la contratación (...)” (Resaltado y subrayado fuera de texto). A partir de la norma transcrita, surge el siguiente interrogante:

### *¿Cómo se realiza la estimación y tipificación de los riesgos?*

Los riesgos asociados al contrato se estiman y tipifican en la etapa precontractual en desarrollo del proceso de selección, en el instrumento denominado “matriz de riesgos”. En esa medida, para las APP de iniciativa pública, el numeral 11.5 de la Ley 1508 de 2012, dispone:

**Artículo 11 Ley 1508 de 2012. Requisitos para abrir procesos de selección de contratistas para la ejecución de proyectos de asociación público-privada, de iniciativa pública.** En los proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública, la entidad que invita a participar en el proceso de selección deberá contar antes de la iniciación del proceso de selección con:

[...]

11.5 La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto.

La norma citada es la única referencia que trae la ley al instrumento denominado “matriz de riesgos”, como requisito exigido para realizar una adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsible y las posibles contingencias asociadas al proyecto.

Por otra parte, el documento CONPES 3714 de 2011<sup>7</sup> fija unos criterios para la estimación de los riesgos y afirma que “en el ámbito del riesgo previsible, la estimación consiste en valorar la probabilidad de ocurrencia y el nivel de impacto de los riesgos que se han tipificado”. Sobre esto, una de las recomendaciones del documento CONPES 3714 de 2011 es la utilización de la matriz

---

<sup>7</sup> Nos referimos a este documento Conpes, porque era aplicable al caso objeto de estudio. No obstante, en la actualidad ya no se encuentra vigente.

de riesgos, al “solicitar a las entidades estatales realizar la conceptualización general del manejo de los riesgos previsible por medio de la adopción de una matriz modelo de manejo de los riesgos, para tenerlo como base del ejercicio que efectúen en cada proceso de selección regido por el Estatuto General de la Contratación Pública en virtud de lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007”.

Por otro lado, la Agencia Nacional - Colombia Compra Eficiente [ANCPCCE] (s.f.) elaboró un *Manual para la identificación y cobertura del Riesgo en los procesos de contratación*, dirigido a los partícipes en el sistema de compra pública, que da los lineamientos y principios metodológicos del manejo y gestión de los riesgos asociados al proceso de contratación. Dicho manual sugiere la utilización del instrumento “matriz de riesgos” y su elaboración se basa en el documento CONPES 3714 de 2011. Al respecto, es importante señalar que no se desarrolló este punto, debido a que este trabajo se ocupó de estudiar el “riesgo contractual”. Retornando al tema, algunos doctrinantes consideran lo siguiente acerca de la matriz de riesgos:

*La matriz de riesgos, así entendida, tendrá como propósito mostrar de manera esquemática y resumida el análisis que hizo la entidad contratante sobre la probabilidad y el impacto de los riesgos de un determinado proyecto que será objeto de un contrato estatal. Ese análisis es una de las herramientas que alimentará las decisiones que finalmente se tomen al momento de definir el contrato. Pero no tendría lógica alguna que ese análisis previo —uno entre muchos otros— ni mucho menos su presentación gráfica simplificada en forma de una matriz se integre al contrato mismo como uno de sus documentos. En el contrato deben consignarse las estipulaciones acordadas, con el nivel de detalle necesario para regular con precisión los derechos y obligaciones de las partes y la asignación de los riesgos. Esta exigencia, connatural a la técnica de redacción de contratos, no se cumpliría incorporando la matriz al contrato.*

A continuación, se presenta la gráfica de la matriz de riesgos, elaborada por la entidad contratante en desarrollo del proceso de selección No. LICITACIÓN PÚBLICA No. VJ-VE-APP-IPB-003-2014:

**Figura 3**

*Gráfica de la matriz de riesgos*

Probabilidad		Rango		Impacto		Rango		Probabilidad		Impacto	
Rara vez	B	0%	1%	Rara vez	B	0%	1%	B	1	B	1
Algunas veces	MB	1%	15%	Poco usual	MB	1%	15%	MB	2	MB	2
Frecuente	MA	15%	50%	Frecuente	MA	15%	50%	MA	3	MA	3
Muchas veces	A	>50%		Muchas veces	A	>50%		A	4	A	4

RIESGOS DEL PROYECTO TOTAL				PROBABILIDAD-FRECUENCIA					IMPACTO-COSTO					
ÁREA	TIPO DE RIESGO	EFECTO	ASIGNACIÓN DEL CONTRATO	Probabilidad-Frecuencia					Impacto-Costo					
				B	MB	MA	A		B	MB	MA	A		
PRELAL	Demoras en la disponibilidad de predios derivados de las actividades de gestión predial	Disponibilidad de predios	Privado		x				MB		x			MB
	Sobrecostos por adquisición (incluyendo apropiación) y compensaciones socioeconómicas	Mayores Costos	Público-Privado	x					B	x				B
Ambient y Social	Demoras en la obtención de las licencias y/o permisos	Mayor plazo	Privado			x			MA		x			MA
	Sobrecostos por compensaciones socio ambientales	Mayores Costos	Público-Privado			x			MA		x			MA
	Efectos desfavorables por decisiones de la entidad frente al movimiento o realización de cuentas de sesgo existentes, previstas en la estructuración.	Mayores costos y plazos	Público			x			MA	x				B
	Efectos desfavorables por decisiones de la entidad frente a la imposibilidad de ubicación de cuentas de sesgo nuevas, previstas en la estructuración. (No inclusión de cuentas de sesgo)	Mayores costos y plazos	Público	x					B	x				B
	Obras solicitadas por la autoridad ambiental, ocasionadas a la expedición de la licencia (permiso ambiental), por razones no imputables al concesionario	Mayores costos y plazos	Público			x			MA		x			MB
Intención de derecho de vía	Mayores costos y plazos	Privado		x				MB	x				B	
REDA	Sobrecostos por interferencia de redes	Mayores costos y plazos	Público-Privado			x			MA		x			MA
Diseño	Sobrecostos derivados de los estudios y diseños	Mayores Costos	Privado	x					B	x				B
	Sobrecostos por ajustes en diseños como consecuencia del trámite de licencias ambientales por razones no atribuibles al concesionario	Mayores Costos	Público		x				MB		x			MA
Construcción	Sobrecostos en diseños por decisiones de la ANI	Mayores Costos	Público	x					MB		x			MB
	Sobrecostos derivados de mayor cantidad de obras	Mayores Costos	Privado		x				MB		x			MB
	Alteración de precios de los insumos	Mayores Costos	Privado			x			MA	x				B

Ahora bien, uno de los argumentos presentados por la ANI en la contestación de la demanda se refiere a que la matriz de riesgos no formaba parte del contrato de concesión.

No obstante, el Tribunal de Arbitramento concluyó que la matriz de riesgos está prevista como un “anexo de los pliegos de condiciones” y el numeral 19.14 del Contrato de Concesión No. 009 de 2015 en la parte general, menciona expresamente, que “los pliegos de condiciones, con sus adendas y anexos” son documentos que forman parte del contrato. Con fundamento en lo anterior, debe entenderse que la matriz de riesgos sí forma parte del contrato de concesión. En el análisis que hace el Tribunal se le da prevalencia a la matriz de riesgos del siguiente modo:

[...] Al examinar la referida matriz, encuentra el Tribunal que, entre los diferentes ítems identificados en ese documento, el riesgo asociado con los sitios inestables se consideró como un riesgo del “Área” de “Construcción”, que el “Tipo de riesgo” se estableció como “Sobrecostos derivados de mayor cantidad de obra” y que su efecto, en caso de acaecer, repercutiría en “Mayores Costos”. Este riesgo se asignó al “Privado” y calificado con una “Probabilidad – Frecuencia” y un “Impacto – Costo” de “Medio – Bajo”.

Empero, los autores del presente escrito no están de acuerdo con la prevalencia que le da el Tribunal de Arbitramento a la matriz de riesgos en el laudo estudiado, al incorporar dicho instrumento al contrato. En este sentido, se consideró que la matriz de riesgos es tan solo una de las herramientas utilizadas que permite medir la probabilidad y el impacto de los riesgos. No obstante, en el contrato es donde se debe detallar la asignación y distribución de los riesgos asumidos por cada una de las partes. Por tal motivo, no resulta adecuado incorporar la matriz de riesgos al contrato. No obstante, si llegara a incorporarse la matriz de riesgos al contrato, éste debe contar con una cláusula de prelación de documentos (numeral 19.4 contrato de concesión No. 009 de 2015 - parte general), que resuelva este asunto, en el evento que se presente alguna diferencia y/o contradicción entre la matriz de riesgos y las estipulaciones contractuales.

Es de señalar que existen otros laudos en los que se plantea que la matriz de riesgos no forma parte del contrato, entre otros, el de la Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. ANI, del veintiocho (28) de febrero de 2019, APP de iniciativa privada, en el que se afirmó:

La asignación de riesgos se hace de conformidad con lo establecido en la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1508 de 2012, bajo la premisa de que éstos son asumidos por quien esté en mayor capacidad de soportarlos (...)

(...) Al respecto, debe reiterar el Tribunal que, como ya se indicó en otro aparte de este Laudo, **la Matriz de Riesgo no constituye en este caso parte del Contrato**, por lo cual es solamente una herramienta elaborada por el Concesionario, que fue entregada a la entidad estatal para efectos de que la misma determinará la viabilidad de la propuesta, no obstante lo cual la distribución de riesgos tiene como referente el Contrato (...)” (negrilla fuera de texto. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2019, pp. 37 y 131)

### *¿Cómo es la calificación del riesgo que se realiza en la matriz de riesgos?*

Para las APP de iniciativa pública, en la matriz de riesgos del respectivo proceso de contratación, la entidad estatal debe evaluar los riesgos combinando la probabilidad de ocurrencia y el nivel de impacto del evento. En otras palabras, debe estructurar un análisis del riesgo desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo.

Asimismo en el caso estudiado, en la matriz de riesgos del proceso de contratación se calificaron los sitios inestables como un riesgo constructivo, asignado 100% al privado, con una

“probabilidad-impacto” “medio- bajo”; contrario a lo que indicó el estructurador del proyecto, al calificar dicho riesgo en “Alto - Alto”. De acuerdo con lo anterior, surge la siguiente pregunta:

### *¿Cómo se asignan los riesgos?*

Como se indicó, el caso objeto de estudio se refiere a una APP de iniciativa pública y el marco jurídico aplicable a las APP se encuentra previsto en la Ley 1508 de 2012. En este punto, surge un debate conceptual, respecto a si se debe aplicar la Ley 1150 de 2007 o la Ley 1508 de 2012; dicha discusión se resuelve en los artículos 3 y 4 de la Ley 1508 de 2012, los cuales disponen que, en cuanto al ámbito de aplicación, los procesos de selección y normas de celebración y ejecución de los contratos de APP se ceñirán a lo indicado en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y las normas que los regulen y modifiquen, salvo en materias reguladas específicamente por la Ley 1508 de 2012, en su artículo 3. Además, con relación a los principios y la reglamentación aplicable a los esquemas de APP, señala que “le son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal” (Ley 1508, 2012, art. 4). Lo anterior es ratificado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, al afirmar lo siguiente:

(...) Delimitado el principio de planeación es claro que es esencial su aplicación en toda la actividad contractual del Estado, por lo que comprende a los esquemas de APP, en los que la propia Ley 1508 de 2012 en su artículo 4 remite a los principios de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007.

(...). (Consejo de Estado. Sentencia de 29 de enero de 2018. Rad. 57.421)

En ese orden de ideas, basados en la remisión expresa realizada por el artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, en el caso estudiado, se aplica el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, según el cual, “los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los **riesgos previsibles** involucrados en la contratación”. Por otra parte, el artículo 1º de la Ley 1508/2012, define a las APP del siguiente modo:

ARTÍCULO 1º. Definición. Las Asociaciones Público-Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.

De acuerdo con lo anterior, se observa que un elemento esencial de la definición prevista en el artículo 1 de la Ley 1508/2012, es que las APP implican la retención y transferencia de riesgos

entre las partes. Sobre el particular, el inciso 3 del artículo 4° de la Ley 1508 de 2012 determina que los riesgos deben asignarse a “la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de estos puedan generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio” (principio de asignación eficiente de riesgos).

Ahora bien, para materializar el principio de asignación eficiente de riesgos mencionado, la ley distingue si es una APP de iniciativa pública o privada<sup>8</sup>. Al respecto, es pertinente señalar que este estudio comprende las previsiones tal como contempla el artículo 11 de la Ley 1508 de 2012, que materializa el principio de asignación eficiente de riesgos ya aludido para las APP de iniciativa pública (por ser esta modalidad la del caso objeto de estudio), en donde la entidad contratante, antes de dar inicio al proceso de selección respectivo, debe cumplir, entre otras, con las siguientes previsiones:

**Artículo 11 Ley 1508 de 2012. Requisitos para abrir procesos de selección de contratistas para la ejecución de proyectos de asociación público-privada, de iniciativa pública.**

11.1 Los estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato. El modelo financiero estatal tendrá reserva legal.

[...]

11.5 La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto.

Para el concepto de esta investigación, el “principio de asignación eficiente de riesgos” no dependerá de si la APP tiene su origen en una iniciativa pública o privada, sino que le corresponde a las partes involucradas en el contrato hacer una adecuada estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles; coincidiendo en este aspecto con parte de la doctrina nacional, según la cual:

---

<sup>8</sup> Si se trata de una APP de iniciativa privada, la estructuración del proyecto se hace “por cuenta y riesgo” del Privado, en un proceso que tiene dos etapas, a saber: prefactibilidad y factibilidad. El principio de asignación eficiente de riesgos se cumple en la “etapa de factibilidad”, en la que corresponde presentar el análisis de riesgos asociados con el proyecto y la propuesta de distribución de estos entre las partes (Ley 1508, 2012, art. 14).

La aplicación del principio de asignación eficiente no sólo determina la asignación del riesgo, sino la forma más eficiente de que el mismo sea cubierto por la parte contractual correspondiente. Por ende, **generar una asimetría entre proyectos de iniciativa pública y de iniciativa privada respecto de los mecanismos de cubrimiento del riesgo, sin haber una razón de fondo** distinta de que en éstos últimos no se quiere que tales mecanismos contabilicen como “desembolso de recursos públicos”, también **genera la ineficiencia y contingencias descritas anteriormente para cuando se asigna un riesgo en contravía a dicho principio.** (Durán et al., 2017, p.9, resaltado fuera del texto)

Ahora bien, los autores de este escrito resaltaron la importancia que, entre las partes contractuales, se realice un ejercicio diligente al momento de identificar, estimar y asignar los riesgos, puesto que, en la medida en que se efectúe una asignación eficiente de los riesgos en el contrato, se fortalecerá el proyecto y se atenderán deberes como el de planeación y se prevendrán eventuales desequilibrios económicos que hagan inviable y/o conduzcan a la parálisis del contrato.

Por otra parte, el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, artículo 2.2.2.1.7.1, modificado por el artículo 16 del Decreto 438/2021<sup>9</sup>, establece que la entidad estatal competente es la responsable de asignar los riesgos que se pueden generar en los proyectos de APP. Esta norma prevé que dicho proceso de identificación, tipificación, estimación y asignación de riesgos se debe hacer de conformidad con los criterios establecidos en la ley y de acuerdo con la política de riesgo contractual del Estado para proyectos de infraestructura establecida en diferentes documentos CONPES. Para el caso en comento, se aplica lo siguiente:

(i) **El CONPES 3107/2001** - Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura”, el cual establece, que “[...] **las entidades estatales deben, en una primera instancia, identificar los riesgos y analizar si es el sector público o el privado quién tiene mejor capacidad de gestión,** mayor disponibilidad de información y mejor conocimiento y experiencia para evaluar más objetiva y acertadamente cada uno de los riesgos de un determinado proyecto. Adicionalmente, se debe evaluar qué parte está en mejor posición para

---

<sup>9</sup> “**ARTÍCULO 16. Modificación del artículo 2.2.2.1.7.1.** de la Sección 7 del Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Modifíquese el artículo 2.2.2.1.7.1. de la Sección 7 del Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, el cual quedará así:

**ARTÍCULO 2.2.2.1.7.1. Identificación, tipificación, estimación y asignación de riesgos.** La entidad estatal competente es la responsable de la identificación, tipificación, estimación y asignación de los riesgos que se puedan generar en los proyectos de Asociación Público-Privada. En el proceso de identificación, tipificación, estimación y asignación de los riesgos, las entidades deben realizar el análisis de acuerdo con los criterios establecidos en la ley, demás normas que regulen la materia y la política de riesgo contractual del Estado para proyectos de infraestructura”.

monitorear, controlar y asumir cada riesgo, y, con base en ello, definir su asignación, teniendo en cuenta las características particulares del proyecto y las condiciones del país en un determinado momento.

(ii) **El CONPES 3714 de 2011**, que trata del “Riesgo Previsible en el Marco de la Política de Contratación Pública”, en el acápite sobre criterios para la asignación de riesgos previsibles, estableció que “el traslado del riesgo no tiene connotaciones infinitas por lo que se recomienda no incluir en los pliegos de condiciones ni en las matrices de riesgos, traslados de riesgo o de responsabilidad en abstracto sin tipificación y estimación o cuantificación”.

(iii) **El CONPES 3760 de 2013** - “Proyectos viales bajo el esquema de APP: cuarta generación de concesiones viales”

Sobre lo anterior, se observó que el legislador guardó silencio sobre lo siguiente: ¿qué pasaría respecto de aquellos riesgos que son intransferibles?, o ¿cuáles son los límites que obligan al Estado a retener ciertos riesgos? Para dar respuesta a estos interrogantes, se traen a colación algunas consideraciones del laudo que dirimió las controversias entre Vía Pacífico S. A. S. contra la ANI (Biblioteca Digital, s.f.), que se refirió al régimen de APP de la Ley 1508 de 2012, a partir de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa, donde se resaltaron los siguientes elementos, a saber, del laudo en cuestión:

(i) Es una herramienta de vinculación de capital privado, por lo que se constituye en un modelo o esquema (...); (ii) **que tiene como pieza clave la celebración de un contrato entre el sujeto privado y el Estado**; (iii) a partir de un proyecto encaminado a proveer bienes públicos y los servicios con este relacionados; (iv) **donde opera un claro fenómeno de transferencia de riesgos**; (v) así como la retención en los mecanismos de pago; (vi) **ligados a que puede disponerse de una infraestructura o servicio con la calidad ofrecida** (Negrillas fuera del texto original).

El laudo citado analiza el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, que trata sobre la distribución de los riesgos en los contratos estatales, para concluir que, según esta norma, “los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y **asignación de los riesgos previsibles** involucrados en la contratación” (negrillas fuera del texto original). *A contrario sensu*, los riesgos imprevisibles, anormales o excepcionales no podrán ser objeto de asignación en los pliegos de condiciones. En este punto, el análisis se debe centrar en el siguiente aspecto:

### *¿El riesgo de los sitios inestables puede considerarse como un riesgo previsible?*

Sobre el particular, al definir el término “previsible”, la RAE (s.f.) se refiere a aquello “que puede preverse o entra dentro de las previsiones normales” (párr. 1). Por otra parte, el documento CONPES 3714 de 2011 definió los “riesgos preVISIBLES” del siguiente modo: “todas aquellas circunstancias que, de presentarse 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” (p. 14).

Aunado a esto, la jurisprudencia del Consejo de Estado, al tratar el tema de la imprevisibilidad, afirmó que esta se refiere a aquellos riesgos que no se previeron como tal en el contrato o que habiéndolo sido, sus consecuencias desbordan los límites previstos para la parte que lo asumió (Consejo de Estado, Sentencia del 19 de julio de 2018).

En el Laudo Vía 40 Express S.A.S. contra la ANI, de 30 de noviembre de 2020, al referirse al “deber de planeación” dispuso que este se traslada tanto a la entidad pública como al futuro proponente. En virtud de este deber, la entidad debe realizar los estudios y diseños que sean necesarios, antes de salir a contratar y el interesado, por su parte, debe realizar visitas de inspección a la vía y verificar la información existente en el cuarto de datos, la cual deberá tener en cuenta para confeccionar su oferta.

Lo anterior, aplicado al caso estudiado, se traduce en el deber de responsabilidad previsto en el numeral 1.10.1 del pliego de condiciones de la licitación pública VJ-VE-APP-IPB-003 de 2014, que afirma:

1.10.1 Será responsabilidad de los oferentes visitar los sitios en los cuales se desarrollará el proyecto. Los oferentes deberán realizar todas las evaluaciones y estimaciones que sean necesarias para presentar su oferta sobre la base de un examen cuidadoso de sus características, incluyendo los estudios, diseños, evaluaciones y verificaciones que consideren necesarios para formular la oferta con base en su propia información.

Lo anterior aunado a lo dispuesto en el numeral 1.9.2 del pliego de condiciones que establece que la información y los conceptos que están en el cuarto de información de referencia estarán disponibles solo a título meramente informativo y que, para presentar la oferta, es responsabilidad del interesado realizar la “debida diligencia” al proyecto. Esto quiere decir que, con la presentación

de la oferta, el proponente asume las obligaciones y los riesgos en el evento de resultar adjudicatario.

Con fundamento en lo anterior, los autores del presente trabajo consideraron que, para resolver el interrogante planteado, se debe distinguir, entre:

(i) Los sitios inestables identificados, 57 en total, los cuales se conocieron por las partes del contrato, al momento de estructurar el proyecto en los estudios de factibilidad (Fase II) y fue cumplida la debida diligencia por parte del futuro concesionario, al tener en cuenta la información que reposaba en el cuarto de información de referencia (estudios y diseños fase II), para elaborar la oferta. Dado lo anterior, deben considerarse como un riesgo previsible y, en consecuencia, dicho riesgo es transferible al concesionario.

(ii) Los sitios inestables no identificados que surgieron durante la ejecución del contrato y cuya ocurrencia desbordó los límites previstos por las partes, es un riesgo que no está sujeto al control del concesionario, en la medida en que no era posible conocer la extensión de dicho riesgo con la inspección ocular al sitio donde se desarrollaría el proyecto, ni con la elaboración de los estudios y diseños fase III por parte del concesionario. En consecuencia, el alcance y los efectos económicos de dicho riesgo, sólo se conoce al momento de la etapa de construcción; razón por la cual ha debido ser retenido por la entidad contratante.

Si se observa, los 57 sitios inestables a intervenir, determinados en los estudios de factibilidad (Fase II) y realizados al momento de estructurar el proyecto, son congruentes con los 57 sitios inestables identificados para las Unidades Funcionales UF1, UF2, UF3 y UF4 en las tablas 9, 16, 23 y 29 del Apéndice Técnico 1 del Contrato de Concesión 009 de 2015, como parte de la obligación de “rehabilitación”. Por tal razón, era menester que, al superarse dicho límite, el Estado era a quien le hubiera correspondido asumir ese riesgo, en aras de restablecer el equilibrio económico del contrato y no como lo pretendió hacer la ANI, esto es, transferir la totalidad de ese riesgo al concesionario.

Dada la distinción aquí planteada en relación con los sitios inestables que se dio en el presente caso, se concluyó en este estudio, que dicho riesgo puede compartirse entre el Público y el Privado, de tal manera que su gestión responda a criterios que amparen los efectos económicos producidos por la materialización del riesgo abierto y, de esta manera, cumplir con el principio de asignación

eficiente de riesgos previsto en el artículo 11 de la Ley 1508 de 2012, en lo concerniente a las APP de iniciativa pública y el deber de planeación que le corresponde a ambas partes.

### **Análisis de los sitios inestables, como riesgo geológico y de la naturaleza**

En el laudo objeto de estudio, el análisis que efectuó el Tribunal de Arbitramento afirmó que los puntos críticos o sitios inestables son además un riesgo exógeno de la naturaleza y geológico que está por fuera del control del concesionario. Por tal motivo, se aborda el análisis del riesgo geológico y de la naturaleza, la posición de las partes y las consideraciones del Tribunal, con el fin de dar respuesta a los siguientes interrogantes, a saber:

#### ***¿Los sitios inestables pueden ser considerados un riesgo geológico?***

El documento *Metodología de valoración de obligaciones contingentes para proyectos de infraestructura: el caso colombiano*, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2011), define al “riesgo geológico” del siguiente modo:

La posibilidad de que cambios en las condiciones geológicas del proyecto dificulten, impidan, modifiquen o retrasen la construcción de las obras del proyecto, incluyendo las que podrían ser catalogadas como complejas: por ejemplo, túneles, viaductos, puntos críticos, entre otros. Teniendo en cuenta la complejidad e incertidumbre de este riesgo, los sobrecostos se suelen compartir entre el público y el privado. Para la valoración de este riesgo también se considera una variable de corte transversal. (p. 1)

El laudo de Concesionaria Vial de los Andes S.A. - Coviandes S.A. contra la ANI, de fecha veinte (20) de diciembre de 2022, al referirse al riesgo geológico, afirmó:

(...) De esta manera, el criterio general para determinar el riesgo geológico parte del perfil geológico de los terrenos establecido en los estudios y diseños elaborados por el constructor y aprobado por la interventoría de diseños y los cambios presentados en los terrenos conforme al perfil geológico encontrado durante la excavación del túnel, para cada abscisa considerada al momento de realizar la excavación.

El perfil geológico de un terreno comprende el conjunto de sus componentes geológicos, geotécnicos y geomecánicos, su descripción geológica, ubicación, características, elementos, estructuras y permite clasificarlos en ciertos tipos o categorías de terreno (...). (p. 105)

De tal modo, concluyó lo siguiente:

(...) Los ítems de riesgo geológico son aquellos que por tratarse de obras subterráneas, no se puede tener conocimiento certero de la cantidad real a ejecutar, sino solo hasta ejecutar la obra y que dependen directamente del tipo de terreno que se encuentre en campo; pese a contar con estudios geológicos y geotécnicos dentro de los estudios y diseños fase III que permitieron determinar de forma preliminar unas cantidades que son la base para el reconocimiento del pago al constructor (...). (Laudo Coviandes S. A. vs. ANI, 2022, p. 109)

En el laudo referido, la posición de Coviandes S. A. respecto al riesgo geológico consistió:

[En que] (...) tal riesgo no está asignado, estimado, ni remunerado y es imprevisible, además de ser distinto al riesgo de construcción (...) los riesgos imprevisibles no son objeto de asignación porque no es posible anticiparlos, ni estimarlos y todas las cláusulas de riesgo deben entenderse desde la perspectiva de los riesgos previsibles y la prohibición de sus alcances ilimitados. Añade que el riesgo geológico, es de la naturaleza, anormal, extraordinario e imprevisible y se asignó a la ANI (...). (Laudo Coviandes S. A. vs. ANI, 2022, p. 221)

A partir de lo anterior, se realiza a continuación un análisis desde el punto de vista técnico de las condiciones del riesgo geológico y los estudios de factibilidad (Fase II) realizados. En primer lugar, es pertinente advertir que la Ley 1508 de 2012, en el artículo 11, numeral 11.1, exige que, previo al inicio del proceso de selección, para el caso de APP de iniciativa Pública, las entidades cuenten con estudios y diseños de factibilidad (Fase II). Esta es una manifestación de los principios de planeación y asignación eficiente de riesgos. A continuación, se transcribe el artículo referido:

ARTÍCULO 11. Requisitos para abrir procesos de selección de contratistas para la ejecución de proyectos de asociación público-privada, de iniciativa pública. En los proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública, la entidad que invita a participar en el proceso de selección deberá contar antes de la iniciación del proceso de selección con:

11.1 Los estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación de este, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato. El modelo financiero estatal tendrá reserva legal.

En los estudios de referencia (Fase II), que sirvieron de base para la apertura del proceso de selección: LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-APP-IPB-003 de 2014, el Capítulo 4 - Estudio geotécnico y geológico, expresaba:

El presente documento: “Capítulo 4. Estudio Geotécnico y Geológico”, tiene por objeto conocer las características geológicas y geotécnicas fundamentales de los terrenos atravesados por el corredor, **con el fin de diseñar conceptualmente la estabilización de los puntos inestables que presenta la vía en la actualidad**, con los alcances correspondientes a **una rehabilitación de la vía**<sup>10</sup> (Negrillas fuera del texto original).

Obsérvese que el alcance dado al proyecto, al momento de estructurarlo, era el de una “rehabilitación”, determinando un número específico de puntos críticos o zonas inestables para intervenir, de conformidad con lo expresado en la Tabla 1, esbozada a continuación:

**Tabla 1**

*Identificación de fallos en unidades funcionales, Concesión Transversal Sisga*

Unidad funcional	Distancia (km)	Tipo de intervención	Zonas de obras especiales, puntos críticos, zonas inestables (Apéndice 1)
U.F.1	49.16	Rehabilitación	32
U.F.2	21.98	Rehabilitación y reconstrucción	7
U.F.3	17.8	Rehabilitación y reconstrucción	2
U.F.4	48.9	Rehabilitación y reconstrucción	15

Nota. Elaboración propia, adaptado de *Corredor transversal del Sisga*, por ANI, 2014b, <https://www.ani.gov.co/corredor-transversal-del-sisga>

La metodología utilizada para la elaboración del estudio plantea los siguientes hitos:

<sup>10</sup> Aparte tomado de laudo arbitral de la concesión SISGA y basado en los documentos técnicos de la estructuración del proyecto

**Tabla 2***Alcance del tratamiento de fallos en concesión*

<b>Fuentes de información</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Documentación ANI - FONADE</li> <li>• Documentación geológico-geotécnica del entorno del corredor</li> <li>• Normativa aplicable</li> <li>• Documentación INGEOMINAS</li> <li>• Documentación INVIAS</li> </ul>
<b>Determinación de incidentes</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sucesos concretos</li> <li>• Resultados de inspección del servicio de conservación de carreteras</li> </ul>
<b>Revisión en campo de las carreteras</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Situación actual de las zonas con incidencias</li> <li>• Evaluar el estado de las vías</li> <li>• Producto: inventario de taludes que presentan inestabilidad</li> </ul>
<b>Diseño conceptual</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Basados en información secundaria y contrastados con la investigación en campo</li> </ul>

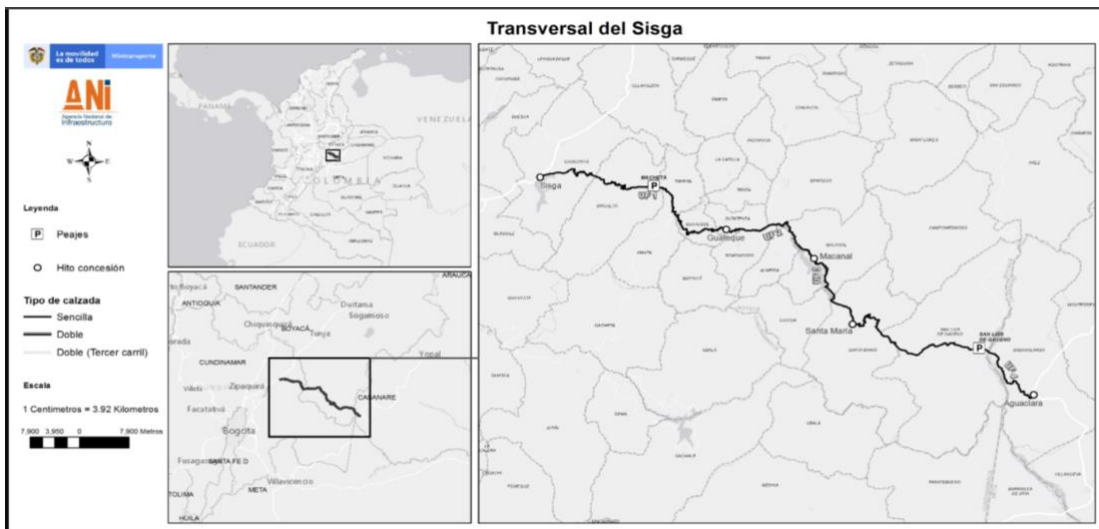
*Nota.* Elaboración propia, adaptado de *Corredor transversal del Sisga*, por ANI, 2014b, <https://www.ani.gov.co/corredor-transversal-del-sisga>

Según la información inicial con la que contaba el proyecto, esto es, los estudios de factibilidad (Fase II), la ANI conoció que la zona en la que se iba a desarrollar el proyecto era de alta inestabilidad y que dicho fenómeno se veía agravado por las temporadas invernales; de tal modo, aparecieron nuevos puntos críticos, lo que materializa la ocurrencia del riesgo geológico. A raíz de lo anterior, se presentan las consideraciones realizadas en el estudio del estructurador del proyecto:

Hay que tener en cuenta, no obstante, que a lo largo del recorrido de la vía entre Sisga y Aguaclara, son constantes los derrumbes o agrietamientos que se producen en la vía, debido a la fuerte dinámica de laderas existente y a la precariedad de muchos de los cortes o terraplenes actuales, de forma que **cada temporada invernal origina nuevas inestabilidades de distinta índole**. Lo anterior, **no significa que se trate de un riesgo previsible**, puesto que la ocurrencia de nuevas inestabilidades no era identificable, ni cuantificable en condiciones normales, es decir, se tornaba imprevisible”. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2021, p. 66, negrillas y resaltado fuera del texto)

## Figura 4

### Trazado Concesión Transversal del Sisga



*Nota.* Tomado de *Home*, por ANI, s.f., [www.ani.gov.co/](http://www.ani.gov.co/)

Por otra parte, en las pruebas testimoniales practicadas al personal del concesionario se realizaron las siguientes declaraciones:

- Cuando hicimos el recorrido hay varias de las zonas complejas que surgen por intervención antrópica, agrícolas, de temas de granjas que botan agua en el sector y (des)estabilizan por esa intervención, pues un proponente por más diligencia que sea, pues no puede entrarse a la propiedad de otros con una licitación a mirar si está botando una finca agua de manera irregular a una ladera estabilizándola, no tiene cómo hacerlo y no puede metérsela al otro en su propiedad privada, no [...]. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2021, p. 69)

A partir de las pruebas practicadas e información técnica disponible, como son los estudios de factibilidad (Fase II), publicados en el cuarto de referencia por la ANI antes del inicio del respectivo proceso de selección, información técnica disponible para todos los interesados y, conociendo que el concesionario era el encargado de realizar los estudios y diseño de detalle (Fase III), se arguye que las partes intervinientes en el contrato conocían que la zona del trazado de la vía era de alta inestabilidad. En tal medida, los estudios de factibilidad (Fase II) identificaron 57 puntos críticos y era del conocimiento de las partes que podían surgir nuevos sitios inestables, sobre los cuales no era posible determinar su alcance, hasta tanto se estuvieran desarrollando las actividades en la fase constructiva del proyecto.

Con fundamento en lo anterior, el nivel de incertidumbre en relación con la materialización del riesgo geológico de sitios inestables era alto-alto (impacto-ocurrencia). No obstante, hay que distinguir lo siguiente: (i) los 57 puntos críticos ya identificados eran un riesgo previsible que podía trasladarse al concesionario, y (ii) los “nuevos sitios inestables” que podrían surgir, cuyo nivel de incertidumbre era alto y ninguna de las partes conocía su alcance y/o nivel de impacto, en el evento que dicho riesgo se materializara, debería retenerse por la entidad contratante.

En ese orden de ideas, este estudio consideró que transferir el riesgo geológico de sitios inestables completamente al concesionario podría afectar la ejecución y el equilibrio económico del contrato. Además, no sigue el principio de asignación eficiente de los riesgos previsto en la ley, dado que, el privado no contaba con las herramientas e información suficiente para estimar razonablemente el alcance del riesgo de “sitios inestables”, ni las medidas que tendría que tomar, para poder gestionarlo, controlarlo o mitigarlo. En consecuencia, se estimó que dicho riesgo debe compartirse entre el Privado y la entidad contratante, a quien le corresponde retener el riesgo geológico de materialización de nuevos sitios inestables, a efectos de que no se paralice el contrato.

Por lo tanto, se observó que, al momento de la presentación de la oferta, la única información técnica disponible era la publicada por la entidad contratante. Igualmente, de haber contado con una mayor información técnica disponible, tampoco se hubiera podido prever la materialización del riesgo geológico de los nuevos puntos críticos y/o sitios inestables, por ser un riesgo abierto cuyo alcance solo se conocería al momento de desarrollar las actividades en la vía. A continuación, se detallan algunos apartes de las pruebas practicadas, en el caso objeto de estudio:

SR. MARULANDA: No señor, pues los diseños fase dos los hace el estructurador pues tiene un tiempo extenso para hacerlo, pero evidentemente no puede hacer fase tres porque implica todo un levantamiento de datos de detalle, topografía de detalle, investigaciones geotécnicas de detalle, levantamiento batimétricos en los cauces que no tiene cómo hacerlo por restricciones de acceso por restricciones de tiempo y además presupuestales, **un estudio de fase tres pues tiene un costo significativo pues que un proponente no puede hacer a riesgo para preparar una licitación.** Precisamente el objeto de una concesión uno de los primeros alcances es hacer la ingeniería de fase tres o sea está dentro del alcance del adjudicatario. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2021, p. 69)

También es pertinente que se establezca que, en términos prácticos, no es posible determinar la frecuencia de ocurrencia de estos sucesos, teniendo en cuenta factores como el trazado existente de la vía, antigüedad del corredor vial, condiciones climáticas de las zonas intervenciones

antrópicas, condiciones geológicas y geotécnicas. En este orden de ideas, según el Tribunal de Arbitramento, aunque se cuenta con el nivel de detalle que brindan los estudios en Fase III, se debe tener en cuenta que la ocurrencia de dichos eventos entraría en el campo de la fuerza mayor por ser un evento imprevisible:

[...] Por otra parte, el Tribunal no le encuentra sentido ni apego a la ley a la instrucción de la entidad contratante, según la cual **los interesados debían basarse “estrictamente en sus propios estudios técnicos y en sus propias estimaciones”** para elaborar sus propuestas si, como se verá más adelante, no sólo se trataba de un ejercicio inocuo **en tanto gran parte del terreno sobre el que se asienta el corredor vial es calificado por los expertos como de inestabilidad crítica, con lo que apuntan a significar que no es posible anticipar con certeza la aparición de nuevos sitios inestables.** (Cámara de Comercio de Bogotá, 2021, p. 70)

De conformidad con el desarrollo del punto anterior, se precisan las siguientes consideraciones en el aspecto técnico, para el riesgo geológico, a saber:

1. En la viabilización del proyecto de concesión y su licitación, no es posible contar con estudios en Fase III, puesto que no es una exigencia legalmente establecida a causa de los altos costos que implica su desarrollo adicional y el poco tiempo con el que contaban los interesados en participar en el proceso de selección, sin tener la certeza de ser el adjudicatario del contrato a celebrar.
2. El nivel de incertidumbre para determinar la frecuencia de eventos relacionados con eventos geológicos con estudios en Fase II se puede catalogar como alto, máxime si en la documentación de viabilización del proyecto se ha encontrado que estos eventos son frecuentes.
3. Determinar la frecuencia y localización de eventos geológicos no es predecible de manera técnica, aunque sí se pueden determinar áreas específicas de mayor probabilidad de ocurrencia de estos eventos. Depende de la documentación e información disponible o estudios a realizar, para que estas áreas sean identificadas

***¿Los sitios inestables pueden considerarse como un riesgo de la naturaleza?***

Al respecto, se evidenció que, en la demanda presentada por el concesionario señalado, en relación con la intervención de sitios inestables no identificados, se solicitó que se declarara que era un “riesgo de la naturaleza”, exógeno, incierto, imprevisible y, en consecuencia, no imputable al

concesionario. Lo anterior se expuso teniendo en cuenta que, en la presentación de la oferta, ni con la elaboración de los estudios de detalle (Fase III), le era posible conocer al concesionario cuál era la extensión de sus obligaciones en lo relacionado con el número de sitios inestables no identificados que aparecieran con posterioridad, su frecuencia y costos para estabilizarlos. Por ende, se señala que dicho riesgo no puede calificarse como un riesgo constructivo que es cierto y previsible, ni reconocidos los sobrecostos por mayores cantidades de obra.

Por consiguiente, el Tribunal, acogiendo los argumentos presentados por el concesionario, concluyó que la intervención de los sitios inestables en el corredor vial sí era un riesgo de la naturaleza, que estaba por fuera del control de las partes. En esa medida, el análisis que realizó el Tribunal, entre otras pruebas, se basó en aspectos relevantes de la entrevista realizada al perito<sup>11</sup>, quien afirmó que los sitios inestables corresponden a un riesgo geológico y de la naturaleza, no

---

<sup>11</sup> Extracto de entrevista al Perito tomado del Laudo *Sisga vs. ANI*: “SR. MARULANDA: Sí, de lo que he visto y yo creo que precisamente ese es el problema que tratan de estandarizar en contratos-tipo esa asignación de riesgos cuando las realidades geológicas y geotécnicas son tan diferentes, tal vez incluir el riesgo geológico y geotécnico en un corredor plano como llámese no sé de Ruta del Sol tramo 2 pues que es plano sin taludes, sin grandes variabilidades geotécnicas pues ahí puede uno decir la variabilidad y la incertidumbre geológica y geotécnica y el consecuente riesgo es menor, entonces pues tal vez ahí pueda darse ese manejo, pero en un corredor con esta complejidad geológica y geotécnica con esta cantidad de inestabilidades tipificar el ... (riesgo) como si fuera un riesgo con control del contratista ahí está el error. Entonces precisamente ante su pregunta creo que el problema precisamente es que tratan de estandarizar el mismo manejo cuando pues debería ... en cada caso.

[...]

DR. ARIZA: [...] Mi pregunta por lo que usted estudió, por lo que usted vio, ¿este es un riesgo administrable por el asociado o se sale del control de esa verificación o tema de imprevisibilidad, por temas de no cuantificación, por la intervención del hombre y por un contrato que llega hasta el 2040?

SR. MARULANDA: El riesgo geológico geotécnico es evidentemente un riesgo de naturaleza y exógeno que no es administrable por parte de un contratista y no tiene cómo manejarlo de manera adecuadamente tal vez es el mejor ejemplo de un riesgo de la naturaleza, entonces no tenía elementos y el principio bien aceptado de manejo de riesgos es que el riesgo es asignado a la parte que mejor pueda manejarlo, en este caso claramente no lo podía manejar porque no tenía como preverlo y cuantificarlo.

DR. ARIZA: [...] dice usted que este documento de metodología de valoración y seguimiento de riesgos del Ministerio de Hacienda califica los riesgos de la naturaleza como riesgos exógenos que son aquellos que no se pueden controlar y lo diferencia de los riesgos endógenos que existe algún grado de control, ¿en este caso concreto empiezo por el final estamos de cara a esa definición del Ministerio de Hacienda ante un riesgo endógeno o un riesgo exógeno?

SR. MARULANDA: Es un riesgo exógeno, de naturaleza, por fuera del control del contratista.

DR. ARIZA: Mi pregunta es la misma y perdóneme la... ¿usted podría haber hecho esa afirmación sin que exista esa metodología de valoración y de seguimientos de riesgos en los contratos estatales del Ministerio de Hacienda?

SR. MARULANDA: Pude haber hecho esa afirmación, pero obviamente el hecho de que además esté amparada en una metodología desarrollada por el Ministerio de Hacienda pues le da mayor contundencia.

[...]

DR. ARIZA: Listo, vuelvo al peritazgo en su parte final y le hago una pregunta, es la siguiente usted dice en ese capítulo 13 que usted invoca la experiencia nacional e internacional sobre estos asuntos, ¿puede resaltar digamos la experiencia internacional en el manejo de este tipo de asuntos?

[...]

SR. MARULANDA: Sí la resalté hace un tiempo, pues hace unas preguntas perdón, pero lo vuelvo y lo resalto nuevamente entonces vuelvo y enfatizo que la evolución de prácticas contractuales sobre asignación de riesgo geotécnico es que se le debe asignar al contratante, es decir, al dueño del proyecto que es el que seleccionó el sitio del trazado y tiene un mayor tiempo para estudiar, caracterizar y analizar el mismo y que tiene una mejor probabilidad de gestionarlo [...].”

administrable por el concesionario. Para llegar a esa conclusión, el perito hizo referencia a la metodología de valoración y el seguimiento de riesgos, elaborada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2011).

Al respecto, la metodología señala que el riesgo de la naturaleza corresponde a “los eventos causados por la naturaleza sin la intervención o voluntad del hombre, que, aunque pueden ser previsibles, están fuera del control de las partes (irresistibilidad)” (p. 1). Por otra parte, en el escrito de alegatos, la ANI (s.f.) expresó que “[...] **el responsable de administrarlo**, a través del riesgo de diseño, construcción y de mayores cantidades de obra, conforme a lo estipulado en el Contrato, **es el concesionario privado**” (Negrillas fuera del texto.) (p. 1).

De conformidad con lo anterior, en concepto de los autores de este trabajo, es acertado considerar el riesgo de sitios inestables como un “riesgo de la naturaleza”. No obstante, se estima que se debe hacer la distinción entre aquellos identificados en los estudios y diseños de factibilidad (Fase II), cuyo alcance se conocía y los cuales se podían transferir al concesionario. De igual modo, los nuevos “sitios inestables”, que superan el alcance previsto en el contrato y que afectan el equilibrio económico de este, debieron retenerse por la entidad contratante y preverse los mecanismos, con el fin de restablecer el equilibrio económico en el evento de materializarse dicho riesgo.

Asimismo, los autores tampoco muestran su conformidad con los argumentos presentados por la ANI, cuando esta expresa que corresponde a un “riesgo de diseño”, porque ya sea que se tuvieran los estudios de factibilidad (Fase II) o los estudios de detalle (Fase III), el riesgo de sitios inestables en aquellos puntos críticos no determinados que afectan el equilibrio del contrato es abierto y, en consecuencia, su extensión se conoce al momento de desarrollar la actividad en la fase constructiva del proyecto.

Los autores también difieren de las consideraciones efectuadas por el Tribunal en el laudo estudiado, que le da el tratamiento de fuerza mayor al riesgo de la naturaleza, al afirmar lo siguiente:

[...] Y, por último, **justamente por sus condiciones de imprevisible, exógeno y no asignable al concesionario, para el Tribunal** acierta el demandante al reclamar que no se le dé al riesgo de la naturaleza la calidad de riesgo constructivo, **siendo como es un evento de fuerza mayor** que, a la luz de los Documentos CONPES 3107 y 3133 de 2001, son riesgos “no asegurables que estarán a

cargo de la Nación”; y no asignables al concesionario si no existen “formas de mitigación al alcance del contratista. (Cámara de Comercio, 2011, p. 128)

En consonancia con el análisis expuesto, se desprende otro interrogante:

***¿Quién asume el riesgo cuando se presenta la fuerza mayor?***

El concepto de fuerza mayor se encuentra previsto en el artículo 64 del Código Civil del siguiente modo:

“ARTÍCULO 64. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

Obsérvese que los dos elementos constitutivos de la fuerza mayor son la “imprevisibilidad” y la “irresistibilidad”, y no se debe confundir dicho concepto con el de “riesgo contractual”. Dado lo anterior, los suscritos se apartan del Tribunal de arbitramento, que considera a los sitios inestables como un “riesgo de la naturaleza” y, por ende, un evento de fuerza mayor, al afirmar el siguiente argumento:

[...] el Tribunal declara la nulidad parcial de la “Matriz de Riesgo del Proyecto” del Contrato y en su lugar dispondrá **que los sitios inestables no identificados en el Apéndice Técnico 1 constituyen un riesgo de la naturaleza que se adscribe al “Área” “Fuerza Mayor”,** como “Eventos No Asegurables” –justamente por no ser identificables ni cuantificables a priori-, con una “Probabilidad – Frecuencia” e “Impacto – Costo” “Alto”, como lo demuestra el número de sitios inestables no identificados que se han presentado en el corredor vial. (Cámara de Comercio, 2021, p. 137)

Al respecto, se evidencia que la fuerza mayor no es un riesgo contractual. Sobre esto, se encuentra que diferente son los efectos económicos que se derivan de esta, los cuales sí pueden preverse en el contrato.

Asimismo, el documento CONPES 3760 de 2013 establece lo siguiente sobre el manejo de riesgos no imputables al contratista:

Asegurar la adecuada asignación y valoración de los riesgos asociados a cada proyecto es uno de los elementos fundamentales para la movilización de capital privado. Facilitar la transferencia de aquellos riesgos que esté en mejor capacidad de administrar el inversionista privado, genera

beneficios para las finanzas públicas, reduciendo contingencias. Sin embargo, **eventos de fuerza mayor o caso fortuito son riesgos que se pueden materializar en el desarrollo de los proyectos, por lo que los contratos deberán prever fórmulas o mecanismos para su manejo ante la ocurrencia de factores exógenos al proyecto.** Por otro lado, con el objetivo de mantener el ritmo de ejecución de los contratos, **se hace necesario contemplar herramientas contractuales de declaratoria de eventos eximentes de responsabilidad por situaciones de fuerza mayor o caso fortuito** derivados de eventos en temas ambientales, sociales, prediales y de traslado de redes, entre otros, **los cuales serán asumidos por la ANI, después de realizar un proceso de verificación y certificada la debida diligencia del privado por parte de la interventoría o quien haga sus veces.** (p. 43)

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

La fuerza mayor es un hecho extraño a las partes contratantes, imprevisible e irresistible que determina la inejecución de las obligaciones derivadas del contrato. Constituye causa eximente de responsabilidad porque rompe el nexo causal entre la no ejecución del contrato y el daño derivado del mismo. (Sentencia del 11 de septiembre de 2003)

De este modo, el numeral 1.62, capítulo I - definiciones del contrato de concesión 009 de 2015, expone que la fuerza mayor es un evento eximente de responsabilidad, al que se le deben aplicar las consecuencias previstas en el contrato celebrado y la ley.

Por ello, el contrato de concesión celebrado sí prevé los mecanismos cuando ocurre un evento eximente de responsabilidad, entre otros. Así, en el capítulo XIV, numeral 14.1, se consagra la “terminación parcial de la unidad funcional por el acaecimiento de un evento eximente de responsabilidad”, siempre y cuando se cumplan los requisitos determinados:

*CAPÍTULO XIV. TERMINACIÓN PARCIAL DE UNIDAD FUNCIONAL, EVENTO EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD E INDEMNIDADES*

*14.1 Imposibilidad de terminación por eventos eximentes de responsabilidad o por razones imputables a la ANI.*

- (a) *Si vencido el plazo previsto en el plan de obras para la terminación de una unidad funcional, ésta no se hubiere completado por eventos eximentes de responsabilidad o por razones imputables a la ANI, se suscribirá por las partes un acta de terminación parcial de unidad funcional y se pondrán en servicio las intervenciones que se hayan realizado, siempre que se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones:*

*(i) Que las intervenciones realizadas permitan la disponibilidad de la unidad funcional mediante la circulación de vehículos [...]*

*(ii) Que las intervenciones que no hayan sido afectadas por el evento eximente de responsabilidad [...], que se encuentren finalizadas en los tramos o sectores de la unidad funcional, cumplan con los valores mínimos de aceptación de los indicadores [...]) Para efectos del cálculo del índice de cumplimiento de la compensación especial [...]*

*(iii) Que el valor de las intervenciones faltantes no supere el 60% u otro porcentaje que establezca en la Parte Especial [...]*

*(iv) Que no exista incumplimiento por parte del Concesionario en sus obligaciones respecto de la unidad funcional [...].*

Por su parte, el numeral 17.2 del contrato de concesión No. 009 de 2015 prevé la posibilidad de terminación anticipada por la ocurrencia de un evento eximente de responsabilidad, cuando se evidencia lo siguiente:

### **Causales de terminación anticipada del contrato**

*El presente contrato terminará de manera anticipada en los siguientes casos:*

*[...] (b) Por las siguientes causas no imputables a ninguna de las partes, en cualquiera de las etapas del contrato:*

*(i) **Por solicitud de cualquiera de las partes de un evento eximente de responsabilidad cuya duración supere noventa (90) días y se haya paralizado la ejecución del contrato en su totalidad. Esta estipulación también será aplicable cuando las partes (o el amigable componedor, en caso de desacuerdo) concluyan que las obligaciones afectadas por un evento eximente de responsabilidad son de tal importancia que hayan conducido a la suspensión total del plazo contractual [...].***

Ahora bien, con el propósito de dar respuesta al interrogante planteado, las partes pueden pactar en el contrato el tratamiento que se le dará cuando ocurra un evento eximente de responsabilidad, como sucede en el presente caso. Por lo tanto, la doctrina nacional ha abordado este punto del siguiente modo:

*[...] tiene que abordarse el análisis también desde la perspectiva de los riesgos. Es decir, definir a cargo de qué parte contratante están los efectos que se derivan del caso fortuito o fuerza mayor,*

*vale decir, que la obra destruida por el hecho, además que no origina responsabilidad del contratista, implica el reconocimiento y pago de los trabajos ejecutados o, por el contrario, deberían ser asumidas por el contratista.*

*El principio general es que las cosas se pierden para su dueño (res perit domino), en este caso para la entidad pública como dueña de la obra, lo que significa que deberá reconocer los perjuicios que produce la ocurrencia del caso fortuito y la fuerza mayor y la terminación subsiguiente del contrato, salvo que las partes hayan convenido en contrario. Se trata entonces de elementos que admiten el pacto convencional para desvirtuar o modificar el alcance que la ley confiere frente al silencio de las partes. La práctica nos muestra el poco o ningún uso que las entidades hacen de la facultad regulativa que la ley les confiere, con lo cual se desaprovecha importante herramienta en la protección de sus intereses. (Dávila, 2017, p. 733)*

### ***¿El caso estudiado se trata de equilibrio económico del contrato y no de fuerza mayor?***

El equilibrio económico del contrato estatal constituye una regla establecida en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, según la cual en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar (principio de conmutatividad); cuando dicha igualdad se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deben adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento.

En síntesis, el equilibrio económico del contrato puede verse afectado, durante su ejecución entre otras causas, por factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión” o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al estado y externas al contrato pero con incidencia en él. En estos eventos surge la obligación para la Administración contratante de auxiliar al contratista colaborador, llevarlo hasta el punto de no pérdida o indemnizarlo, según sea el caso (Consejo de Estado, Sentencia del 31 de agosto de 2011).

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha afirmado siguiente:

(...) mediante el contrato estatal se persigue la prestación de los servicios públicos y por consiguiente la satisfacción de intereses de carácter general. El fenómeno de la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente de las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato, deben permanecer durante su ejecución e incluso su liquidación, manteniéndose durante estas etapas las obligaciones y derechos originales, así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de

tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse.

(...) En efecto, sólo aquellas eventualidades imprevistas que afecten gravemente la ecuación financiera son idóneas para pretender con fundamento en ellas el restablecimiento económico pues si esto no se garantiza se afectaría el interés público que está presente en la contratación estatal. Así que el restablecimiento del equilibrio más que proteger el interés individual del contratista lo que garantiza fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato (...). (Consejo de Estado, Sentencia del 22 de junio de 2011)

(...) en orden a articular lo plasmado respecto de la distribución de riesgos con la figura del equilibrio económico (...) del contrato, imperioso resulta advertir que la ruptura de la ecuación financiera puede tener cabida en el escenario de un contrato con matriz de riesgos, cuando la concreción de la causa generadora de la misma desborde los límites de la asunción de quien lo padece. Resulta que el desequilibrio económico comporta el desbalance de la carga prestacional en las condiciones pactadas al suscribir el negocio jurídico, de suerte tal que al concebir el riesgo asumido como parte integral de esas condiciones convenidas de inicio por las partes, su concreción dentro del margen acordado y aceptado no habría de tener vocación para impactarlas negativamente. Por contera, si el riesgo que acontece se enmarca dentro de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de su ocurrencia, bajo la comprensión de que el mismo fue cubierto por la respectiva matriz y corresponderá asumirlo a quien allí se haya dispuesto en la estimación acordada. (Consejo de Estado, Sentencia del 19 de julio de 2018)

Adicionalmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha diferenciado el incumplimiento por fuerza mayor y el equilibrio económico del contrato por la teoría de la imprevisión, así:

(...) la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido y a partir de su ocurrencia se torna imposible continuar con la ejecución correspondiente o culminarla, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, puesto que la ejecución se vuelve más gravosa, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible (...). (Consejo de Estado, Sentencia del 18 de julio de 2012)

De esa forma, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, se concluye que la teoría de la imprevisión se aplica cuando el contratista ha ejecutado el contrato, pese a que se han

presentado hechos exógenos e imprevisibles, que alteran la ecuación económica del contrato. Igualmente, el Consejo de Estado, en conceptos emitidos, ha expresado lo siguiente:

(...) Habría que concluir que por la naturaleza misma del contrato estatal, no podría trasladarse al contratista, por ejemplo, (...) los constitutivos de fuerza mayor (que implican ruptura del vínculo contractual), los que integran la teoría de la imprevisión (...) Ahora bien, teniendo en cuenta las características específicas del contrato de concesión de obra pública, habría entonces que definir cuáles riesgos pueden ser asumidos por el contratista y cuáles no. Se trata de un asunto complejo sobre el cual ha habido diferentes posiciones por parte de la doctrina y de organismos del Estado como el Consejo nacional de Política Económica y Social CONPES. (Consejo de Estado, Concepto 1792 del 12 de diciembre de 2006)

En el Contrato de Concesión 009 de 2015, en la Parte General, numeral 13.1, que se refiere a la Ecuación contractual, el literal (b) hace referencia al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, así:

13.1 Ecuación contractual: (b) Lo anterior no impide que, ante la ocurrencia de riesgos que i) no hayan sido previstos en el contrato y, ii) aunque no hayan sido expresamente previstos, no corresponden a aquellos que por la naturaleza de las obligaciones del Concesionario estén asignados a éste; puede proceder el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando el riesgo, además de ser imprevisto e imprevisible, y no imputable al concesionario, tenga las características de gravedad, anormalidad y magnitud, para que proceda dicho restablecimiento, de acuerdo con la ley aplicable.

Para los autores, al surgir durante la ejecución del contrato más de 170 sitios inestables, esto se convierte en un riesgo imprevisto e imprevisible, no imputable al concesionario, cuyas características respecto a la anormalidad y la magnitud le resultaron excesivamente gravosas al concesionario, lo que generó un desequilibrio económico del contrato. Por tales razones, ha debido restablecerse la ecuación económica del contrato.

### ***¿Actualmente, cómo es el tratamiento del riesgo en la política de riesgo contractual del Estado?***

Hoy en día, la “Política de riesgo contractual del Estado para proyectos de infraestructura con participación privada” está establecida en el documento CONPES 4117 del 15 de junio de 2023<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> “Para efectos del objetivo del documento, se consideran proyectos de infraestructura de Tipo APP entendiendo por ellos los ejecutados a través de contratos con financiación privada cuyo objeto es el desarrollo de infraestructura pública y su gestión integral. Dicha gestión contempla (i) diseño; (ii) construcción; (iii) financiación; (iv) operación; (v) mantenimiento; y (vi) posterior reversión. Lo anterior responde a los contratos de

Este CONPES fue expedido con posterioridad al laudo que se analiza y pese a que no aplica para el caso objeto de estudio, se alude a este documento debido a su importancia, puesto que unifica la política de gestión de riesgos para proyectos de infraestructura APP con participación privada.

En Colombia, el marco regulatorio en materia de gestión del riesgo se fundamenta en que la parte privada es más eficiente en la gestión de riesgos en proyectos de infraestructura, así, el CONPES 4117 de 2023 señala lo siguiente:

*[...]con carácter general, tales proyectos, o los contratos que sirvan para su desarrollo, deben transferir de forma eficiente los riesgos y responsabilidades a la parte privada durante la vida del contrato. Su remuneración estará relacionada directamente al desempeño, estándares de calidad y niveles de servicio (Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo, Banco de Desarrollo de Asia, Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, Banco de Desarrollo Islámico, 2016).*

No obstante, existen riesgos que se deben retener en cabeza de la entidad contratante y/o compartir entre las partes. En tal marco, el CONPES 4117 de 2023 señala que, para la adecuada asignación de riesgos en proyectos de APP, se requiere transferir el riesgo eficientemente para que sea viable como opción de contratación. Para ello, es necesario lo que se expone a continuación:

1. **Identificar, tipificar y asignar el riesgo.** Para la identificación y la tipificación del riesgo, se emplea el instrumento comúnmente denominado “matriz de asignación de riesgos”. Una vez se identifica y tipifica el riesgo, se procede con su asignación en la matriz de riesgos a la parte que esté en mejor capacidad de gestionarlo y mitigarlo, posteriormente, se incorpora al contrato.

En este sentido, el CONPES determina que existen fuentes específicas del riesgo, como la fuerza mayor. Por otro lado, al referirse a la infraestructura de carreteras respecto con el riesgo geotécnico (condición del suelo), se establece lo siguiente:

*En los proyectos carreteros se podrá compartir los sobrecostos de actividades relacionadas con las condiciones del suelo cuando los proyectos incluyan túneles y/u obras de estructuras de viaductos o estructuras altamente sensibles a las condiciones geotécnicas salvo en circunstancias de escaso impacto previsto y condiciones geotécnicas conocidas.*

---

tipo Design Build-Finance-Operate-and-Maintain cuya financiación es totalmente privada, en tanto que otras figuras pueden permitir cofinanciación parcial de la entidad contratante. Este tipo de contratos es ampliamente desarrollado a nivel mundial” . (P.11 documento CONPES 4117 /2023)

2. **Hacer una evaluación cualitativa y cuantitativa.** La evaluación cualitativa incluye una calificación del riesgo en dos aspectos: i) probabilidad de ocurrencia e ii) impacto, es decir, las consecuencias generadas si el riesgo ocurre.

La evaluación cuantitativa alude a la magnitud del evento del riesgo, el que puede ser transferido, retenido o compartido. La evaluación debe realizarse conforme con la “metodología de valoración de riesgos contingentes para proyectos de infraestructura: el caso colombiano” definida a nivel nacional por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

3. **Implantar los riesgos en el contrato.** Los riesgos deben incluirse en el contrato y establecer cuáles son los mecanismos de compensación a utilizar.

4. **Gestionarlos durante la vida del contrato, con el objeto de mitigarlos.** En el marco del CONPES 4117 de 2023, muchos riesgos pueden mitigarse tempranamente al tomar las medidas adecuadas cuando se estructura el proyecto. Así, es posible optimizar el alcance del proyecto mediante la ejecución de estudios sólidos que le permitan a los oferentes contar con información sustancial sobre los riesgos.

Debido al ciclo de gestión de riesgo expuesto, el CONPES 4117 de 2023 establece la siguiente gráfica:

**Figura 5**

*Ciclo de gestión de riesgos*



## **Descripción de las alternativas, estrategias y/o acciones que se tomen en el análisis del estudio, caso y/o solución al problema - Interrogante planteado**

Respecto con la estructuración de proyectos de infraestructura en carreteras de alta complejidad que tengan en su trazado puntos críticos y/o sitios inestables, para cumplir con el principio de asignación eficiente de riesgos, es preciso indicar las siguientes situaciones ante el caso de estudio:

En el caso de la **concesión Transversal del Sisga**, el apéndice técnico 1 del contrato de concesión contaba con una descripción e identificación de algunos sitios inestables, sin embargo, la información para su tratamiento era insuficiente, puesto que, conforme con la exigencia legal, los estudios disponibles eran de factibilidad (fase II) y al ser un riesgo abierto no era posible establecer la ocurrencia de nuevos sitios de inestabilidad y la frecuencia de estos. En consecuencia, uno de los escenarios que se plantea es la adopción de medidas por parte de la entidad contratante, tales como la posibilidad de que las partes del contrato compartan la gestión de los riesgos cuando no se pueda contar con información técnica suficiente o por ser proyectos con alta incertidumbre en materia de frecuencia y localización del riesgo geológico de sitios inestables.

El laudo estudiado afirmó lo expuesto a continuación:

*[...]4. El traslado del riesgo no tiene connotaciones infinitas por lo que se recomienda no incluir en los pliegos de condiciones y en las matrices de riesgos traslados de riesgo o de responsabilidad en abstracto sin tipificación y estimación o cuantificación. (Consejo Nacional de Política Económica y Social [CONPES], 2011, p. 29)*

Así, aunque el contrato de concesión conlleva a que el contratista deba realizar bajo su cuenta y riesgo las actividades propias del mismo en lo relativo con la asignación de riesgos, esto no significa que son contratos contentivos de prestaciones con connotaciones infinitas. Por ello, el tribunal de arbitramento señaló lo siguiente: *“Por lo tanto, corresponderá, en cada caso particular, determinar si la asignación del riesgo al contratista corresponde a un evento previsible que éste hubiera estado en capacidad de soportar”* (Cámara de Comercio de Bogotá, 2021, p. 129).

Desde el punto de vista de los autores sobre el caso de la concesión del SISGA, con una perspectiva técnica, el riesgo geológico de sitios inestables se podría compartir entre los participantes del negocio: por una parte, el concesionario, al contar con la identificación de 57 puntos inestables con un tratamiento conceptual y medible en mayores cantidades de obra, tiene la posibilidad de

gestionarlos eficientemente. Por otra parte, la ANI, al saber que podían generarse nuevos “puntos críticos y/o sitios inestables no identificados”, y como entidad que formuló el proyecto, podía retener el riesgo geológico en los nuevos sitios inestables y/o plantear posibles soluciones para su manejo en el contrato de concesión, en caso de que se materialice dicho riesgo.

## Conclusiones

1. Se critica la prevalencia que le da el Tribunal de Arbitramento a la matriz de riesgos en el laudo estudiado, pues se incorpora dicho instrumento al contrato de concesión, debido a que la matriz de riesgos es tan solo una de las herramientas utilizadas para medir la probabilidad y el impacto de los riesgos, calificación del riesgo que interesa para determinar las obligaciones contingentes a cargo del Estado.

En este orden de ideas, en el contrato se debe detallar la asignación y la distribución de los riesgos asumidos por cada una de las partes, por ello, no resulta adecuado incorporar la matriz de riesgos al contrato. Así, si se llega a incorporar la matriz de riesgos al contrato, dicho contrato debe contar con una cláusula de prelación de documentos que resuelva las diferencias y/o contradicciones entre la matriz de riesgos y las estipulaciones contractuales.

2. Se destaca la importancia de realizar un ejercicio diligente al identificar, estimar y asignar los riesgos contractuales, por medio de la aplicación del principio de asignación eficiente de los riesgos en el contrato, lo que fortalecerá el proyecto y atenderá al deber de planeación.

3. En concepto de los autores, el “principio de asignación eficiente de riesgos” no dependerá de si la APP tiene su origen en una iniciativa pública o privada, sino que le corresponde a las partes involucradas en el contrato realizar una adecuada estimación, tipificación y asignación de los riesgos contractuales previsibles. Por lo tanto, no es viable que la Ley 1508 de 2012 realice la distinción entre las APP de iniciativa pública y privada.

4. En el presente caso, ante el riesgo de los sitios inestables, para resolver el interrogante de determinar si es un riesgo previsible o no, es pertinente distinguir entre lo siguiente: (i) Los sitios inestables identificados (57) al estructurar el proyecto, los que pueden ser transferibles al concesionario, y (ii) Los sitios inestables no identificados, cuya ocurrencia desborda los límites previstos por las partes, lo que afecta el equilibrio económico del contrato; este último no está sujeto al control del concesionario, por ende, debe ser retenido por la entidad contratante. En conclusión, el riesgo geológico asociado con los sitios inestables debería ser un riesgo compartido entre las partes del contrato, con el fin de que su gestión responda a criterios que amparen los efectos económicos generados por la materialización de dicho riesgo abierto.

5. Los autores no muestran su conformidad con los argumentos presentados por la ANI, quien manifiesta que el tratamiento del riesgo de los sitios inestables corresponde con un “riesgo de diseño”, porque sea que se tuvieran los estudios de factibilidad (fase II) o los estudios de detalle (fase III), el riesgo de sitios inestables en los puntos críticos no determinados que afectan el equilibrio del contrato es abierto y su extensión se conoce al desarrollar la actividad en la fase constructiva del proyecto. Posteriormente, su manejo no dependerá del nivel de detalle de los diseños, es decir, para efectos de la identificación y la transferencia del riesgo geológico de sitios inestables, no es obligatorio para el concesionario contar con los estudios de detalle (fase III).

6. En concepto de los autores de este estudio, es preciso considerar el riesgo de sitios inestables como un “riesgo de la naturaleza”. Así, los dos elementos constitutivos de la fuerza mayor son la “imprevisibilidad” y la “irresistibilidad”, por lo que no se debe confundir dicho concepto con el de “riesgo contractual”. Por lo anterior, los suscritos se apartan del Tribunal de arbitramento que concibe a los sitios inestables como un “riesgo de la naturaleza” y un evento de fuerza mayor. En síntesis, la fuerza mayor no es un riesgo contractual, pero los efectos económicos que se derivan de esta son diferentes, los que sí pueden ser previstos en el contrato.

6. ¿Quién asume el riesgo cuando se presenta la fuerza mayor? Las partes pueden pactar en el contrato el tratamiento que se le dará cuando ocurra un evento eximente de responsabilidad. El principio general es que las cosas se pierden para su dueño (*res perit domino*). En este caso, para la entidad pública como dueña de la obra, ésta deberá reconocer los perjuicios que produce la ocurrencia de la fuerza mayor, así como la terminación subsiguiente del contrato, salvo que las partes hayan convenido en contrario.

7. Los sitios inestables no identificados son un riesgo exógeno e imprevisible que, en virtud del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, no podía ser asignado al concesionario. Adicionalmente, no es imputable al concesionario y sus características respecto a la anormalidad y la magnitud, le resultó excesivamente gravoso al concesionario, generando un desequilibrio económico del contrato; razón por la cual ha debido restablecerse la ecuación económica del contrato.

## Referencias

- Agencia Nacional de Infraestructura [ANI]. (2015). *Contrato de Concesión 009 del 19 de julio de 2015*. [https://www.ani.gov.co/sites/default/files/acta\\_inicio\\_concesion.pdf](https://www.ani.gov.co/sites/default/files/acta_inicio_concesion.pdf)
- Agencia Nacional de Infraestructura [ANI]. (2014a). *Licitación pública VJ-VE-APP-IPB-003 de 2014*. [https://www.ani.gov.co/sites/default/files/matriz\\_obs\\_app-ipb-003-2014.pdf](https://www.ani.gov.co/sites/default/files/matriz_obs_app-ipb-003-2014.pdf)
- Agencia Nacional de Infraestructura [ANI]. (2014b). *Corredor transversal del sisga*. <https://www.ani.gov.co/corredor-transversal-del-sisga>
- Agencia Nacional de Infraestructura [ANI]. (2014c). *Transversal del sisga*. [https://www.ani.gov.co/sites/default/files/matriz\\_de\\_riesgos\\_del\\_proyecto\\_sisga\\_23-12-2014.pdf](https://www.ani.gov.co/sites/default/files/matriz_de_riesgos_del_proyecto_sisga_23-12-2014.pdf)
- Agencia Nacional de Infraestructura [ANI]. (20 de diciembre de 2022). *Laudo de Concesionaria Vial de los Andes S.A. - Coviandes S. A. contra la ANI*. ANI.
- Agencia Nacional de Infraestructura [ANI]. (s.f.). *Home*. [www.ani.gov.co/](http://www.ani.gov.co/)
- Cámara de Comercio de Bogotá. (s.f.). *Home*. <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/server/api/core/bitstreams/b81ee4bb-e4a5-4da2-a646-f04c4b2c8e6b/content>
- Cámara de Comercio de Bogotá. (s.f.). *Laudo arbitral, Vía Pacífico S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI*. <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/server/api/core/bitstreams/b81ee4bb-e4a5-4da2-a646-f04c4b2c8e6b/content>  
<https://bibliotecadigital.ccb.org.co/items/1ea28d2e-8d2a-4133-8b7e-048b8d7faf89>
- Cámara de Comercio de Bogotá. (28 de febrero de 2019). *Laudo Concesión Vial de los Llanos S. A. S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI*. Cámara de Comercio de Bogotá.
- Cámara de Comercio de Bogotá. (2020). *Laudo arbitral, Vía 40 Express S.A.S. contra Agencia Nacional de Infraestructura*. <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/items/69f8ace4-cb2f-4838-afe1-81dd8ee377ea>

Cámara de Comercio de Bogotá. (2021). *Concesión Transversal del Sisga S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, Radicación 121233*.  
<https://bibliotecadigital.ccb.org.co/server/api/core/bitstreams/4f806aa0-c236-4115-b4f6-664de2b12636/content>

Colombia Compra Eficiente. (s.f.). *Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación*.  
[https://colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documents/cce\\_manual\\_cobertura\\_riesgo.pdf](https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_cobertura_riesgo.pdf)

Colombia Compra. (s.f.). *Colombia Compra Eficiente*.  
<https://colombiacompra.gov.co/ciudadanos/preguntas-frecuentes/colombia-compra-eficiente>

Consejo de Estado, Expediente N.º 21489, de 28 de mayo de 2012.

Consejo de Estado. Expediente N.º 21489, de 28 de mayo de 2012.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y de Servicio Civil. Concepto 1792 del 12 de diciembre de 2006, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 29 de enero de 2018. Rad. 57.421. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de febrero de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Expediente 25000-23-36-000-2013-01717-01 (54614).

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 1999-0789 del 14 de mayo de 2012. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 2011 - 00012.23 de octubre de 2013, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Editorial o Medio de publicación.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de septiembre de 2003. 781. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 18 de julio de 2012, Radicado 1992-03966, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2011. Radicado 1997-04390, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 19 de julio de 2018, Radicado 2013-01826 (57576), C.P. Martha Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia 22 de junio de 2011, Radicado 1998-00070 (18836), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Consejo Nacional de Política Económica y Social [CONPES]. (2001). *CONPES 3107 del 3/04/2001, “Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura”*. CONPES.

Consejo Nacional de Política Económica y Social [CONPES]. (2001). *CONPES 3133 del 3/08/2001, “Modificaciones a la Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura establecida en el Documento Conpes 3107 de abril de 2001”*.  
<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3133.pdf>

Consejo Nacional de Política Económica y Social [CONPES]. (2011). *CONPES 3714 del 01/12/2011, “Del Riesgo Previsible en el Marco de la Política de Contratación Pública”*.  
<https://colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>

Consejo Nacional de Política Económica y Social [CONPES]. (2013). *CONPES 3760 del 20/08/2013, “Proyectos Viales bajo el Esquema de Asociaciones Público Privadas: Cuarta Generación de Concesiones Viales”*.  
<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/portalDNP/CONPES/2016-11-Inventarioconpes.csv>

Consejo Nacional de Política Económica y Social [CONPES]. (2023). *CONPES 4117 del 15/06//2023; “Política de Riesgo Contractual del Estado para Proyectos de Infraestructura Con Participación Privada”*.  
[https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=/ConexionContent/WCC\\_CLUSTER-226324](https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=/ConexionContent/WCC_CLUSTER-226324)

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-68, Feb. 10/2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

Dávila, L.G. (2017). *Régimen Jurídico de la Contratación estatal*, Luis Guillermo Vinuesa. Editorial Legis.

Departamento Nacional de Planeación [DNP]. (2013). *Abecé, Asociaciones Público Privadas*. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacion%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Abec%C3%A9%20Asociaciones%20P%C3%ABlico%20Privadas.pdf>

Departamento Nacional de Planeación [DNP]. (2022). *Documentos CONPES*. <https://www.dnp.gov.co/publicaciones/Revista-Juridica/Paginas/Documentos-CONPES.aspx>

Durán, A.M., Sánchez, C.A., Gasca, A.J., & Herrera, F. (2017). *Propósito y efectos de la asignación de riesgos en contratos estatales*. Editorial o Medio de Publicación.

INVIAS - Sociedad Colombiana de Ingenieros. (s.f.). *Manual de servicios de consultoría para estudios y diseños, interventoría de estudios y diseños y gerencia de proyectos en Invias*. <https://www.invias.gov.co/index.php/archivo-y-documentos/documentos-tecnicos/3240-manual-de-servicios-de-consultoria-para-el-invias/file>

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial No. 41.094. 28 de octubre de 1993. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0080\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html)

Ley 84 de 1873. Código Civil de los Estado Unidos de Colombia. Diario Oficial No. 2.867. 26 de mayo de 1873. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)

Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario Oficial No. 46.691. 16 de julio de 2007. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1150\\_2007.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html)

Ley 1508 de 2012. Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.308. 10 de enero de 2012. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1508\\_2012.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1508_2012.html)

Ministerio de Hacienda y Crédito Público [MinHacienda]. (2011). *Metodología de valoración de obligaciones contingentes para proyectos de infraestructura – El caso colombiano*. [https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/portal/EntidadesFinancieras/pages\\_asociacionpublicoprivadasapps/documentosdeinters](https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/portal/EntidadesFinancieras/pages_asociacionpublicoprivadasapps/documentosdeinters)

Real Academia Española [RAE]. (2023). *Previsible*. <https://dle.rae.es/previsible>