

# RIESGOS EN EL USO DEL FONDO DE CONTINGENCIA ANTE URGENCIA MANIFIESTA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA

**Cómo citar este artículo:** Ortega Saurith, Carlos Rodolfo, y César Alberto Correa Martínez. "Riesgos en el uso del fondo de contingencia ante urgencia manifiesta en la contratación pública en Colombia". *Novum Jus* 16, núm. 3 (2022): 383-411.

<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.3.14>

Carlos Rodolfo Ortega Saurith  
César Alberto Correa Martínez





## RIESGOS EN EL USO DEL FONDO DE CONTINGENCIA ANTE URGENCIA MANIFIESTA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA\*

CARLOS RODOLFO ORTEGA SAURITH  
CÉSAR ALBERTO CORREA MARTÍNEZ  
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

### *Resumen*

El trabajo del Legislador en la expedición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por medio de la Ley 80 de 1993, hizo referencia a la urgencia manifiesta en los artículos 42 y 43. Así mismo, por medio de la Ley 448 de 1998, se crearon y regularon los fondos de contingencias encaminados a cubrir necesidades urgentes derivadas en tres situaciones en particular; una de ellas corresponde a las obligaciones contingentes originadas en contratos administrativos. El presente artículo tiene como propósito definir y demarcar las clases de riesgos en el uso del fondo de contingencia como ocasión de un imprevisto surgido en la ejecución de contrato de urgencia manifiesta.

El artículo 365 de la Constitución Política de Colombia busca garantizar una asistencia eficiente de los servicios públicos a los habitantes del territorio y, entre las obligaciones de las administraciones públicas para el ejercicio de esta obligación, se encuentra la de planear sus actuaciones, en especial si se prevé la variedad y los tipos de riesgos contractuales. Entre ellos encontramos los ocasionados por hechos previsibles, contrarios a aquellos no previsibles; los generados por malas prácticas, y las obligaciones contingentes (las provenientes de sentencias judiciales y laudos arbitrales y las provenientes de operaciones de crédito público), entre otros.

**Palabras clave:** urgencia manifiesta, riesgo en la contratación pública, contratación estatal, riesgos previsibles e imprevistos, fondo de contingencia.

\* El presente artículo se elaboró en el marco del proyecto de investigación titulado “Las nuevas tendencias de la libertad y la autonomía de la voluntad”, financiado por la Universidad Santo Tomás.

**Los autores:** Carlos Rodolfo Ortega Saurith, abogado, especialista en Derecho Contencioso Administrativo y magíster en Derecho Contractual Público y Privado. Asesor de entidades públicas y privadas, catedrático de la Universidad Popular del Cesar. Correo electrónico: somostodos@dirigentes.com

César Alberto Correa Martínez, abogado, magíster en Derecho Público y doctor en Derecho. Docente e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás y miembro del grupo de investigación Estudios en derecho privado, de la misma institución; investigador junior reconocido por Minciencias. Correo electrónico: cesarcorrea@usantotomas.edu.co

**Recibido:** 15 de agosto de 2022; **evaluado:** 15 de agosto de 2022; **aceptado:** 26 de agosto de 2022.

## **RISKS IN THE USE OF THE CONTINGENCY FUND IN MANIFEST URGENCY IN PUBLIC PROCUREMENT IN COLOMBIA**

**CARLOS RODOLFO ORTEGA SAURITH  
CÉSAR ALBERTO CORREA MARTÍNEZ  
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS**

---

### ***Abstract***

The work of the legislator in the issuance of the General Contracting Statute of the Public Administration, by means of Law 80 of 1993, mentioned Manifest Urgency in articles 42 and 43. Likewise, Law 448 of 1998 created and regulated contingency funds to cover urgent needs derived from three situations, one of them being the Contingent obligations generated in Administrative Contracts. The purpose of this article is to define and demarcate the classes of risks in the use of the contingency fund in case of an unforeseen event arising in the execution of a manifest emergency contract.

Article 365 of the Political Constitution of Colombia seeks to guarantee efficient assistance from public services to the inhabitants of the territory and, within the obligations of the public administrations for the exercise of this obligation, is that of planning their actions, especially anticipating the variety and types of contractual risks. Within them we find those caused by foreseeable events, contrary to those that are not foreseeable, also those generated by bad practices, as well as contingent obligations (those arising from judicial decisions and arbitral awards and those arising from public credit operations), among others.

**Keywords:** Manifest urgency, risk in public contracting, state contracting, foreseeable and unforeseeable risks, contingency fund.

**The Authors:** Carlos Rodolfo Ortega Saurith, Lawyer, Specialist in Administrative Litigation Law and Master of Public and Private Contract Law. Advisor to public and private entities, professor at the Popular University of Cesar. Email: somostodos@dirigentes.com

César Alberto Correa Martínez, Lawyer, Master of Public Law, and Doctor of Law. Professor and researcher at the Faculty of Law of the Santo Tomás University and member of the research group *Studies in private law*, of the same institution; Junior researcher recognized by the Ministry of Science. Email: cesarcorrea@usantotomas.edu.co

**Received:** August 15, 2022; **evaluated:** August 15, 2022; **accepted:** August 26, 2022.

## **Introducción**

Con la introducción del nuevo modelo de contratación pública, por medio de la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, el Estado entró en una nueva etapa que apuntaba a sintetizar y modernizar los procesos contractuales, mediante un modelo basado en principios y su diálogo con las reglas contractuales. En el régimen de contratación estatal, se previeron diversas modalidades de selección, entendidas como maneras en las que la Administración pública formaliza la voluntad de contratar en una fase previa a la suscripción del contrato.

Desde esta nueva perspectiva, el Legislador estableció la posibilidad de ocurrencia de hechos o actos que perjudicaran el cumplimiento del objeto contractual. Así, en el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispuso que los riesgos se amparaban mediante garantías que protegían los tres momentos de la contratación: planeación y selección, ejecución y actos posteriores a la entrega del bien o servicio contratado. En el primer momento, desde la expedición de la Ley 100 de 1993, hasta la modificación acaecida con la Ley 1150 de 2007, el régimen contractual público colombiano equiparaba el riesgo a eventos que podrían ser garantizados mediante una póliza de seguro, un endoso de título valor y una fiducia mercantil.

En 2007 se añadieron reglas al régimen contractual por medio de la Ley 1150 de ese año y, en consonancia con los documentos Conpes 3107 y 3133, ambos de 2001, se empezaron a analizar las circunstancias que pudieran afectar las contrataciones públicas y a llamar la atención sobre la mejora en los procesos de prevención de riesgos. Luego, en el Conpes 3714 de 2011, se hizo un análisis profundo acerca de los riesgos en la actividad contractual del Estado. Fue en la Ley 1150 que se dispuso, de forma general, la obligación de prever, tasar y asignar los riesgos dentro de la contratación pública como obligación de las partes.

Por otra parte, existe inquietud acerca de la manera en que una entidad estatal podría abordar la ejecución de sus recursos y confrontar al fondo de contingencia, por medio de la denominada urgencia manifiesta y el acaecimiento de un problema mayor. Es preciso encontrar claridad, dada la relevancia del tema dentro del contexto de la contratación y del ejercicio de actividades públicas, así como la magnitud de su utilidad para el derecho, en especial para el derecho público.

El interés de abordar este tema de investigación surgió por la escasa información que se tiene respecto a los fondos de contingencia en la contratación directa y su

vinculación con la teoría del riesgo, así como la existencia de cierto recelo a la hora de tratar dicha teoría y sus obligaciones en las etapas del proceso contractual público. Se ha decidido hacerlo desde los contratos de urgencia manifiesta y sus implicaciones, para esclarecer, mediante ejemplos, aquellos eventos en los que ha sido necesario acudir a ese fondo, con el fin de contrarrestar un daño irremediable.

De igual manera, se analizan las causales de los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993, a la luz del marco teórico del hecho imprevisto. El estudio del artículo 42, para observar el comportamiento de los presupuestos en situaciones particulares, cuestiona el rango de movilidad que tiene el presupuesto en cuanto a traslados para atención de emergencias: ¿hasta qué punto se encuentra motivación para ejecutar esos traslados, sin pedir adición presupuestaria, dada la burocratización y la demora en los trámites de la urgencia?

El presente artículo tiene como finalidad determinar los riesgos en los que se encuentran los recursos públicos durante las etapas contractuales en contratos que utilicen la figura de la urgencia manifiesta; se enfatiza en el uso de los fondos de contingencia destinados para tal fin y se contrasta, a su vez, con los traslados presupuestales y las adiciones, y se fijan sus alcances en el contexto de la contratación estatal y el marco legal colombiano. De esta forma, se da respuesta a la pregunta propuesta, que es una inquietud recurrente en la actividad pública: ¿cuáles son los riesgos en el uso del fondo de contingencia en la ejecución de contratos de urgencia manifiesta en Colombia?

La metodología empleada es cualitativa y el método es el descriptivo-analítico. Al no estar centrada en métodos de cuantificación, dado que no se pretende establecer un modelo, se busca no solo la descripción de un problema y la comprensión global del fenómeno jurídico por medio del análisis de temas que permitan contextualizar los planteamientos de la doctrina y la jurisprudencia, que sirven de punto de partida.

En un primer momento del artículo se hará una revisión genérica de la doctrina y la legislación colombianas y se buscarán en la jurisprudencia casos similares y sus soluciones; de no haberlos, se sugerirán alternativas desde un plano hipotético.

Puesto que se estudiarán fenómenos, incluidos su causa y efecto, a continuación se ofrecen variables hipotéticas, apoyadas en jurisprudencia del Consejo de Estado, y se hará una crítica al sistema actual implementado y sus resultados.

## Aproximación teórica a los antecedentes de la contratación directa y nacimiento de los fondos de contingencia en Colombia

El contrato estatal es un modelo que utilizan los Estados con el fin de que los particulares coadyuven en el cumplimiento de los objetivos públicos, puesto que “el Estado social de derecho orienta sus fines esenciales, en principio, a servir a la comunidad y a promover la prosperidad general, lo que se concreta a través de la función pública y, en especial, de la gestión contractual”,<sup>1</sup> en especial el de materializar el bienestar común, de conformidad con la cláusula del Estado social de derecho: “El Estado social de derecho orienta sus fines esenciales, en principio, a servir a la comunidad y a promover la prosperidad general, lo que se concreta a través de la función pública y, en especial, de la gestión contractual”.<sup>2</sup>

A partir del cambio de modelo, introducido con la Ley 80 de 1993, el contrato estatal puede ser entendido como “aquel que celebra la Administración central o descentralizada, para la mejor prestación de los servicios públicos y que obligatoriamente deben pactar cláusulas excepcionales, favorables a la misma Administración”.<sup>3</sup>

Por otra parte, se han regulado modalidades de selección en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 que, además, introducen medidas para la transparencia y la eficiencia. Entre esas modalidades encontramos la licitación pública, como la principal, y otras como la selección abreviada, concurso de méritos, mínima cuantía y contratación directa; esta última es la que nos interesa.

Según el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150, la contratación directa, en el marco de la contratación pública, solo procede cuando es necesario contratar empréstitos, realizar contratos interadministrativos, obtener bienes y servicios del sector defensa, desarrollar actividades científicas y tecnológicas, o hacer encargo fiduciario, entre otros. El numeral antedicho señala que, entre sus justificaciones, está la urgencia manifiesta. Esto se encuentra también en la doctrina, que defiende y analiza dicha

---

<sup>1</sup> Nevis Acosta Suárez y Martha Ligia Guarnizo Rojas, “Los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro: falencias en su aplicación y perspectivas hacia la eficiencia de la inversión social”, *Via Inveniendi et Iudicandi* 15, núm. 1 (2020): 222, <https://doi.org/10.15332/19090528/5748>

<sup>2</sup> Acosta Suárez y Guarnizo Rojas, “Los convenios de asociación”, 222.

<sup>3</sup> Carlos Rodolfo Ortega Saurith y María Isabel Ortega Saurith, *Compendio de derecho administrativo* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2020), 248.

prerrogativa cuando menciona que “la contratación directa no requiere de ofertas y queda exenta de la solicitud de registro de proponentes”.<sup>4</sup>

La urgencia manifiesta se revela cuando se exige una continuidad del servicio o cuando se presentan situaciones ante las cuales el no obrar de inmediato conduce a una calamidad al igual que aquella resultante de hechos constitutivos de fuerza mayor o desastres. De igual manera, cuando existen situaciones que imposibilitan adelantar o acudir a otro tipo de selección.<sup>5</sup>

Esta no es una figura nueva; la primera vez que fue consagrada en el ordenamiento jurídico colombiano fue en la Ley 110 de 1910, durante el gobierno de Carlos Eugenio Restrepo, que vino a sustituir el anterior Código Fiscal y organizó lo relativo a la administración y la disposición de la Hacienda nacional.<sup>6</sup> Esta Ley, en su Capítulo III “Adquisición de bienes por parte del Estado”, dispuso las reglas de adquisición de bienes y servicios mediante la licitación en un mal llamado “pliego de cargos”, para referirse al pliego de condiciones. Contratos estos que eran otorgados a quien ofreciera el bien o el servicio por un menor valor. En su artículo 27 contenía una excepción, para poder contratar prescindiendo de la licitación en casos de “urgencia evidente” calificada por un Consejo de ministros, que no diera tiempo suficiente para la licitación, siempre que mediara la aprobación del respectivo Ministerio y contara con la firma del presidente, cuando excediera cierto monto.

En 1925, la Ley 65, que contemplaba el antiguo Código Fiscal, enmarcó en 33 artículos las reglas sobre contratación mediante licitación y, además, consagró las causales para declarar urgencia evidente, incluidas las necesidades de asuntos de inmediata atención, entre los que se encuentran calamidad, epidemia, guerra exterior, orden público y seguridad nacional.<sup>7</sup>

Más adelante, en la Ley 4 de 1964, se conformaron tres tipos de contratos, a saber:

Artículo 2º. Los contratos serán de tres clases, a saber:

---

<sup>4</sup> Ernesto Matallana Camacho, *Manual de contratación de la administración pública* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 500.

<sup>5</sup> Ortega Saurith y Ortega Saurith, *Compendio de derecho administrativo*, 290.

<sup>6</sup> Ernesto Matallana Camacho, *La urgencia manifiesta. Aspectos teóricos sustanciales y procesales y los mecanismos de control de la institución* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 22.

<sup>7</sup> Colombia, Congreso de la República, *Ley 65 de 1925*, “Por la cual se adiciona y reforma la 77 de 1912” (Bogotá: *Diario Oficial* núm. 20 047, 13 de noviembre de 1925).

- a. Para construcción, mejoras, adiciones o conservación, por un precio alzado o a precios unitarios;
- b. Para los mismos fines, mediante el sistema de administración delegada;
- c. Para la ejecución de estudios, planos, proyectos, localización de obras, dirección técnica o ejercicio de la interventoría, mediante un honorario fijo o vinculado al costo del estudio o de la obra respectiva.<sup>8</sup>

Además, en su artículo 5, estableció que podía prescindirse de la licitación o del concurso del que trata el artículo 4: “[...] en los casos de inminente paralización, suspensión o daño de un servicio público, o en los de calamidad o grave perjuicio social [...]”.<sup>9</sup>

No fue sino hasta el Decreto 150 de 1976 cuando se entró a regular con mayor precisión los aspectos relacionados con la contratación del Estado, con la misma fórmula que se venía empleando desde 1910 en el uso de la licitación, pero con mayor rigor jurídico; se acogieron, para la contratación, las entidades descentralizadas y, además de los Ministerios y los departamentos administrativos, se sometieron, desde su artículo 1, a los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y aquellos de economía mixta.

Dicho decreto, producto de una evolución normativa obvia, reguló aspectos como consorcios, oferentes plurales, capacidad del oferente, inhabilidades, prohibiciones, incompatibilidades, aprobación de garantías y los requisitos para celebrar licitación, entre tantos.

Por último, en su artículo 43, el Decreto 222 de 1983, que continuó en la línea de la inclusión de la capacidad, consentimiento, objeto, causa, nulidades, inhabilidades e incompatibilidades, y requisitos para la celebración de los contratos, brindó mejores elementos que abrieron el camino de lo que hoy se entiende como urgencia manifiesta. Entre ellos encontramos la urgencia evidente, a partir de las necesidades visibles o previsibles, la seguridad y la calamidad pública, pero se mantuvo la regla del concepto previo del Consejo de ministros.

---

<sup>8</sup> Colombia, Congreso de la República, *Ley 4 de 1964*, “Por la cual se dictan disposiciones sobre la industria de la construcción, concursos y contratos” (Bogotá: *Diario Oficial* núm. 31 481, 6 de octubre de 1964), art. 2.

<sup>9</sup> Colombia, Congreso de la República, *Ley 4 de 1964*, art. 5, lit. b.

Hoy día se encuentra normada en los artículos 73 y siguientes del Decreto 1510 de 2013, con los requisitos específicos que debe contener cada una de las causales.

## **Urgencia manifiesta**

La Ley 80 de 1993 mantuvo la contratación directa como una de las modalidades de selección, a pesar de la tendencia a limitar al máximo este tipo excepcional de contratación, para reducir así la vulneración de los principios de transparencia, oportunidad y objetividad en la selección del contratista. Se debe procurar la oportunidad de controvertir cualquier decisión relacionada con actuaciones en el marco de una contratación, así como también contar con la participación ciudadana, al permitir que las personas presenten observaciones a los procesos de selección del contratista, en la etapa precontractual. Además, ello garantizaría la materialización del principio de que las actuaciones de las autoridades sean públicas, en atención a lo dispuesto en materia constitucional en el artículo 273 superior.

Cuando el Decreto 1510 de 2013 estatuyó que las entidades públicas debían justificar, mediante acto administrativo, la necesidad de realizar un proceso de contratación directa, no dio plena potestad ni otorgó una carta abierta a la Administración. Por este motivo, estableció las modalidades que proceden en esta forma de contratación:

1. Las que nos dan los artículos 42 y 43 de la Ley 80.
2. La urgencia manifiesta derivada de calamidad pública.
3. La urgencia manifiesta de situaciones excepcionales.

## **Fondo de contingencia**

El término “contingencia” tiene tres acepciones, que son:

1. f. Posibilidad de que algo suceda o no suceda.
2. Cosa que puede suceder o no suceder.
3. riesgo.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Real Academia Española, “Contingencia” en *Diccionario de la lengua Española*, <https://www.rae.es/drae2001/contingencia> (acceso agosto 11, 2022).

Entonces, una contingencia es un riesgo, según la RAE, y a ese concepto práctico nos referiremos en el marco de la contratación estatal.

Por otra parte, Colombia Compra Eficiente define el riesgo como “eventos que pueden afectar la realización de la ejecución contractual y cuya ocurrencia no puede ser predicha de manera exacta por las partes involucradas en el proceso de contratación”.<sup>11</sup> Por tanto, se trata de un hecho o una situación posible y previsible que, en un grado que debe ser determinado, puede afectar el desarrollo del contrato.

También hay una pretensión pública, por medio de la Ley 448, para que las entidades administrativas destinen una cantidad prevista en los presupuestos generales del Estado a hacer frente a necesidades urgentes e inaplazables de carácter emergente. Ello, como un instrumento para disciplinar financieramente al Estado y evitar, de esta manera, la comisión de errores pasados por parte del Estado, al contratar sin determinar riesgos ni la forma como estos serían cubiertos.

Caso no muy diferente ocurrió en España, con la modificación del fondo contingente,<sup>12</sup> como pronóstico de la crisis financiera que luego se vivió en dicho país en 2007, pues fue necesario tomar unas medidas financieras urgentes y poco populares, con afectación al gasto público, en busca de dar estabilidad presupuestaria a los gastos futuros ya calculados. Esta modificación a una norma existente se debió sobre todo a la facultad no discrecional que tenía la Administración de hacer uso de dichos recursos para afrontar situaciones apremiantes.

## **Marco normativo y antecedentes de la urgencia manifiesta y del fondo de contingencia en Colombia**

En Colombia, en las primeras contrataciones del Estado, no se previeron las contingencias públicas y, por ende, no se adoptaron mecanismos para mitigar su impacto. Evolutivamente, se han venido implementando algunos esquemas de riesgos, en especial desde la segunda generación de contratos. En sus inicios, fueron

---

<sup>11</sup> Colombia Compra Eficiente, “Manual para la identificación y cobertura del riesgo en los procesos de contratación”, 3, [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce\\_manual\\_riesgo\\_web.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf) (acceso agosto 1, 2022).

<sup>12</sup> España, Ministerio de Hacienda, *Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales* (Madrid: *Boletín Oficial del Estado* núm. 59, 9 de marzo de 2004), arts. 11 y 135.

las mismas entidades públicas las que gestionaron sus obligaciones contingentes y evaluaban sus niveles de riesgos.

Gracias a esas concesiones de segunda y tercera generación, muchas de las cuales resultaron altamente onerosas para la Nación, se impulsó un nuevo cambio en la regulación de esos mecanismos que buscaban contrarrestar no solo las obligaciones contingentes, sino también su impacto en las arcas de las Administraciones, sobre todo de las entidades territoriales que no contaban con suficientes recursos ni con un sistema preventivo basado en una verdadera disciplina fiscal. Todo ello, en el marco de la descentralización administrativa y la promoción del principio de autonomía en el sector público.<sup>13</sup>

En 1998, mediante la Ley 448, se reglamentó un manejo especial de las obligaciones contingentes, con la creación de un fondo común llamado Fondo de contingencia de las entidades estatales, administrada por la fiduciaria La Previsora, cuyo control y seguimiento le correspondía al Ministerio de Hacienda. Así mismo, en el año 2001, mediante Decreto 423 se determinaron las finalidades y el objeto del Fondo y cuáles entidades estarían sometidas a él.

La Ley 448 de 1998 obligó a las entidades del orden central, a las territoriales y a las descentralizadas a hacer aportes, con el fin de cubrir posibles pérdidas de las obligaciones contingentes a su cargo. Dichos aportes se harían a una cuenta sin personería jurídica, administrada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tal como quedó consignado en su artículo 2.

La Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 mantuvieron las mismas reglas formuladas para la licitación y la contratación general, pero apostaron por un estatuto basado en principios que atendieran a las transformaciones del Estado,<sup>14</sup> con algunos ajustes técnicos. Entre estos, el Legislador consideró que una regulación más precisa en materia de urgencia manifiesta ayudaría a facilitar su aplicación y el logro del objetivo por el cual fue creada. Se eliminó la aprobación previa del Consejo de ministros y se reemplazó con la precisión, a partir de la determinación de factores que la identificaran, y se incluyó, por primera vez, la posibilidad de realizar directamente traslados o modificaciones presupuestales con tal fin. Asimismo, evaluó el primer

---

<sup>13</sup> Hugo Sánchez Hernández, “La descentralización administrativa en Colombia: un reto inconcluso y un desafío para el posconflicto”, *Iusta* 2, núm. 45 (2016): 84.

<sup>14</sup> Alberto Giraldo Saavedra, “Una aproximación a los cambios de la Administración Pública colombiana en las transformaciones del Estado”, *Iusta* 2, núm. 41 (2014): 19.

problema jurídico y le dio solución expresa en materia de precio y contraprestación, al poder pactarla con posteridad al inicio de la ejecución del contrato.

El Decreto 1510 de 2013, en su artículo 73, fijó los requisitos de la contratación directa, entre ellos, determinar el objeto, el compromiso presupuestal y el lugar de ejecución, así como tener una causal clara y justificada. Además, estableció que el acto administrativo que declarara una urgencia manifiesta servía como justificación, por lo que no era necesario elaborar estudios previos. Como lo afirma Yong Serrano, la jurisprudencia ha dicho que el “acto administrativo de justificación exigido para la contratación directa no equivale al acto administrativo de apertura del proceso de selección, por cuanto esta modalidad no lo requiere”.<sup>15</sup>

Por otra parte, Acosta Madiedo define el contrato de urgencia manifiesta como una:

[...] circunstancia que la administración declara mediante acto administrativo motivado, con el fin de constituir una causal de contratación directa cuando sea necesario atender de manera inmediata situaciones apremiantes o excepcionales que imposibiliten acudir a los procedimientos públicos de selección. Se trata de situaciones relacionadas con los estados de excepción, o que amenazan la continuidad del servicio, o situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad, o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas, u otras similares que imposibiliten acudir a los procedimientos públicos de selección.<sup>16</sup>

Samuel Yong aclara que la urgencia manifiesta es una excepción a la contratación pública en Colombia:

De acuerdo con la Corte Constitucional, los contratos de urgencia manifiesta son una excepción justificada a los procedimientos reglados de selección objetiva que permean a la contratación estatal; como quiera que su utilización se encuentra condicionada a la existencia de situaciones evidentes de calamidad pública o desastre que afecten de manera inminente la prestación de un servicio

---

<sup>15</sup> Samuel Yong Serrano, *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2015), 150.

<sup>16</sup> Carolina Deik Acosta-Madiedo, *Guía de contratación estatal: deber de planeación y modalidades de selección* (Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2015), 341.

y que, por tanto, hacen imposible acudir al trámite de escogencia reglada del contratista.<sup>17</sup>

Explica, a renglón seguido, que dicha urgencia se declarará debidamente motivada mediante el acto administrativo, pero sin justificación independiente del proceso de selección, ya que el mismo acto suple tanto ese requisito como el de los estudios previos.

La interpretación que ha hecho la Corte Constitucional sobre esta tipología contractual y los procedimientos reglados consiste en que esta debe atender los supuestos o las condiciones de calamidad pública o desastre que afecten de manera inminente la prestación del servicio a cargo de las Administraciones públicas.<sup>18</sup> Concluye la Corte, en un análisis sistemático, que tal urgencia podrá ser decretada directamente por la autoridad administrativa sin necesidad de una autorización previa, pero debe hacerlo con un acto debidamente motivado a partir de los siguientes supuestos:

- Cuando la continuidad del servicio exija el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro.
- Cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción.
- Cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y,
- En general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos.<sup>19</sup>

La sentencia, incoada por una posible transgresión a los artículos 345 y 352 del ordenamiento jurídico superior, terminó señalando:

“[...] al facultar a las autoridades administrativas, en los eventos en los que declaren la urgencia manifiesta, para realizar directamente los ajustes y modificaciones presupuestales a que haya lugar de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto” puesto que ellos les atribuyen a las autoridades administrativas una facultad que el Constituyente radicó de

---

<sup>17</sup> Yong Serrano, *El contrato estatal*, 164.

<sup>18</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-772 de 10 de diciembre de 1998*, M. P. Fabio Morón Díaz.

<sup>19</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-772 de 10 de diciembre de 1998*.

manera exclusiva e indelegable en el Congreso de la República, como es la de modificar el presupuesto general de la Nación.<sup>20</sup>

Desde la publicación de la Ley 819 de 2003, “Por la cual se dictan normas de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”, se transformó el concepto dado por la Ley 448 de 1998, al diferenciar las clases de contingencias. Entre ellas están, en primera medida, las contingencias judiciales, desarrolladas inicialmente en el Decreto 175 de 2004 y luego en la Ley 1474 de 2011, en el artículo 194 del CPACA y en el artículo 1 del Decreto 1266 de 2020, en materia de aportes al Fondo de Contingencias. En nuestro ordenamiento se hace una distinción entre pasivos ordinarios, en el que el monto y el plazo se conocen de antemano, y pasivos contingentes, que responden a obligaciones pecuniarias derivadas de sentencias, litigios, conciliaciones, laudos arbitrales y transacciones que se generen contra la entidad y cuyo monto y plazo dependen de eventos futuros e inciertos. Al ser hechos inciertos, no hay posibilidad de estimarlos y planificarlos con antelación, lo que puede acarrearle enormes problemas fiscales para la entidad.

También se encuentran las obligaciones contingentes generadas en operaciones de crédito público, que corresponden a aquellas derivadas de las garantías otorgadas a las entidades estatales en tales operaciones. No basta con que una entidad tenga operaciones de crédito público, pues no representan de por sí un riesgo contingente, a no ser que se pacten garantías o avales que comprometan la responsabilidad de la entidad. Este tipo de contingencias se origina solo con el otorgamiento de garantías.

Por último están las obligaciones contingentes generadas en contratos administrativos. Para estas se debe distinguir entre los riesgos normales en los contratos y las obligaciones contingentes reales. Mientras en los primeros se identifican previamente factores de riesgo y se establecen incluso hechos probables y futuros, y se contemplan dentro de los términos del contrato, en las segundas se asignan incorrectamente ciertos riesgos o son tan inciertos o poco probables, que no son considerados entre los primeros.

Es preciso aclarar que las entidades estatales deben formular un plan anual acerca de su presupuesto para los proyectos a contratar al siguiente año, basados en la política de riesgo contractual dictada por el Estado mediante documento Conpes.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia 772 de 10 de diciembre de 1998*.

<sup>21</sup> Colombia, Consejo Nacional de Política Económica y Social, Departamento Nacional de Planeación, “Conpes 3714 de 2011: Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública”, 34, <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf> (acceso agosto 1, 2022).

## Situaciones en las que pueden sobrevenir mayores riesgos durante la ejecución de un contrato de urgencia manifiesta

La situación reciente ocasionada por el covid-19 demostró que las contingencias generadas en contratos administrativos en curso eran necesarias y que los procedimientos administrativos debían flexibilizarse;<sup>22</sup> ello, además, implicaba una oportunidad discrecional para la Administración pública, pues permitía acudir al Fondo de contingencia para amparar una situación de urgencia evidente, en contravía, quizá, de los principios de planeación y responsabilidad fiscal. Fue así como esta situación nos llevó a repensar en distintas situaciones que pueden impactar inesperadamente la Administración pública.<sup>23</sup>

Es pertinente identificar, en primera medida, los riesgos más comunes en la contratación estatal, para seguir demarcando nuestro campo dentro de esta investigación:

- a. Corrupción.
- b. Riesgo comercial. Es el riesgo central: ¿el proyecto me va a dejar utilidades? ¿Va a funcionar o no?
- c. Riesgo de construcción: si se tiene o no la capacidad financiera, operacional y logística de cumplir con las especificaciones y plazos propuestos.
- d. Riesgo cambiario: este no se asume en principio, porque se trabaja con pesos, a no ser que se labore en el exterior.
- e. Riesgo de operación, según en cabeza de quién repose el bien contractual. El mejor ejemplo es el contrato de concesión: al entregar el bien objeto o al devolverlo, el riesgo cambia, una vez terminada la concesión.
- f. Riesgo financiero. Es el más común: siempre está allí; el negocio puede fluir o no, de acuerdo con el contexto político y la confianza de las entidades financieras en los desembolsos.

---

<sup>22</sup> Corina Duque Ayala et al., “Avances en la constitucionalización del procedimiento contencioso administrativo colombiano en tiempos del covid-19”, *Via Inveniendi et Iudicandi* 17, núm. 1 (2022): 63, <https://doi.org/10.15332/19090528.7741>

<sup>23</sup> Ciro Nolberto Güechá Medina, “Las regulaciones contractuales en el estado de emergencia por la pandemia de covid-19: normas innecesarias y poco fundamentadas” en *Reflexiones del sistema jurídico colombiano desde los contratos estatales y la actividad administrativa*, ed. Ciro Nolberto Güechá Medina (Bogotá: Ediciones USTA, 2020), 17.

- g. Riesgo de fuerza mayor.
- h. Riesgos regulatorios, que dependen siempre de la Nación: si una norma o algún aspecto de ella cambia de forma tan sustancial que afecta un contrato.
- i. Riesgo de adquisición de predios, el cual es más común en los países de estas latitudes.
- j. Riesgo ambiental: atiende al manejo del ambiente y a las políticas ambientales de cada país; también busca desaparecer cualquier evento catastrófico producto de un mal manejo de insumos, maquinaria, logística, etc.
- k. Riesgo soberano o político. No está dentro de nuestro esquema, porque hay una estabilidad democrática, pero hay casos en latitudes muy cercanas a la nuestra.
- l. Riesgos de consulta con las comunidades indígenas o afrodescendientes, que provoquen demoras en los plazos y causen incrementos en el contrato.
- m. Violación al principio de transparencia, economía y responsabilidad, en cualquier etapa contractual, los cuales están contenidos en el Estatuto de Contratación Pública.
- n. El uso indebido por una declaratoria de urgencia manifiesta. Este riesgo conlleva responsabilidades disciplinarias y penales.

En Colombia ya hay muchos antecedentes sobre el desmesurado uso de dichos fondos contingentes, como queda evidente, por ejemplo, con la “Vía al Llano”, autorizada por el Conpes 2654 de 1993 mediante contratación directa, luego de haber hecho una licitación que quedó desierta por falta de proponentes. Fue así como se le otorgó a la Concesionaria Vial de los Andes (Coviandes), con el objeto de rehabilitar y construir tres tramos en la vía que comunica a Bogotá con Villavicencio. Fueron 53 acuerdos modificatorios que cambiaron el objeto del contrato, los plazos, las adiciones y las modificaciones que llevaron a prórrogas. Se observó que, en el momento de empezar la ejecución de la obra, el contratista no contaba con todos los diseños. El Conpes 3535 y el 53 563 otorgaron dichas prórrogas para estabilizar puntos críticos ocasionados por una serie de factores como derrumbes, lluvias, hundimientos, etc., hasta que el Conpes 36 122 de 2009 —modificado por el 3633 de 2009— autorizó otra prórroga. Aun se critica la pasividad de la Agencia Nacional de Infraestructura, puesto que, a la fecha, se han omitido diversas sanciones.

Lo anterior nos permite formular interrogantes acerca de si dicha discrecionalidad sobre los fondos es permisiva. Lo preocupante es si el Legislador, por intermedio de una ley ordinaria, puede facultar a “las autoridades administrativas” para que estas modifiquen directamente sus presupuestos ante eventos de urgencia manifiesta.

Se entiende que no se afectará el monto del presupuesto aprobado por lo que necesariamente serían traslados presupuestales de lo ya aprobado por el Congreso y no de créditos adicionales, como se define en el artículo 347 de la Constitución y en los artículos 79 y siguientes del Decreto 111 de 1996.

Estimó la Corte Constitucional que, cuando se recurriera al presupuesto de una entidad para solventar una situación de urgencia manifiesta, no se modificaba o apropiaba del monto total de sus recursos de funcionamiento o inversión, como expresamente lo autorizó el Estatuto Orgánico de Presupuesto (Decreto 568 de 1996) en su artículo 34, ya que “simplemente se varía la destinación del gasto entre numerales (rubros presupuestales de una misma entidad), por tanto no se afecta en su presupuesto original”.<sup>24</sup>

Dada la posibilidad de que una entidad no tenga el presupuesto suficiente para atender una urgencia manifiesta, se expidió la Ley 448 de 1998, que viabilizó las obligaciones contingentes en los presupuestos de las entidades públicas sometidas al régimen de contratación estatal. Antes de la Ley 448 de 1998, las entidades públicas gestionaban sus obligaciones contingentes con sus propios recursos y no existía una disposición que regulara los tipos de aportes, por lo cual el Fondo de contingencia de las entidades públicas se creó gracias a los riesgos de las concesiones de segunda y tercera generación.

La Ley 80 de 1993, diversos documentos del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes) y el Consejo Superior de Política Fiscal (Confis) definieron que las entidades estaban en la obligación de analizar los riesgos y de determinar sus asignaciones previendo situaciones que pudieran surgir durante un contrato estatal, con base en el principio de planeación para establecer la distribución de los riesgos dentro de los contratos, a partir de las crisis:

SE DESPLOMA el sector bancario de un país, si los niveles inferiores de gobierno (administraciones estatales, provinciales o municipales) no pueden

---

<sup>24</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia 772 de 10 de diciembre de 1998*.

cumplir sus obligaciones o si un gran proyecto de infraestructura garantizado por el Estado tropieza con dificultades, el gobierno central acude al rescate. Ya sea que el Estado tenga la obligación legal de suministrar financiamiento para atender estas contingencias, o simplemente que las circunstancias lo obliguen a hacerlo, los pasivos contingentes pueden generar grandes aumentos de la deuda pública. En consecuencia, el ajuste fiscal orientado únicamente a mantener el gasto proyectado a niveles bajos no basta para evitar la inestabilidad fiscal en países con cuantiosos pasivos contingentes no incluidos en el presupuesto. Los organismos que clasifican el crédito y los bancos de inversión están, pues, prestando mayor atención a los pasivos contingentes al evaluar la solvencia soberana.<sup>25</sup>

Respecto al riesgo, Santofimio ha dicho que lo que buscan el contrato y la legislación es respetar y conservar la conmutatividad de los contratos con obligaciones y derechos plenamente establecidos, fijados y previstos con antelación,

Lo que se quiere en nuestro ordenamiento, por regla general, no es un destino incierto y oscuro para el contrato o el riesgo absoluto en los negocios públicos, sino, por el contrario, la medida, el cuidado, la planeación suficiente, la distribución de los riesgos y no el camino fácil de la asunción de responsabilidades y riesgos sin control.<sup>26</sup>

Si bien en Colombia la categoría y la evaluación del riesgo se encuentran contempladas desde el Estatuto de 1993, este se evaluaba a partir de la “asegurabilidad”. Como proceso independiente, sujeto a un procedimiento interno dentro de las etapas contractuales, no fue sino hasta la Ley 1150 de 2007 que se dispuso la obligación de detectarlo, cuantificarlo y distribuirlo:

Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de

---

<sup>25</sup> Hana Polackova, “Pasivos contingentes del Estado: un riesgo fiscal oculto”, *Finanzas y Desarrollo* 36, núm. 1 (1999): 46.

<sup>26</sup> Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”, *Revista digital de derecho administrativo Universidad Externado de Colombia*, núm. 1 (2009), <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2589/2228>

las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.<sup>27</sup>

El Decreto 1082 de 2015 estatuye que se deben evaluar los riesgos y, aunque menciona que debe hacerlo la entidad, realmente vincula a todos los intervinientes dentro del proceso de selección y contratación. Para ello, se puede basar en los manuales que disponga Colombia Compra Eficiente.<sup>28</sup> El Decreto hace referencia al riesgo previsible y complementa lo ya dicho en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 4170 de 2011. Entre los eventos identificados por la matriz de riesgos definida por Colombia Compra Eficiente encontramos:

(a) los eventos que impidan la adjudicación y firma del contrato como resultado del proceso de contratación; (b) los eventos que alteren la ejecución del contrato; (c) el equilibrio económico del contrato; (d) la eficacia del proceso de contratación, es decir, que la entidad estatal pueda satisfacer la necesidad que motivó el proceso de contratación; y (e) la reputación y legitimidad de la entidad estatal encargada de prestar el bien o servicio.<sup>29</sup>

Así, la norma y la doctrina también separan los riesgos previsibles de los imprevisibles, al referirse a la excesiva onerosidad sobreviniente o también llamadas situaciones que afectan el equilibrio económico de los contratos en el caso de los últimos. El riesgo imprevisible se entiende como el surgido de todos esos fenómenos extraordinarios en los que no interviene la voluntad de ningún extremo contractual y, por ende, afecta directamente el equilibrio económico del contrato. Se trata, por regla general, de eventos no solo imprevisibles, sino irresistibles y extraordinarios.

Como lo expresa Oviedo, la primera existencia de usos concretos de la teoría de la imprevisión se recoge en el Código de Comercio, puesto que el Código Civil chileno no contempló dicho escenario, al hablar de la materia en los vicios ocultos de una cosa.

---

<sup>27</sup> Colombia, Congreso de la República, *Ley 1150 de 2007*, “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos” (Bogotá: *Diario Oficial* núm. 46 691, 16 de julio de 2007), art. 4.

<sup>28</sup> Colombia, Presidencia de la República, *Decreto 1082 de 2015*, “Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional” (Bogotá: *Diario Oficial* núm. 49 523, 26 de mayo de 2015), art. 2.2.1.1.1.6.3.

<sup>29</sup> Colombia Compra Eficiente, “Manual para la identificación”, 4.

Yendo derechamente a los fundamentos del reconocimiento de la vigencia de la imprevisión pese a la carencia de texto explícito en el Código Civil, de la doctrina colombiana se recoge como primera argumentación la existencia de aplicaciones concretas de la institución en situaciones particulares.<sup>30</sup>

En el Banco de España también se estudia el uso del fondo de contingencia ante situaciones emergentes y señala:

[...] un fondo de reserva puede considerarse transparente cuando cumple varias condiciones: 1) tiene sus funciones y responsabilidades claramente definidas; 2) la información es de acceso público, en particular la relativa a las actividades de gestión (ingresos y retiradas de financiación en el fondo; activos; rendimientos de las inversiones que se realizan); 3) los procesos de decisión e información son públicos, lo que implica la emisión regular de informes periódicos, facilitando la rendición de cuentas, y 4) se asegura la integridad de la información que se reporta, mediante mecanismos de supervisión externos e independientes de elevada calidad.<sup>31</sup>

Llama la atención que la información de los procesos de decisión sea pública, pues se otorga más transparencia en el uso de dichos fondos.

El Fondo de contingencia tiene una naturaleza clara, que es asumir los costos derivados de una situación de este tipo. El contratista tiene una finalidad onerosa en la ejecución de un contrato público y, por tanto, cuenta con un límite dentro del que podría financiar para asumir ciertos costos derivados de situaciones extremadamente anormales; el Estado ha de contribuirle, puesto que: “Estas situaciones y el buen actuar de la Administración frente a la protección de garantías y derechos de las personas en el estado de emergencia la ponen en primer plano”.<sup>32</sup> Si se presenta un acto remoto (catástrofe) que implique la necesidad no solo de enfrentar la crisis con recursos insuficientes, sino en el riesgo de parar la ejecución del objeto y perjudicar el bienestar general, se tendrá que acudir al Fondo de contingencias

---

<sup>30</sup> Jorge Oviedo Albán, *Contratos. Teoría general, principios y tendencias*. 2a ed. (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011), 367.

<sup>31</sup> Júlía Brunet et al., “Fondos públicos de contingencia para situaciones de emergencia: lecciones desde la experiencia internacional”, serie *Documentos Ocasionales* núm. 2032, ed. Banco de España (Madrid: Banco de España, 2020), 27.

<sup>32</sup> Oduber Alexis Ramírez Arenas, “La declaratoria del estado de emergencia” en *Reflexiones del sistema jurídico colombiano desde los contratos estatales y la actividad administrativa*, ed. Ciro Nolberto Güechá Medina (Bogotá: Ediciones USTA, 2020), 51.

públicas. En estos eventos de riesgo del contrato, la Administración pública no puede ejecutar las facultades unilaterales, esto es, el “privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de impugnación contencioso-administrativa si no está conforme con su legalidad”.<sup>33</sup>

Sin embargo, como no se pueden financiar todos los riesgos mediante el fondo de contingencia, dicha financiación dependerá de tres condiciones, a saber:

1. La disponibilidad del recurso.
2. La justificación para la destinación de los recursos (una destinación específica, fijada por la misma contraloría).
3. La oportunidad por conveniencia del contrato.

El principio de planeación, desde los supuestos anteriores, se convierte en una excepción,<sup>34</sup> puesto que en ningún caso se pueden eludir los controles dispuestos, las actividades que van a ser desarrolladas y la necesidad de establecer que hayan sido ejecutadas. Las medidas a tomar frente a lo gastado en el momento en que se ejecutó el contrato sirven para determinar que, aunque no se tuvo oportunidad de supuración ordinaria del evento ocurrido irresistiblemente, dicha dificultad podría comprenderse dentro del riesgo razonable y someterse a esta posibilidad de solución.

Se concluye que, de esa reconversión del principio de planeación, surge un cambio de postura del Consejo de Estado expresado en reiteradas sentencias de los magistrados Santofimio Gamboa y Enrique Gil Botero, quienes afirman, por ejemplo, que tal principio vincula al Estado y al particular: el Consejo de Estado, como máximo ente de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ha cumplido un rol fundamental en la determinación de las condiciones de los fenómenos jurídico públicos,<sup>35</sup> entre las cuales aparece esta situación, y el caso del segundo, al estar obligado a advertir aquello que sea de su conocimiento, así como a abstenerse de celebrar dichos contratos; por tanto, el contratista no tendría posibilidad de “pretender el

---

<sup>33</sup> Guillermo Cambero Quezada, “Evoluciones recientes de la contratación pública en México”, *Iusta* 1, núm. 42 (2015): 55.

<sup>34</sup> María Camila Meza Lozano y Álvaro Muñoz Vargas, “El principio de planeación en el contrato de obra pública”, *Iusta*, núm. 51 (2019): 12-14.

<sup>35</sup> Ciro Nolberto Güechá Medina, “La jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia: una expresión de existencia del Consejo de Estado” en *Tendencias jurídicas del derecho público*, comp. Carolina Blanco Alvarado (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016), 39.

reconocimiento y pago de derechos económicos surgidos con ocasión de un contrato estatal celebrado y ejecutado con violación al principio de la planeación, por cuanto ello sería una ‘apropiación indebida de los recursos públicos’.<sup>36</sup>

## Conclusiones

La urgencia manifiesta, desarrollada en los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993, es una solución inmediata a las necesidades de la Administración que requieren una atención tan urgente que no permite esperar los tiempos de las modalidades impuestas y el debido agotamiento de procedimientos y trámites, como venía sucediendo antes de ese año. Por lo anterior, el Legislador fija excepciones a todos esos procesos de selección que terminaban siendo dilatorios, con el perjuicio de obtener, en la mayoría de los casos, un resultado más oneroso para el Estado. Dicha tarea administrativa apunta a satisfacer todas las necesidades de la población y, por tal razón, exige continuidad en la prestación del servicio en tareas como obras, suministros, servicios, etc., incluso cuando se requiere atender de inmediato situaciones forzosas y apremiantes soluciones debido a su excepcionalidad, lo que imposibilita acudir a los procedimientos de selección.

En la legislación colombiana no se encuentra una regulación clara respecto a la ejecución de un contrato de urgencia manifiesta que, debido a un evento de mayor magnitud, resulte más oneroso al Estado, hasta qué punto era un riesgo previsible o si, dado el apremio en solventarlo, dicho evento está al amparo de la teoría del riesgo imprevisible. Para comprender mejor el problema, se debe adentrar en los riesgos de la contratación, con énfasis en la teoría de la imprevisión, para limitar la responsabilidad en esas situaciones que se pueden presentar durante la ejecución de un contrato, en atención a la realidad sobre lo formal.<sup>37</sup>

Se analiza cómo debería ser el comportamiento de los recursos del Fondo de contingencia, una vez decretada la urgencia manifiesta ante las causales descritas, para amparar una situación que lleve a una contratación directa; debe analizarse no solo desde el punto de vista de la planeación contractual, sino también desde los riesgos posteriores. Es muy seguro que algunas entidades están incurriendo en falencias en la planeación por obras o actividades que pueden ser previstas con

---

<sup>36</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, *Sentencia 66001233100019980068501 (26637)*, de 13 de junio de 2013, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>37</sup> Juan José Castro Núñez, “Alcance del principio *iura novit curia* en la responsabilidad del Estado colombiano”, *Via inveniendi et iudicandi* 13, núm. 1 (2018): 175.

antelación y aprovechan los recursos contingentes y la urgencia manifiesta para justificarse ante una situación excepcional, bajo el supuesto de corregirla.

Se crea así un punto de inicio para profundizar en las necesidades investigativas de este campo, con un modelo que recoja los criterios y fundamentos normativos para dar solución a este problema.

¿Cuáles son los riesgos del uso del Fondo de contingencia en la ejecución de contratos de urgencia manifiesta en Colombia?

Entonces tendremos que analizar los antecedentes tanto de la urgencia manifiesta como de los fondos de contingencia. En cuanto a la urgencia manifiesta, me remito a 1910, cuando su denominación era “urgencia evidente”. La Ley 65 de 1925; la Ley 4 de 1964; el Decreto 150 de 1976; el Decreto 222 de 1983; la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 mantienen las mismas reglas formuladas de la licitación y la contratación general.

El Fondo de contingencia es muy positivo para la política regulatoria que debe afrontar la Administración. Es la puerta hacia las buenas prácticas, para mejorar la eficiencia de los recursos públicos y dar cumplimiento al artículo 365 de la Constitución. Se trata, entonces, de formular y regular los límites del manejo de recursos, así como aplicar al pie lo dictado por el principio de transparencia, que lleva a una debida planeación por parte de la gestión administrativa.

Ya sabemos que no hay forma de prever lo imprevisible, pero, en Colombia, se está recurriendo en las mismas prácticas que vulneran una buena planeación, pues a pesar de que no se tiene capacidad directa de decisión sobre esos hechos, parece usual que los contratistas y las Administraciones aduzcan innecesariamente riesgos imprevisibles.

La poca claridad que existe sobre los límites discrecionales a la Administración en cuanto al uso de dichos fondos restringe el sentido por el que fueron creados; por eso, se requieren mayores controles.

No es extraño que, en nuestra geografía, la ejecución de algunos contratos de infraestructura vial sea más compleja, pero no debería ser ajeno para los entes de control y, más aún, para el Legislador, que son hechos reiterativos, año tras

año, y debería poner en discusión lo que debe ser o no un hecho imprevisible para decretar una urgencia manifiesta y recurrir al uso de los fondos de contingencia.

Asimismo, la inadecuada asignación de riesgos conduce a estas malas prácticas; por ende, no se procede de forma apropiada a la identificación de las obligaciones contingentes o, en muchos casos, las garantías son insuficientes.

## Referencias

- Acosta Suárez, Nevis y Martha Ligia Guarnizo Rojas. “Los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro: falencias en su aplicación y perspectivas hacia la eficiencia de la inversión social”. *Via Inveniendi et Iudicandi* 15, núm. 1 (2020): 219-245. <https://doi.org/10.15332/19090528/5748>
- Acosta-Madiedo, Carolina Deik. *Guía de contratación estatal: deber de planeación y modalidades de selección*. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2015.
- Brunet, Júlia, Lucía Cuadro Sáez, Javier J. Pérez. “Fondos públicos de contingencia para situaciones de emergencia: lecciones desde la experiencia internacional”, serie *Documentos Ocasionales* núm. 2032, editado por Banco de España. Madrid: Banco de España, 2020.
- Cambero Quezada, Guillermo. “Evoluciones recientes de la contratación pública en México”. *Iusta* 1, núm. 42 (2015): 45-71.
- Castro Núñez, Juan José. “Alcance del principio *iurnovi curi* en la responsabilidad del Estado colombiano”. *Via Inveniendi et Iudicandi* 13, núm. 1 (2018): 169-187.
- Colombia Compra Eficiente. “Manual para la identificación y cobertura del riesgo en los procesos de contratación”. [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce\\_manual\\_riesgo\\_web.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf) (acceso agosto 1, 2022).
- Colombia, Congreso de la República. *Ley 1150 de 2007*, “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”. Bogotá: *Diario Oficial* núm. 46 691, 16 de julio de 2007.
- Colombia, Congreso de la República. *Ley 4 de 1964*, “Por la cual se dictan disposiciones sobre la industria de la construcción, concursos y contratos”. Bogotá: *Diario Oficial* núm. 31 481, 6 de octubre de 1964.
- Colombia, Congreso de la República. *Ley 65 de 1925*, “Por la cual se adiciona y reforma la 77 de 1912”. Bogotá: *Diario Oficial* núm. 20 047, 13 de noviembre de 1925.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera. *Sentencia 661233000198006801 (2637)*, de 13 de junio de 2013. C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

- Colombia, Consejo Nacional de Política Económica y Social, Departamento Nacional de Planeación. “Conpes 3201: Del riesgo previsible en el marco de la política en contratación pública”. <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf> (acceso agosto 11, 2022).
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-772 de 10 de diciembre de 1998*. M. P. Fabio Morón Díaz.
- Colombia, Presidencia de la República. *Decreto 1082 de 2015*, “Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”. Bogotá: *Diario Oficial* núm. 49 523, 26 de mayo de 2015.
- Duque Ayala, Corina, Hugo Alejandro Sánchez Hernández, Mario Federico Pinedo, Dalia Carreño y Carlos Cárdenas. “Avances en la constitucionalización del procedimiento contencioso administrativo colombiano en tiempos del covid-19”. *Via Inveniendi et Iudicandi* 17, núm. 1 (2022): 57-81. <https://doi.org/10.15332/19090528.7741>
- España, Ministerio de Hacienda. *Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales*. Madrid: *Boletín Oficial del Estado* núm. 59, 9 de marzo de 2004.
- Güechá Medina, Ciro Nolberto. “La jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia: una expresión de existencia del Consejo de Estado” en *Tendencias jurídicas del derecho público*, compilado por Carolina Blanco Alvarado, 39-89. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016.
- Güechá Medina, Ciro Nolberto. “Las regulaciones contractuales en el estado de emergencia por la pandemia de covid-19: normas innecesarias y poco fundamentadas” en *Reflexiones del sistema jurídico colombiano desde los contratos estatales y la actividad administrativa*, editado por Ciro Nolberto Güechá Medina, 17-48. Bogotá: Ediciones USTA, 2020.
- Matallana Camacho, Ernesto. *La urgencia manifiesta. Aspectos teóricos sustanciales y procesales y los mecanismos de control de la institución*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Matallana Camacho, Ernesto. *Manual de contratación de la administración pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Meza Lozano, María Camila y Álvaro Muñoz Vargas. “El principio de planeación en el contrato de obra pública”. *Iusta*, núm. 51 (2019): 185-208.
- Ortega Saurith, Carlos Rodolfo y María Isabel Ortega Saurith. *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2020.
- Oviedo Albán, Jorge. *Contratos. Teoría general, principios y tendencias*. 2a ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011.
- Polackova, Hana. “Pasivos contingentes del Estado: un riesgo fiscal oculto”. *Finanzas y Desarrollo* 36, núm. 1 (1999): 46-49.

- Ramírez Arenas, Oduber Alexis. “La declaratoria del estado de emergencia” en *Reflexiones del sistema jurídico colombiano desde los contratos estatales y la actividad administrativa*, editado por Ciro Nolberto Güechá Medina, 49-82. Bogotá: Ediciones USTA, 2020.
- Real Academia Española. “Contingencia” en *Diccionario de la lengua española*. <https://www.rae.es/drae2001/contingencia> (acceso agosto 11, 2022).
- Saavedra, Alberto Giraldo. “Una aproximación a los cambios de la Administración Pública colombiana en las transformaciones del Estado”. *Iusta 2*, núm. 41 (2014): 17-39.
- Sánchez Hernández, Hugo. “La descentralización administrativa en Colombia: un reto inconcluso y un desafío para el posconflicto”. *Iusta 2*, núm. 45 (2016): 81-106.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”. *Revista digital de derecho administrativo*, núm. 1 (2009). <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2589/2228>
- Yong Serrano, Samuel. *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2015.