

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



FACULTAD DE POSGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

ESPECIALIZACION EN CONTRATACIÓN ESTATAL

**ESTIMACIÓN, TIPIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGO EN EL CONTRATO
DE OBRA PARA ESTACIONES DE POLICÍA.**

HECTOR FLOREZ MONTEJO

TANIA MELENDEZ ANGARITA

ALEJANDRO ZAPATA RIASCOS

BOGOTÁ D.C. 2015

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



FACULTAD DE POSGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

ESPECIALIZACION EN CONTRATACIÓN ESTATAL

**ESTIMACIÓN, TIPIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGO EN EL CONTRATO
DE OBRA PARA ESTACIONES DE POLICÍA.**

HECTOR FLOREZ MONTEJO

TANIA MELENDEZ ANGARITA

ALEJANDRO ZAPATA RIASCOS

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

ASESOR METODOLÓGICO

Dr. DAVID GARCÍA VANEGAS,

ABOGADO INVESTIGADOR

BOGOTÁ D.C. 2015

INTRODUCCIÓN

La contratación pública es uno de los temas fundamentales en la optimización de los recursos del Estado en función de la sociedad y de las instituciones que la componen.

En efecto, según la Ley 80 de 1993 en su artículo 32, es por medio del contrato estatal como acto jurídico que se constituyen las obligaciones específicas entre las diferentes entidades, además de articular modalidades concretas según los medios, las finalidades y el proceso.

Contratos de obra son los que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto. Ley 80 de 1993.

Es en esta perspectiva el contrato de obra se enmarca en el conglomerado normativo como una celebración de acuerdos en pro de construir, mantener o instalar cualquier trabajo material entre las variadas instituciones y entidades del Estado.

En este sentido, es el Contrato de obra una presentación de los principios y las finalidades del Estado, por lo cual el presente trabajo de investigación prepondera en el análisis Estimación, tipificación y asignación de riesgo en el Contrato de Obra para estaciones de

Policía, como aspecto central en la reglamentación del sistema de contratación pública (Decreto 1510 de 2013).

La estimación y asignación de Riesgos para los Contratos de obra Pública son herramientas importantes en la formulación de diagnósticos particulares y específicos, cuya finalidad trasciende del examen de los factores inestables en cada uno de los componentes del contrato, y profundizan en la consecución de los principios del Estado.

Para efectos de este proceso de investigación se ha optado por el análisis y el examen de tres contratos de obra para estaciones de policía a nivel nacional, los cuales confluyen en las problemáticas referidas y las novedades sucintadas en torno a la etapa contractual de los mismos sin que hayan sido juiciosamente reflexionados o contemplados tanto por la administración como por el Estado.

En este aspecto, contribuir en el mejoramiento continuo de este tipo de procesos es una necesidad constante puesto que permite no solo propiciar investigaciones reflexivas y propositivas, sino establecer mediaciones entre los profesionales, las academias, el Estado y la sociedad, a la par de ser un aporte significativo en la inclusión de elementos, la finalidad y el propio tratamiento de la etapa precontractual de este tipo de contratos.

De otra parte, el presente trabajo de investigación se enmarca en los procesos de investigación de La Universidad La Gran Colombia, específicamente articulado a las líneas de investigación institucionales del Programa de especialización en Contratación estatal, en la sublínea de Conflictos sociales y proyección social, permitiendo de esta manera el relacionamiento del objeto de estudio, los intereses de los autores y el aporte institucional.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Planteamiento del problema

La contratación estatal y en específico el contrato de obra, son temas problemáticos y que suscitan mayor atención dadas las diferentes denuncias derivadas de un mínimo control, vigilancia, regulación, corrupción, etc., por parte no solo de los contratistas sino por parte de las entidades de veeduría e interventoría (Guía PCOP, 2014).

En virtud de lo anterior, la asignación de riesgo para el contrato de obra implica el análisis de una serie de factores de alteración a la dinámica propia del cumplimiento del Contrato enmarcado.

En efecto, factores como los técnicos y operativos para la ejecución implican las posibles fallas en torno al incumplimiento de los programas, en cuyo caso, es proclive la intervención de enclaves tales como problemáticas en las cadenas de suministro de materiales, eficiencia en la mano de obra, retardos en el acceso a instrumentos y herramientas, así como en la articulación y toma de decisiones (MICR-01, 2013).

De igual forma, obstáculos en el cumplimiento de especificaciones de carácter técnico, funcionales para el desarrollo del diseño y la construcción, todo bajo la regulación normativa actual.

En ese mismo sentido, la existencia de parálisis en la obra respecto a dificultades en el pago a proveedores, salarios, seguridad social o las rupturas en las relaciones laborales.

En este punto también se evidencian las posibles parálisis de ejecución por desastres naturales, que incluyen desbordamiento de río, avalanchas y en la propia dinámica natural y antropológica de la obra.

Así mismo, factores como los jurídicos, legales, documentales y regulatorios incluyen posibles errores generados en los pliegos de condiciones o especificaciones, estudios, análisis del proyecto y hasta problemáticas respecto de documentación, impidiendo un desglose del mismo de manera efectiva.

En esta dimensión, también se encuentra la demora por parte del contratista ya sea en la ratificación o en entrega de manera oportuna de los documentos y con ellos, la eficacia en los trámites o el diligenciamiento de cuentas, firmas, cifras, entre otros (Fandiño, 2011).

Incluirá posibles suspensiones del proyecto o prórrogas del contrato, riesgo que asumiría probablemente el contratista.

Finalmente y como aspecto central de este componente es las posibilidades y variaciones en precios, tasas y valoración de riesgos que pueden modificarse según las dinámicas propias económicas y modificar de manera sustancial el contrato.

Formulación del problema

¿Qué aspectos en torno a la tipificación, estimación y asignación de Riesgo en los contratos de obra para estaciones de Policía no están incluidos en la etapa contractual?

HIPÓTESIS

Después de realizar un análisis de los contratos de obra para estaciones de Policía se evidencian falencias tanto de proyección, estudio, como ejecución, incurriendo en fallas de carácter técnico, jurídico, financiero y ambiental, afectando directamente los recursos del Estado y las instituciones públicas y teniendo falencias en etapas indispensables del contrato como la contractual.

En este sentido, las matrices y las herramientas aplicadas para evaluar los riesgos en este tipo de contrato son en esencia precarios, poco dinámicos y disfuncionales, dificultando la labor de estimar dichos riesgos en la etapa referenciada, por lo cual, esta investigación profundizará en propuestas para el mejoramiento continuo en la estimación, tipificación y asignación de riesgos para los contratos de obra, con especificidad en las estaciones de policía.

OBJETIVOS

Objetivo General

Examinar propuestas de mejoramiento continuo para la etapa precontractual en la asignación de Riesgo en los contratos de obra para estaciones de policía.

Objetivos Específicos:

1. Identificar clases de Riesgo en tres contratos de obra a nivel jurídico, financiero, técnico, contractual, entre otros.
2. Tipificar las normas afectadas en tres contratos de obra examinados.
3. Evidenciar otros posibles riesgos no contemplados en la tipificación, estimación y asignación de Riesgo en los contratos de obra para estaciones de Policía

RESULTADOS ESPERADOS

Con esta investigación se demostrará un conjunto de problemáticas reales en la etapa precontractual de los contratos de obra para estaciones de policía, y a su vez, la imposibilidad de ser determinados en los estudios y las matrices sobre estimación, asignación y tipificación de riesgos.

En efecto, se evaluarán nuevos componentes que subyacen en los obstáculos sobre dicha estimación, con el fin de proponer enclaves técnicos, jurídicos, financieros y ambientales que posibiliten minimizar estas dificultades y articulen mayores certezas en la planeación, ejecución y en el post proceso.

MARCOS REFERENCIALES

Estado del arte

Al realizar un paneo bibliográfico y de referencias de autores que permitan vislumbrar la problemática, se hace revisión de los siguientes textos:

Inicialmente se han consultado los textos base para el manejo de riesgos al interior de entidades del estado como lo es el documento CONPES 3133. (2001). El cual tiene como objeto las “Modificaciones a la política de manejo de riesgo contractual del estado para procesos de participación privada en infraestructura” este muestra la gestión de riesgos que actualmente se viene manejando en las entidades del Estado.

Así mismo se revisan los manuales de contratación establecidos en la página web de Colombia Compra Eficiente, como son:

-Manual para la identificación y Cobertura de Riesgo en los Procesos de Contratación. Gobierno de Colombia. En línea <http://www.colombiacompra.gov.co>

-Manual de Implementación Modelo Estándar de Control Interno para el Estado Colombiano - MECI 1000:2005-. <http://www.colombiacompra.gov.co>

-MICR-01. (2013). Manual para la identificación y Cobertura de Riesgo en los Procesos de Contratación. Gobierno de Colombia. En línea <http://www.colombiacompra.gov.co>

Los cuales han venido reglamentando los procesos de planeación inicial de los contratos de obra y marcando las pautas para la estimación, tipificación y asignación de riesgos en los contratos de obra, dentro de estos se ve reflejado la maduración que la norma ha tenido hasta el momento, retroalimentación de las experiencias institucionales frente a los diferentes

riesgos sucedidos en la ejecución de contratos estatales, sin embargo, los mismos carecen de retroalimentación y complementación.

Se referencia igualmente el texto de CEPAL. (2008). Información para la gestión del riesgo de desastres estudios de caso de cinco países (<http://www.cepal.org/colombia>), el cual muestra un ámbito internacional del cómo se ha venido realizando el estudio de las riesgos imprevistos en otros países.

El trabajo de Andrea Álvarez, (2010) “La responsabilidad sobre el análisis de riesgos en un contrato estatal. Colombia” realiza una investigación acerca de la legislación vigente sobre los riesgos previsibles en la contratación estatal, enfocado en los estándares de gestión para lograr la adecuada identificación, tipificación y asignación de riesgos en el contrato estatal.

Así mismo referencia los impactos generados sobre cada una de las partes contractuales (contratista y contratante).

Ahora bien el trabajo de Fandiño. (2011) “Regulación y distribución de riesgos en los contratos de concesión de obra en infraestructura de transporte” nos introduce en el ámbito de la gestión y manejo de riesgos en las etapas precontractuales para contratos de concesión de obra en infraestructura, situaciones que encontramos similares, con el problema tendiente a desarrollar en la presente monografía.

Otros trabajos como los de Sánchez, Diego (2011). “La estimación, tipificación y asignación de riesgo en la contratación estatal”, y Sánchez, José (2012). “Asignación de riesgos previsibles y extensión de la responsabilidad del contratista en el contrato de obra pública”, desarrollan las metodologías de la gestión de riesgos vislumbrando la responsabilidad de los contratistas y el Estado.

Estas investigaciones, han de permitir desde sus especificidades, la consolidación teórica y conceptual para abarcar la problemática propuesta y por lo tanto, contribuirá en su solución y desenvolvimiento académico.

MARCO HISTÓRICO

La gestión del riesgo en la normatividad colombiana

La gestión del Riesgo en Colombia tiene su nacimiento en el año 1988 con la creación del Sistema Nacional Para La Prevención y Atención de Desastres conocida como el SNPAD.

De esta forma es uno de los primeros países de la región que promueve una aproximación integral al problema de los desastres, tratando no sólo de la respuesta sino también, de manera privilegiada, la prevención y mitigación (reducción del riesgo). El SNPAD cuenta con un Plan Nacional para la Prevención y Atención de Desastres. Dicho plan define las principales acciones en el campo de la gestión de riesgos (CEPAL, 2008, p.22).

La organización de este Sistema Nacional se da a través de la Ley 46 de 2º de noviembre y se regula por medio del Decreto 919 de 1989 en el cual se especifica no solo los aspectos generales, los regímenes de las situaciones de desastre, hasta las formas de contratación, demolición, resolución de conflictos, control fiscal y calamidad pública (Decreto 919 de 1989).

Así efectivamente el SNPAD se constituye como un sistema descentralizado que intenta por medio de relaciones interinstitucionales privadas y públicas, las diferentes posibilidades del riesgo tanto natural como social, con lo cual es necesario la articulación, la planificación y la atención de los posibles desastres.

El sistema descrito constituyó una propuesta avanzada en su ramo. El paso de las soluciones ad hoc a un modo rutinizado de respuesta que era un adelanto significativo. Igualmente es de mayor importancia el hecho de haberse incluido a la prevención entre los objetivos del sistema. También era considerable el avance que implicó adoptar una estructura descentralizada, interinstitucional y participativa (Cardona, 2006, p.22).

Con el establecimiento del Decreto 93 de 1998 el SNPAD adopta el Plan Nacional para la Prevención y Atención de Desastres el cual tiene como objeto “orientar las acciones del Estado y de la sociedad civil para la prevención y mitigación de riesgos, los preparativos para la atención y recuperación en caso de desastre”, en tanto se pretende:

- a. Reducir riesgos y prevenirlos: examinar zonas de riesgo o vulnerabilidad, identificar escenarios, crear acciones concretas a plazos definidos.
- b. Responder efectivamente: Implica la capacidad por parte del Estado en la consecución de acciones operacionales, técnicas, metodológicas finar instructivos de emergencia o contingencia.
- c. Recuperación: Fundamenta la superación de las afectaciones, la rehabilitación y reconstrucción, además que el fortalecimiento intrínseco del Estado (Decreto 93 de 1998).

Finalmente la regulación de este plan implicaba la consecución de programas sobre el conocimiento de riesgos de orden natural o antrópico, los programas de incorporación de la prevención y reducción de riesgos en la planificación y fortalecimiento del Desarrollo Institucional.

Resúmenes Analíticos de Investigación (RAI)

RAI 1

Asignación de riesgos previsibles y extensión de la responsabilidad del contratista en el contrato de obra pública.

En la investigación titulada “Asignación de riesgos previsibles y extensión de la responsabilidad del contratista en el contrato de obra pública” (2012) realizada por José Alejandro Sánchez, se encuentran establecida y analizada en los riesgos previsibles del contrato de obra pública; e instaurada la definición, clasificación, asignación, cuantificación y el marco jurídico que los regula.

En el contexto de dicha investigación se encuentran enmarcados los riesgos previsibles y la responsabilidad civil del contrato de obra pública en razón a la relevancia y pertinencia de su asignación. Sintetizando su estudio en las implicaciones que se presentan en materia de responsabilidad civil del contratista, concretamente la responsabilidad contractual; es decir en el incumplimiento de la obligación adquirida como tal.

Dentro del documento se resalta que es de vital importancia para la administración pública, la extensión de la responsabilidad del contratista en el contrato de obra pública; ya que mediante él se acuerda la edificación de obras que redundarán en el beneficio e interés general, aspecto que se constituye en uno de los fines de la contratación estatal.

Con relación a las referencias bibliográficas utilizadas en la tesis consultada, se hace relación de treinta y seis, varias de ellos correspondientes a la responsabilidad civil del contrato de obra pública y en los riesgos previsibles, otros a fuentes jurisprudenciales y la totalidad de referencias corresponden la normatividad Colombiana. La metodología manejada fue analítica, investigativa – exploratoria y cualitativa.

En el marco teórico de dicha investigación se encuentra estructurado el contrato de obra pública, los principios de la contratación, la buena fe, la planeación contractual, la responsabilidad en la contratación estatal, los riesgos en el contrato de obra pública, el incumplimiento del contrato y la indemnización de perjuicios; en el contrato de obra no existe el modelo de subordinación por parte del contratista con respecto al contratante, por lo cual se diferencia del contrato de trabajo.

Asimismo, el contrato de obra estatal, se puede decir que es un negocio jurídico donde interviene una entidad estatal como contratante, con un fin determinado el cual es la realización de un trabajo o trabajos materiales que versen sobre inmuebles, para su construcción, mantenimiento o instalaciones que vayan a hacerse en ellos.

El marco teórico parte de un breve estudio de antecedentes históricos donde se pueden rastrear hasta la época antigua donde los gobernantes encargaban a sus súbditos la construcción de obras que tenían relación con los valores, creencias, gustos y excentricidades de los pueblos o de sus gobernantes.

En principio, la contratación estatal no era objeto de diferenciación jurídica en relación con los contratos celebrados entre particulares. Con el devenir del tiempo aquellas divergencias comienzan a insinuarse tímidamente con la inclusión en los contratos públicos las denominadas cláusulas exorbitantes.).

A través de su tesis resalta la diferencia que existe entre riesgos previsibles e imprevisibles, muestra el grado de responsabilidad que tiene el contratista, las eximentes de responsabilidad existentes y las garantías de cobertura de los riesgos tratados.

El tema central de la investigación está cimentado en la contratación de las entidades estatales, riesgos y la responsabilidad civil, en la actualidad el contratista debe asumir la

responsabilidad de los riesgos que puedan presentarse por acción u omisión desde que sean pre visibles; dicha responsabilidad es reflejada durante la ejecución del contrato, puesto que priman los intereses generales sobre el particular, por ser un contrato de obra pública. Así mismo deben responder por los daños que se puedan presentar una vez entregada la obra.

El estatuto de Contratación Estatal no define expresamente los principios de transparencia, economía, responsabilidad ni las reglas que deben seguirse al momento de adelantar los procesos contractuales como lo son la buena fe, la igualdad, y el equilibrio financiero; sin embargo declara una serie de actuaciones que están dirigidas en el proceso de selección del contratista, con el fin de que sea realizada de manera imparcial y objetivamente. Con esto se pretende impedir que los intereses personales incurran en la contratación y haya favorecimiento en un determinado grupo en la inaplicación de procedimientos y etapas fijadas de la ley.

Las “obligaciones contingentes” formadas por los contratos estatales, son conocidas como aquellas obligaciones en virtud de las cuales una entidad, estipula contractualmente a favor de su contratista el pago de una suma de dinero, determinada o determinable a partir de factores identificados, por la ocurrencia de un evento futuro e incierto.

Los “riesgos generados por malas prácticas”, son aquellos sucesos que pueden ocasionarse por acciones negativas en la contratación o por riesgos operacionales que se manifiestan durante el proceso precontractual y que afectan la ejecución del contrato.

De acuerdo al análisis realizado en la presente tesis puedo resaltar que: La asignación de riesgos realizada por la administración en el contrato de conformidad con las normas previstas para ello, implica que la responsabilidad del contratista se ve afectada por este nuevo fenómeno jurídico, a través del cual se implantan una serie de obligaciones y de riesgos que

anteriormente el contratista no tenía la obligación legal de asumir y que le correspondía atribuirse a la entidad contratante; por lo cual se aprecia cómo mediante la asignación de riesgos la responsabilidad del contratista se ha incrementado y/o modificado.

La identificación, valoración y asignación de los riesgos que rodean al proceso de contratación de obras de infraestructuras se encuentran insertas de aproximaciones gramaticales, estructurales y económicas que en muchas ocasiones escapan a los conocimientos de los juristas, quienes mediante cláusulas generales establecen las obligaciones contractuales, lo cual conlleva a que la identificación o determinación de los riesgos no sean los adecuados para evitar dificultades contractuales y evitar los procesos judiciales que tanto afectan las finanzas del Estado.

En las conclusiones del documento se encuentran tres importantes ámbitos: normatividad, capacidad investigativa y análisis. Acerca de la normativa, cabe resaltar que en la ley 80 de 1993 se ha perdido centralidad y unidad sistemática en consecuencia a la multiplicación de leyes especiales que actualmente regulan la materia, el sistema se ve amenazado por la progresiva existencia de leyes especiales que son puestas junto al estatuto de contratación estatal; los cuales afectan los principios que en él existen.

La indemnización de perjuicios es un tema en el cual también aplica para la extensión de la responsabilidad contractual, esta indemnización procede cuando no es posible ejecutar o cumplir la obligación bien sea por impedimentos materiales, jurídicos o cuando se presenta un incumplimiento parcial o tardío; por ende se presenta la obligación de reparar el daño causado y presentado con base a lo pactado en el contrato. Esta indemnización se produce y aplica, cuando ha sido probada la responsabilidad del deudor; si es culpable de la ocurrencia presentada responde por el riesgo y debe resarcir el perjuicio ocasionado a la parte afectada.

Dicha indemnización debe ser integral, es decir; debe cubrir la totalidad de los daños causados tanto materiales, morales o extra patrimoniales, sin rebasar la suma. No obstante como se trata de personas jurídicas lo que se afecta es el buen nombre, lo cual hace parte de su patrimonio de modo que la indemnización se traduce en el pago por los perjuicios ocasionados por el referido incumplimiento.

De acuerdo a lo establecido en la tesis, se encuentra que el equilibrio del contrato está implícito en las condiciones que se pactan y debe mantenerse durante toda la etapa de ejecución del contrato hasta su culminación, ya que los riesgos pueden presentarse en cualquier etapa.

El Consejo Nacional de Política Económica y Social ha venido implementado procesos y normas, con el fin de prevenir y mitigar los riesgos y las respuestas a ellos en la contratación estatal. Sin embargo se debe en cuenta que un ejercicio inadecuado de la valoración y asignación de riesgos en el contrato de obra pública puede llevar al contratista en asumir riesgos que no está en capacidad de soportar.

Es decir, un riesgo que no le corresponde asumir o no tiene la capacidad para asumirlas, ya sea económica o jurídica para llevarlo a cabo, esto implicaría la imposibilidad de finalizar la obra con las condiciones pactadas inicialmente.

De igual manera cabe resaltar que la identificación y valoración de los riesgos con respecto al proceso de contratación de obras de infraestructuras se encuentran inciertas de aproximaciones estructurales y económicas, es decir hay un vacío para los juristas, quienes son los que a través de cláusulas establecen las obligaciones contractuales. Si la valoración del riesgo fuera más claro y eficiente nos evitaríamos procesos judiciales que afectan en gran medida las finanzas del estado.

Para realizar la asignación del riesgo no es suficiente con la existencia del acontecimiento o el daño, es decir debe tener un nexo de causalidad con acción u omisión del contratista, ya que la responsabilidad no opera por sí misma, debe reunir los requisitos que la ley, la jurisprudencia y la doctrina han implementado.

RAI 2

El contrato de obra, razones de las órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas.

David Arce Rojas (2003), en el trabajo titulado: “El contrato de obra, razones de las órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas”, presenta las leyes que regulan la contratación de obra y la aplicación que deben tener las partes con el fin de evitar conflictos, demandas y/o reclamaciones por parte de los contratistas; todo ello, basado en los valores fundamentales de cualquier contrato jurídico los cuales son la equidad y justicia. En esta investigación se encuentra instaurada la definición de contrato de obra, órdenes de Cambio y reclamaciones contractuales.

En el contenido de dicho trabajo se establece el concepto de contrato de obra, sus riesgos administrativos, económicos, riesgos comerciales y riesgos imprevisibles. Extractando su investigación en las implicaciones que se presentan en materia de ordenamiento civil por ambas partes; ya que en dicho contrato se puede ver amenazada la actividad del contratista y el resultado final, si fallan elementos en su ejecución.

En el trabajo prepondera que, a pesar de que el contrato de obra no es un contrato aleatorio, existen riesgos en su ejecución, los cuales están conformados por acuerdos de larga duración y gran volumen económico.

Las referencias bibliográficas que han sido utilizadas en la investigación, son diez (10) las cuales corresponden a los contratos mercantiles, los principales contratos civiles, laudos arbitrales, la ejecución de contrato de obra pública, teoría general del contrato, derecho administrativo, colombiano general y especial. También han relacionado legislación complementaria como es el código civil y el código de comercio.

La metodología utilizada en este trabajo fue analítica, inductiva, descriptiva, cualitativa y explicativa.

En el marco teórico de dicha investigación se encuentra estructurado el contrato de obra, los riesgos, modificación del proyecto o de los contratos de obra, el riesgo imprevisible, contrato de obra civil y obra pública. Se encuentra establecido que el contrato de obra contiene una serie de elementos, los cuales son un contrato consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, principal y de tracto sucesivo.

Para que exista o se presente un contrato de arrendamiento de servicios, el contratante es quien suministra los materiales principales y el contratista quien pone la mano de obra. Dicho contrato es bilateral, oneroso y conmutativo, en el cual el dueño de la obra debe pagar un monto de dinero al contratista por sus labores realizadas.

Los contratos de obra pueden ser modificados en precio y alcance de la obra por decisión de la administración y por circunstancias desconocidas e imprevistas al momento de la contratación; estas modificaciones son realizadas con base al principio de buena fe; es decir que existe buena fe cuando es modificada la obra de acuerdo a órdenes de la persona quien tiene la competencia, ya sean estas verbales; de igual forma cuando el delegante le haya atribuido la suficiente confianza al contratista para realizar la alteraciones que considere pertinentes.

En el contrato de obra se atribuye el riesgo económico propio de la ejecución de la obra al contratista; pero adicional a ese riesgo puede existir otro en la ejecución de la obra, el cual constituye una circunstancia que el contratista no pudo prever. Se pretende que el evento imprevisible no sólo produzca un sobre costo y por consiguiente pérdida al contratista, sino que es necesario que se produzca un desbalance de las prestaciones contractuales.

La teoría de la imprevisión se aplica a los contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida, por ende aplica al contrato de obra ya que es de ejecución sucesiva.

Las circunstancias de la imprevisión son situaciones anormales, lejos de toda previsión al momento de contratar y son ajenos a la voluntad de las partes y deben guardar una estrecha relación de causa y efecto con enorme onerosidad que significa para el contratista el cumplimiento del contrato.

A través de su trabajo resalta la diferencia que existe entre fuerza mayor e imprevisión; la fuerza mayor es una imposibilidad absoluta de cumplir la obligación, por consecuencia de un hecho que hace material y absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación. Mientras que la imprevisión, es una imposibilidad relativa de un hecho que sin hacer imposible el cumplimiento de la obligación, la dificulta representando el cumplimiento en un perjuicio grave para el contratista.

El tema central de la investigación está cimentado en el contrato de obra y las razones de sus reclamaciones; el contratista tiene derecho a una indemnización integra surge en la medida de los acontecimientos que hacen más onerosas la ejecución del objeto del contrato no pudieron ser previstos en el momento de contratar.

De acuerdo al análisis realizado en el presente trabajo se puede concluir que: En el contrato de obra la suma global puede ser modificada por tres razones; por un acuerdo entre

las partes, por la presencia de circunstancias imprevistas al momento de celebrar el contrato y/o por la decisión unilateral de comitente.

El contrato de obra pública adquiere los requisitos propios del contrato civil de arrendamiento de obra con referencia al precio; de tal forma que es un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, en la cual existe una relación sustancial en los principios generales del contrato que se aplican; los cuales son principio de desequilibrio económico, teoría de la imprevisión teoría de las dificultades materiales imprevistas, onerosidad sobreviniente.

Cualquiera que sea la teoría que deba impulsar las contingencias presentadas en el desarrollo de un contrato de obra, las situaciones que sirven de causas acontecidas durante el cumplimiento del contrato y que permiten un reconocimiento monetario en favor del contratista debe ser razonablemente imprevisible.

Esta investigación ha sido de gran importancia para analizar y comprender, que en el desarrollo de los contratos de obra civil o pública pueden presentarse problemas sociales, económicos y jurídicos, para los cuales existen una serie de leyes que se deben interpretar y aplicar en dichos conflictos.

A través de este trabajo podemos identificar las razones que deben tener las partes involucradas en la ejecución del contrato y las órdenes de cambios, con el fin de evitar reclamaciones de los contratistas o demandas, ampliando la investigación en la Estimación, Tipificación y Asignación de riesgo en el contrato de obra para estaciones de policía.

RAI 3

Guía metodológica para el seguimiento y control de proyectos generados a partir de contratos de obra pública, bajo la modalidad de administración delegada en dependencias estatales colombianas.

Mora Cabrera (2014), en el trabajo titulado “Guía metodológica para el seguimiento y control de proyectos generados a partir de contratos de obra pública, bajo la modalidad de administración delegada en dependencias estatales colombianas”, presenta la modalidad de contratación por administración delegada buscando entregar una guía en la cual se brinden pautas a las entidades ejecutoras para la mejora de las prácticas de seguimiento y control inherentes a la función pública, lo anterior aplicado a la contratación de obras de infraestructura.

La investigación se centra en “crear un ambiente de mayor aceptación hacia la modalidad de contratación por “administración delegada” así como identificar las causas más relevantes del por qué no se implementa y de esta manera presenta como su objetivo principal el “concebir un documento guía, que registre una metodología para adelantar procesos de seguimiento y control por parte de entidades estatales colombianas, en proyectos generados a partir de contratos de obra pública bajo la modalidad de administración delegada, sirviendo de apoyo a la función pública y a la búsqueda de la eficiencia administrativa”.

Dentro de la bibliografía consultada por el autor se encuentran trece documentos entre los cuales 3 corresponden a artículos extractados de páginas web, de los más consultados se extracta de la normatividad colombiana y una sentencia de la Corte Constitucional que conceptúa acerca de la modalidad de contratación por administración delegada.

El autor en su marco teórico habla de la teoría de la Administración de Proyectos, haciendo referencia al PMBOK quinta edición (PMI, 2013), en lo que tiene que ver con los fundamentos de la administración de proyectos en sus procesos de inicio, planificación, ejecución, monitoreo y control, las cuales interactúan con las áreas del conocimiento, que para los efectos del trabajo se mencionan gestión de la integración de proyectos, gestión del alcance, gestión del tiempo, gestión de los costos, gestión de la calidad, gestión de los recursos humanos, gestión de las comunicaciones, gestión de los riesgos, gestión de las adquisiciones y gestión de los interesados, siendo esta última incorporada en la versión quinta del PMBOK.

De esta manera desarrolla las formas mediante las cuales se planteará la planeación el proyecto y como se verificará cada etapa, formulando así el ciclo de vida que puede tener el mismo, interrelacionando las etapas de gestión del proyecto y el control que se va a tener sobre dicho proyecto.

Dentro de los ciclos de vida del proyecto menciona el de cascada, incremental, evolutivo y en espiral, exponiendo así varias posibilidades para plantear y desarrollar un proyecto de forma eficiente y efectivo.

Igualmente el autor describe el proceso de contratación que se debe llevar a cabo, acorde con la normatividad vigente y lo establecido en el manual de contratación acogido por la entidad en la cual se adopte, es así como se presenta el proceso previo, es decir, de planeación del proyecto a realizar, la selección del contratista, el desarrollo del proyecto etapa contractual y liquidación.

Así mismo en su marco teórico desarrolla como concepto principal lo concerniente al decreto 222 de 1983 en el cual se describen los procedimientos para desarrollar un proyecto por la modalidad de Administración delegada, destacando la importancia que va a tener en

este el control que se realiza por intermedio de la interventoría y supervisión, mencionando también las funciones que dentro de la ley 1474 de 2011 y la “Guía control contratación estatal”, de la Procuraduría General de la Nación expedido en el año 2012, indican para cada una de las partes intervinientes en el contrato y la manera como se van a desarrollar.

Dentro del documento presentado por Mora Cabrera se presenta igualmente las funciones y aspectos más relevantes técnico-administrativo, legal, financiero y contable para el desarrollo de un proyecto bajo la modalidad de Administración Delegada.

Ahora bien, el proyecto de grado presentado por Mora Cabrera, describe los aspectos positivos y negativos de implementar la contratación de obras públicas por la modalidad de administración delegada como son:

- Mayor participación y control de la administración y/o entidad territorial en la ejecución de la obra.
- Se asumen riesgos compartidos entre la entidad y el contratista.
- Es una opción cuando la obra por su ubicación o necesidades propias demanda altos riesgos que hacen que no sea atractivo para los contratistas.
- Sin embargo no hay mucha normatividad que regule esta forma de pago por cuanto genera mucha incertidumbre y mayores riesgos en su implementación a las entidades públicas.

Finalmente el autor concluye sobre las bondades y posibilidades de mejorar la administración de recursos públicos en la construcción de obras públicas por medio de la administración delegada como son la reducción de costos finales de la obra, mayor control en la ejecución, aplicación de criterios propios de la entidad, siempre y cuando se tengan en

cuenta la organización y eficacia en la actuación de acuerdo con los lineamientos de la entidad que desarrolle el proyecto y los establecidos dentro de los estudios previos del mismo.

Dentro de los aspectos negativos, el autor informa del mayor riesgo que asume la entidad y la carencia de procedimientos definidos para el desarrollo y control dentro de esta modalidad de contratación.

Así mismo se realiza una guía de procedimientos y formatos para dar una idea a las entidades a quienes va dirigido para la implementación y utilización de la modalidad de administración delegada para el desarrollo de obras públicas, incluyendo formatos de contrato y acta de inicio.

RAI 4

El riesgo en el contrato de obra

Hernández & González (2012) en el trabajo titulado: el riesgo en el contrato de obra, en la especialización de derecho administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada, presentan el concepto del manejo de riesgos asociados al contrato de obra, en el marco de la Ley 1150 de 2007, Documento CONPES 3714 y del Decreto 734 de 2012, las cuales estipulan la obligación de establecer los riesgos en la contratación estatal.

Define inicialmente el concepto del riesgo, como una situación imprevisible la cual deberá ser asumida por la parte con mejor posición en el contrato, de acuerdo a lo indicado por el documento CONPES 3107 DE 2001; haciendo énfasis en los riesgos asociados al contrato de obra, dentro de los cuales debe revisarse la localización del proyecto, contexto cultural, social y económico; así como, los mecanismos para su mitigación, dado que la presentación de situaciones imprevistas llevan consigo problemas como atrasos en obra, adiciones, prórrogas ó

suspensiones, situaciones que comprometen la prestación de un servicio o entrega de un bien, entorpeciendo los fines del Estado.

Teniendo en cuenta que la actividad contractual es una de las herramientas indispensables de las entidades públicas para desarrollar los fines del estado, se vuelve indispensable la planeación que de ellos se haga y como elemento fundamental la identificación de las situaciones previsibles que puedan llegar a afectar el desarrollo del contrato y con ello el cumplimiento de los fines de la contratación.

El Documento presentado por Hernández & González, brinda un análisis para las entidades públicas y quien lo consulte, referente al contrato de obra dado que este es el más frecuente en las entidades estatales, costosos y suscita mayores controversias contractuales por diferentes situaciones imprevistas que entorpecen su normal ejecución y afectan el equilibrio contractual.

Dentro de la bibliografía consultada por los autores, se encuentra como relevante la normatividad para el caso, la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, decreto 734 de 2012, el Documento CONPES, 3716 de 2011 y los pronunciamientos jurisprudenciales contenidos entre otros en la sentencia del Consejo de Estado, Radicado 1997-04390-01; y Corte Constitucional, Aclaración de voto a la Sentencia C-037/00 del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

Indica que los riesgos en la contratación han estado referidos a la planeación y el equilibrio económico, presentando así la planeación como herramienta para mitigar la mayor parte de los riesgos previsibles.

Dentro de su marco teórico los autores recogen las inquietudes presentadas por diferentes expertos en el área de la construcción, los cuales expresan el error en el que se ha

incurrido por parte de las entidades públicas y la ley, dado que las se ha creído que la buena conducta y la planeación es un tema que solo tiene que ver con la aplicación de la ley, sin embargo se observa, que en la planeación y estructuración de un proyecto debe haber un buen proceso de aplicación de los criterios de gerencia.

Así mismo, se hace alusión a lo indicado por José Vicente Blanco Restrepo (2008), quien indica que se ha malinterpretado la estimación y asignación de riesgos dentro del contrato, ya que se han venido asignando todo tipo de riesgos imaginables al contratista de obra incluso aquellos que su probabilidad de ocurrencia sea nula o obedezcan a situaciones que debería asumir la administración. Igualmente expresa que la idea de la norma es que el contratista pueda incluir dentro de su estructura de costos los riesgos previsibles que puedan afectar la ejecución, pero si se comienzan a incluir los riesgos previsibles e imprevisibles, los costos de las obras se incrementarían a un nivel inalcanzable para la administración pública.

De estos conceptos se llega a la conclusión que las entidades públicas equívocamente han llevado un formato de matriz estándar para todas sus contrataciones, sin tener en cuenta las características propias de cada proyecto y sin tener en cuenta la previsibilidad o imprevisibilidad del riesgo que se adopta en dicha matriz.

Por lo anterior el autor procede a formular las características de riesgo en la actividad contractual, como son: (I) incierto o aleatorio, (II) concreto (II) lícito y (IV) de contenido económico; señalan igualmente la importancia que la estimación, tipificación y asignación del riesgo derivada de los principios de planeación y conmutatividad deben guardar la reciprocidad entre las prestaciones entre los extremos de la relación contractual.

Así mismo, se indica el concepto de Becerra (2008), que plantea que todo riesgo previsible es el que de acuerdo con las reglas de la ciencia, experiencia y sucesos históricos puede ocurrir dadas las circunstancias de tiempo y lugar en que se ejecuta.

El documento presenta una clasificación de los riesgos por su naturaleza de la siguiente manera: (I) Riesgos Económicos, (II) Riesgos sociales y políticos. (III) Riesgo operacional, (IV) Riesgos financieros, (V) Riesgos regulatorios, (VI) Riesgo ambiental y (VII) Riesgo tecnológico.

Dentro de los riesgos especiales del contrato de obra pública, los autores explican, caracterizan los siguientes riesgos: (I) riesgos en la planeación y ejecución del contrato, como la entrega tardía de los estudios o planos, (II) riesgos derivados de la fuerza mayor y el caso fortuito, planteándose unas subcategorías como son: a) por la naturaleza, situaciones en algunos casos previsibles, y b) por actos sociales ó políticos, situaciones como violencia, asonadas etc., (III) riesgos económicos o legales, (IV) riesgos económicos y los derivados de la forma de pago.

Por todo lo anterior se resalta entonces la importancia de la planeación del riesgo, enmarcando lo indicado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien indica que la gestión del riesgo hace parte integral de las buenas prácticas de la contratación guiada por las directrices de disciplina y prudencia fiscal.

RAI 5

La teoría del equilibrio económico financiero de los contratos administrativos en Costa Rica.

López Jiménez (2011) en el trabajo titulado: “La teoría del equilibrio económico financiero de los contratos administrativos en Costa Rica” basado en la jurisprudencia de la

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia desarrollada, presentan el concepto y aplicación del principio de equilibrio económico asociado primordialmente al contrato administrativo.

Dentro del documento se aprecia el problema que sirve como eje articulador de toda la estructura del documento: “falta de legislación sobre la aplicación del principio del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos en Costa Rica”

De otro lado se observa la estrecha relación entre el objetivo general del trabajo tanto con el título como con la pregunta principal y la hipótesis.

El autor presenta como objetivo general analizar la aplicación del principio del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos en Costa Rica. Se hace especial énfasis en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En el presente estudio se analizan cinco puntos de interés: **(1)** Fundamento normativo. **(2)** La introducción del riesgo en la relación contractual. **(3)** La materialización del principio de equilibrio económico (principios de riesgo y ventura, *factum principis*, *iusvariandi*, *sujétion sim prévues*, teoría de la imprevisión, reajuste de precios o tarifas). **(4)** Metodologías de reajuste. **(5)** Remedios procesales.

En las referencias bibliográficas se relacionan quince (15) autores. El tema con mayor número de textos citados es el de López Jiménez (2011) p. 125. Con cita de: González-Varas Ibáñez. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo VI (Derecho administrativo económico), pp. 185, 195 y 200; otros temas con recurrencia de autores *Justicia constitucional y administrativa*. *Tratado de derecho administrativo*,

Respecto al marco teórico – conceptual se hace la presentación de las siguientes categorías:

Fundamento normativo, inicia indicando la importancia de la equivalencia comercial y la ecuación financiera del contrato, la cual se informa que se encuentra recogida y desarrollada en los votos 998-98(3) y 6432-98 de la SCCSJ, para lo cual se describe la abreviatura previa al desarrollo de la teoría del equilibrio económico, del Voto 6432-98 de la SCCSJ se proyecta como la acertada definición del contrato administrativo desde un punto de vista doctrinal, la constitucional, jurisprudencial y el voto 6432-98 de la SCCSJ, las cuales son también sus mayores aciertos, sobre La teoría del equivalente económico, intangibilidad patrimonial en los contratos administrativos con especial énfasis” en el reajuste de precios, el valor subjetivo del contrato, la existencia de riesgos y circunstancias no previstas en el momento de formalización del contrato, El beneficio del contratista –utilidad–, previsto en el contrato.

Clasificaciones del riesgo: enmarcado en el triple áleas del contrato, áleas administrativas (naturaleza jurídica son parte de la administración y las necesidades del estado), áleas empresariales (comerciales internas aplicables a la entidad), áleas económicas (comerciales externas a las afectaciones que no previsibles y que afectan el equilibrio contractual), Imputación subjetiva del riesgo (son imputables a una de las partes y a ninguna), Alteraciones imputables a una de las partes, Alteraciones no imputables a ninguna de las partes, El álea normal (toda negociación debe ser resarcida o atenuada) y el álea anormal (depresiones monetarias crisis económicas).

Materialización del derecho al mantenimiento del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos: se proyectan seis principios del equilibrio económico, Riesgo y ventura, Hecho del príncipe (en este caso la entidad contratante)

Iusvariandi o modificación unilateral, Sujétion sim prévues, Teoría de la imprevisión, Reajuste de precios/ajuste de tarifas

Metodologías utilizadas para garantizar el derecho al equilibrio económico del contrato: Métodos de cálculo sintético: comportamiento índice de precios publicados por el Ministerio de industria y comercio y las cámaras de construcción. Analítico: se basa en las variaciones de precios iniciales y elemento primordiales. Método analítico modificado: aumentos en los pagos de mano de obra pagos internacionales en los materiales incorporados método sintético alterno para obra.

Remedios procesales: De acuerdo a la jurisprudencia variada se mantiene la descripción del procedimiento administrativo seguido en Costa Rica para el reconocimiento del derecho al mantenimiento del equilibrio económico de los contratos administrativos, posee una escueta regulación por ende se debería, por ello, plantear la necesidad de crear un procedimiento que garantice la celeridad y cumplimiento oportuno del objeto contractual.

Para lo anterior se manifiesta que el CPCA tiene una mayor receptividad de la jurisdicción contenciosa a la materia de contratación administrativa y más importante aún al contrato administrativo como figura. Una mayor tutela del contratista en su relación jurídico contractual administrativa.

Posibles implicaciones en la aclaración y desarrollo de los principios de equilibrio económico en el contrato administrativo.

En la Revista de Ciencias Jurídicas N° 127 (31-69) enero-abril 2012 presentada por parte de López Jiménez (2011) Abogado costarricense, en cuanto a las conclusiones dice:

Los principios sentados por la SCCSJ, en materia de equilibrio económico, han tenido una significativa asimilación en la jurisprudencia administrativa y judicial, sin embargo se

denotan confusiones terminológicas y conceptuales en ciertas resoluciones judiciales y administrativas.

Se puede apreciar, por ejemplo, que las resoluciones de la SCCSJ que definen la figura del contrato administrativo recurren a criterios disímiles y contradictorios, tales como la subordinación del contratista a la Administración, la teoría negativa del acto bilateral y el criterio de naturaleza administrativa del acto.

Preocupa también que muchos de los fallos estudiados realizar una repetición mecánica de los Votos 998-98 y 6432-98, sin efectuar una verdadera valoración de cada caso y como si de estos se abstraieran soluciones para casos concretos. Se considera que, a pesar de las críticas de judicialización de la contratación administrativa, se puede ser optimista en cuanto a la tutela judicial ofrecida por el CPCA, al adaptarse dicha legislación, de una manera más adecuada, a los cánones del artículo 49 de la CP.

Por último, sería recomendable la aclaración y desarrollo, vía legislativa, de los principios de equilibrio de intereses e intangibilidad patrimonial, sin limitarlos al supuesto de reajuste de precios, como lo hace la actual legislación.

Teniendo en cuenta las conclusiones de la investigación se puede tomar como referencias aplicables a la monografía, que el contrato de obra desde su concepción deben presentar determinadas disposiciones que permitan evitar las confusiones terminológicas y conceptuales que desborden la competencia de la entidad para llevar a feliz término el objeto contractual.

Disponer claridad en la clasificación del riesgo, su afectación a las partes de manera equitativa y en cumplimiento de los principios contractuales y de la administración pública que rigen los contratos estatales.

Presentar claridad en las metodologías aplicables dentro del contrato que permitan determinar el equilibrio económico del contratista de obra en igualdad de condiciones con la entidad contratante.

Detectar las falencias dentro del comparativo a tres contratos de obra para la construcción de Estaciones de Policía a nivel Nacional, describir cuáles son sus debilidades y fortalezas con relación a la investigación realizada y la homologación de esta en Colombia, para determinar el direccionamiento práctico de la monografía.

RAI 6

El incumplimiento en los contratos de obra pública” basado en la jurisprudencia latinoamericana desarrollada, presentan el concepto de obra pública y los elementos que la componen.

Barrera Espín (2013) en el trabajo titulado: “El incumplimiento en los contratos de obra pública” basado en la jurisprudencia latinoamericana desarrollada, presenta el concepto de obra pública y los elementos que la componen.”

Dentro del documento se aprecia claramente el problema que sirve como eje articulador de toda la estructura del documento: “El incumplimiento contractual, produce consecuencias económicas para las Instituciones Públicas, por el retraso en el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Institución que tienen un interés social, esto impide dar de manera oportuna y eficaz una obra pública que sirva para satisfacer las necesidades de la población. e presenta como objetivo general analizar el incumplimiento contractual y la responsabilidad de la administración por el incumplimiento en el recibo de los contratos.

En el estudio se analizan los siguientes puntos de interés: **(1)** contrato de obra pública. **(2)** elementos de la obra pública. **(3)** incumplimiento contractual **(4)** responsabilidad de la entidad en el incumplimiento contractual.

En las referencias bibliográficas el tema con mayor número de textos citados es el de Héctor Jorge, Escola, Miguel Ángel, Bercaitz, William René, Parra Gutiérrez, haciendo referencia al contrato estatal, incumplimiento de las partes y efectos del incumplimiento.

Respecto al marco teórico – conceptual se hace referencia a las siguientes categorías dentro del contrato de obra pública:

Se aborda por parte del autor el contrato de obra pública, como un contrato Administrativo, bilateral, oneroso, celebrado por la Entidad Contratante y un particular contratista, para cumplir con un fin público determinado. El autor describe como elementos del contrato de obra pública, la Entidad Contratante y el contratista, dando por entendido que la Entidad Contratante, siempre busca el bienestar de la sociedad, mientras que el particular busca su propio bienestar. El consentimiento, que es el acuerdo de voluntades que permite distinguir el acto bilateral (contrato) del unilateral (acto administrativo), pero como se manifestó con anterioridad el contratista de obra siempre está en la búsqueda de su propio bienestar por lo que es adecuado que el estado tenga la potestad de realizar modificaciones unilaterales dentro de la legislación colombiana y más dentro de la ejecución de contratos de obra cuando el contratista de obra no es cien por ciento consiente de la inversión de recursos provenientes de la sociedad.

El objeto, según lo define el autor es el intercambio de prestaciones que comprometen sus partes y la prestación del particular debe ser el resultado de la búsqueda del bien común, esto como un hecho de importante relevancia dentro de la conciencia del contratista de obra.

La causa, es la satisfacción de un modo directo o indirecto de una necesidad colectiva. La forma, es uno de los elementos esenciales, se refiere al modo concreto de cómo se materializa, exterioriza o instrumenta el vínculo contractual, en este caso el contrato y su clausulado como parte integral del cumplimiento a una necesidad general y atendiendo las condiciones en las que la entidad realiza los contratos en especial la que hace parte de mi investigación, siendo importante que dentro de estos se dé mayor conectividad técnica con la jurídica para garantizar el fin primordial. La finalidad, es el interés público.

Los principios del contrato de obra pública, son los que rigen la ejecución de los contratos de obra pública entre ellos los de mayor importancia según la investigación son: continuidad y mutabilidad. Según Dromi el principio de continuidad permite a la Entidad Contratante, obligar al contratista a la no interrupción o suspensión de la ejecución del contrato por cualquier causa y señala que la Administración para el cumplimiento o ejecución del objeto contractual, podrá cambiar las prestaciones o condiciones impuestas al contratista, siempre y cuando “no infrinja los límites reglados y/o discrecionales del *ius variandi*”, este principio obedece a la responsabilidad que tiene la administración de satisfacer los intereses públicos y es la condición más importante dentro de los contratos de obra y como lo exprese con anterioridad se requiere de la conexión técnico jurídica que permita una continua ejecución de la obra sin dejar de lado la importancia de los principios de la legislación colombiana con relación a la contratación estatal y la administración pública que si bien es cierto en algunos casos parece efímera son un marcador para los órganos de control y la administración para medir la eficiencia y eficacia de su ejecución.

Igualmente se define el incumplimiento contractual, siendo la no realización de las prestaciones asumidas en el contrato, o cualquier desviación de la prestación inicialmente

acordada por las partes y en este caso la entidad contratante motivo de la investigación presenta falencias en el acompañamiento del contratista a medida que se presentan las controversias contractuales o el uso de las herramientas jurídicas necesarias para subsanar las novedades.

De acuerdo a lo anterior se puede inferir que se puede presentar el incumplimiento del contratista, incumplimiento de la administración, según Dromi, los efectos para la rescisión o resolución del contrato por incumplimiento del contratista, produce los siguientes efectos: a) Perjuicio por nuevo contrato. b) Mayores precios que tenga que pagar el comitente c) equipos y materiales d) el avalúo de los materiales se hace de conformidad con sus costos. e) retención de créditos del contratista f) Variación del proyecto después de rescindido el contrato. g) Rescisión por falta de acuerdo para renegociar el contrato h) Cuando no hay acuerdo entre las partes se produce la resolución del contrato y a la devolución de los depósitos de garantía y fianza...”

En concordancia a lo anterior no desaparece la responsabilidad que tiene el Estado en el retardo de la ejecución de la obra pública, teniendo en cuenta que esta debe ejecutarse, afectando directamente el bienestar social o al contratista cumplido en el caso de incumplimiento de la entidad; siendo su efecto más grave la necesidad de la indemnización por daños y perjuicios a la parte cumplidora o la necesidad de terminar el proyecto inconcluso por parte de la entidad, situación que dentro del clausulado contractual de la entidad motivo de la investigación requeriré fortalecimiento de sus herramientas jurídicas y proveer de mayor claridad de estas para el entendimiento técnico del profesional de la construcción como autor principal del proceso de ejecución contractual.

Conclusiones,

Para efectos de la aplicación de este RAI en la investigación que se lleva a cabo puedo decir:

A pesar de hacer parte esencial del contrato de obra un elemento tan importante como lo es la matriz de riesgo en la asignación, estimación y tipificación del riesgo llevada a cabo en los estudios previos y su aplicación es válida para la resolución contractual, vemos que la administración de la cual se desprenden los tres contratos a analizar motivo de mi investigación, esta viene aplicado una serie de controles durante la ejecución de los proyectos que hacen parte del clausulado del contrato y del histórico contractual de la entidad las cuales garantizan el éxito en el cumplimiento del objeto contractual, pero al ser motivo de seguimiento de profesionales en la rama de la construcción muchas veces por desconocimiento de las fuentes jurídicas que rigen el contrato objeto de seguimiento, dificultan la aclaración por parte de la entidad en representación de la supervisión técnica a las controversias que se presentan y son parte del día a día en la evolución del proyecto, generando parálisis momentáneo o definitivo viéndose reflejado en posteriores reclamaciones lo que se traducen la imposibilidad del cumplimiento contractual motivado en el incumplimiento de la administración.

Así las cosas es necesario tomar aportes de la investigación, como sus referentes internacionales que enriquezcan el seguimiento técnico a las supervisión al interior de la entidad analizada generando funciones de alarma de fácil detección por la supervisión técnica que complementen las ya desarrolladas que permita con suficiente antelación la intervención de la entidad en el despliegue las alternativas de solución aplicables.

Según lo observado dentro de la ejecución de los proyectos la entidad emite herramientas valiosas en el clausulado contractual como revisión a la ingeniería de detalle en algunos casos previo a la ejecución de la obra y en otros posterior, tarea que es de suma importancia por ser en ocasiones anteriores un mecanismo que no se había aplicado y ha suscitado la necesidad de ajustes ya actos administrativos a los proyectos desde su entrada en vigencia.

Esto por derivarse del ejercicio la implantación real del proyecto de obra, excavaciones, topografía, estudios de suelos, retroalimentación de la consultoría desarrollada por parte del contratista interventoría y supervisión de obra, que permiten dilucidar a ciencia cierta el valor real del proyecto a ejecutar y si de esta revisión se hace necesario valores adicionales o se presentan menores cantidades se hace necesario el acto administrativo a lugar y dar el cumplimiento a la legislación colombiana que dispone todo contrato previo a su inicio o en su ejecución debe contar su respectivo respaldo financiero en este caso afectación al registro presupuestal o adición presupuestal, presentando así inconvenientes y compromisos de tipo presupuestal los cuales se postergan o no se cumplen por parte de los entes contratantes (municipios y entidades del estado) presentándose al momento de la terminación del contrato inconvenientes de tipo presupuestal representados en reclamaciones por lucro cesante o daño emergente, desequilibrio económico por la interrupción de la secuencia del contrato objeto de vigilancia, desequilibrio económico por mayor permanencia y disposición de personal, equipos y maquinaria, desequilibrio económico por mayor desplazamiento de transporte de personal, equipo y/o maquinarias.

De acuerdo a lo anterior es de suma importancia la aplicación de conceptos de Dromi donde señala que “la Administración para el cumplimiento o ejecución del objeto contractual,

podrá cambiar las prestaciones o condiciones impuestas al contratista, siempre y cuando “no infrinja los límites reglados y/o discrecionales del ius variandi”, este principio obedece a la responsabilidad que tiene la administración de satisfacer los intereses públicos.”

MARCO TEÓRICO

Sobre La Gestión De Riesgo.

En términos teóricos, la gestión de riesgo se define como la articulación de procesos tendientes a identificar, examinar, analizar y prever cualquier tipo de probabilidades en términos de amenazas, a la par de fundamentar acciones que prevengan, corrijan y minimicen dichas amenazas.

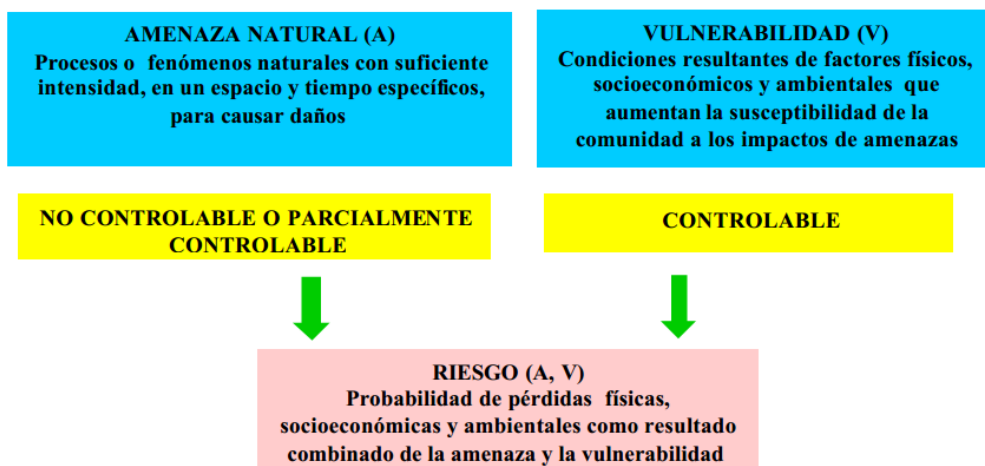
Según la norma NTC 5254 el riesgo es definido como “la oportunidad de que suceda algo que tendrá impacto en los objetivos” y en efecto el proceso de gestión de riesgo sería entendido como la “aplicación sistemática de políticas, procedimientos y prácticas de gestión a las labores de comunicar, establecer el contexto, identificar, analizar, evaluar, tratar, monitorear y revisar el riesgo” (NTC 5254: 1,3, 21).

En este mismo sentido, dicha norma establece que en la actualidad la gestión del riesgo es considerada como una “cultura” o “estructura” que potencia formas de administración efectiva en función de las organizaciones, de allí la importancia y la preponderancia actual de su comprensión y fundamentación.

En esta perspectiva, el riesgo se logra interpretar en dos variables básicas, la primera de ellas como amenaza, es decir cualquier variable externa que puede hacer algún tipo de daño o afectación y la segunda, como vulnerabilidad lo que significan evaluar variables a nivel interno de fallas o espacios y rupturas que permitirán afectaciones.

En el siguiente grafico, se observa como el riesgo es un resultante activo de estas dos variables en tanto su entendimiento se da a partir de un movimiento dialecto resultante.

Imagen 1. Factores del Riesgo



Tomado de EIRD 2008.

El riesgo, producto de la interrelación de amenazas y vulnerabilidades es, al final de cuentas, una construcción social, dinámica y cambiante, diferenciado en términos territoriales y sociales. Aun cuando los factores que explican su existencia pueden encontrar su origen en distintos procesos sociales y en distintos territorios, su expresión más nítida es en el nivel microsocial y territorial o local. Es en estos niveles que el riesgo se concreta, se mide, se enfrenta y se sufre, al transformarse en una condición latente en una condición de pérdida, crisis o desastre (OXFAM, 2004, p. 55).

Finalmente, es a través de la gestión del riesgo que se permite la elaboración de planes, programas, disposiciones y sobre todo, normativas a nivel internacional y nacional que van dando direccionamiento hacia el tema propio de estimación, tipificación y asignación de manera específica en los contratos de obra (CEPAL, 2008, p.22).

La Gestión Del Riesgo a Nivel Normativo Internacional.

Son varias las disposiciones que en la actualidad justifican las modificaciones legales y legislativas en torno a este tema, dando prioridad en elementos como el ambiental, el económico, o el de la seguridad mundial.

Por lo tanto, hablar de riesgo y de su gestión implica necesariamente examinar las fuentes del derecho sobre las que estas se estructuran en torno a la variada y pluralidad de amenazas o variables que “arriesgan” el buen funcionamiento de la vida social.

Si bien, una de estas fuentes es presamente el Derecho Internacional Humanitario, como una de las mayores disposiciones que han permitido las formas de regulación de conflictos bélicos o armados, en pro de dar o ofrecer ciertos niveles de seguridad a posibles afectaciones tanto a la población civil como al Estado en sí mismo.

El DIH protege a las personas que no toman parte en las hostilidades, como son los civiles y el personal médico y religioso. Protege asimismo a las personas que ya no participan en los combates, por ejemplo, los combatientes heridos o enfermos, los náufragos y los prisioneros de guerra. Esas personas tienen derecho a que se respete su vida y su integridad física y moral, y se benefician de garantías judiciales. Serán, en todas las circunstancias, protegidas y tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable (CICR, 2002, p.1).

En este mismo sentido, el pacto internacional de los derechos civiles y políticos establece la dignidad de los individuos, pueblos y sociedades como elementos constitutivos de la existencia humana, y esta como reguladora de las condiciones políticas, sociales y económicas. En virtud de esto, la gestión del riesgo aplica como imaginario y paradigma sobre

el cual, se deberá eliminar y minimizar cualquier condición o circunstancia que pueda afectar la integralidad humana en términos de dignidad (PIDCP, 1969).

La declaración de Tampere es de suma importancia en la promoción legislativa internacional sobre gestión del riesgo, ya que es por medio de esta en que los Estados deben suministrar una serie de recursos para fomentar la telecomunicación en función de mitigar catástrofes

El Convenio de Tampere, que pide a los Estados que proporcionen rápidamente asistencia en materia de telecomunicaciones para aliviar las consecuencias de las catástrofes, contempla la instalación y puesta en marcha de servicios de telecomunicaciones fiables y de fácil adaptación. Se suprimen los obstáculos reglamentarios que impedían la utilización de recursos de telecomunicación para llevar a cabo las tareas de rescate. Entre esos obstáculos pueden mencionarse la asignación de frecuencias y las tasas derivadas de su utilización, así como la protección de técnicos que utilizan esos equipos (ITU, 2012).

A su vez, organismos como la propia ONU ha terminado en sus proceos jurídicos la necesidad de la mitigación de riesgo y su respectiva estimación en tanto regula que los Estados proporcionen la ayuda necesaria (humanitaria, técnica, financiera, económica), en situaciones de amenaza. Esto es evidente en la Resolución 46/182 de 1991 ONU.

Así mismo, una de las acciones más importantes en el contexto internacional es evidenciada en el Marco de Acción De Hyogo 2005-2015, con el cual, las Naciones Unidas promueven de manera enfática la gestión de riesgos de desastres en torno a la actualización constata de la legislación y la construcción de plataformas.

Se trata por lo tanto, de suministrar una serie de estrategias para la elaboración de planes de contención de amenazas y la construcción de un “mundo más seguro”.

Además de esta configuración normativa, el nacimiento de normas como las NFPA, ISO, NTC y otras, han permitido dar una viabilidad a dicha gestión.

En consideración se encuentra la norma NFPA 1600 sobre el manejo de desastres, emergencias y programas para la continuidad de negocios a nivel mundial, en tanto se relacionan elementos para la integralidad de la gestión de riesgos en sectores como el público y el privado, en torno a la prevención, estimación y mitigación.

Así la cosas, la norma ISO 22301 titulada norma internacional de gestión de continuidad de negocios, la cual tiene precisamente en un énfasis en las mitigaciones de riesgos ambientales, técnicos o tecnológicos, o conflictos de corte laboral o social, dando determinadas luces sobre el sostenimiento de las organizaciones.

Finalmente, en esta medida se encuentra otras normas internacionales tales como la NORMA PAS 200:2011 la cual fomenta un constructor de estándares que solventes crisis instituciones y organizacionales.

Marco Conceptual

En términos conceptuales, la gestión de riesgo, su aplicabilidad en los procesos precontractuales, y su influencia en el desarrollo de las actividades contractuales y post contractuales, se rigen en la capacidad de las entidades de fundamentar acciones que prevengan, corrijan y minimicen dichas amenazas.

Tomado de EIRD 2008.

El riesgo, producto de la interrelación de amenazas y vulnerabilidades es, al final de cuentas, una construcción social, dinámica y cambiante, diferenciado en términos

territoriales y sociales. Aun cuando los factores que explican su existencia pueden encontrar su origen en distintos procesos sociales y en distintos territorios, su expresión más nítida es en el nivel micro social y territorial o local. Es en estos niveles que el riesgo se concreta, se mide, se enfrenta y se sufre, al transformarse en una condición latente en una condición de pérdida, crisis o desastre (OXFAN, 2004, p. 55).

Según la norma NTC 5254 el riesgo es definido como “la oportunidad de que suceda algo que tendrá impacto en los objetivos” y en efecto el proceso de gestión de riesgo sería entendido como la “aplicación sistemática de políticas, procedimientos y prácticas de gestión a las labores de comunicar, establecer el contexto, identificar, analizar, evaluar, tratar, monitorear y revisar el riesgo” (NTC 5254: 1,3, 21).

Con esta investigación se demostrará un conjunto de problemáticas reales en la etapa precontractual de los contratos de obra para estaciones de policía, y a su vez, la imposibilidad de ser determinados en los estudios y las matrices sobre estimación, asignación y tipificación de riesgos mayormente atendiendo las condiciones territoriales y locales propias de la geografía colombiana, inherentes a la zona de ejecución de cada proyecto.

Para efectos de este proceso de investigación se ha optado por el análisis y el examen de tres contratos de obra para estaciones de policía a nivel nacional, los cuales confluyen en las problemáticas referidas y las novedades sucintadas en torno a la etapa contractual de los mismos sin que hayan sido juiciosamente reflexionados o contemplados tanto por la administración como por el Estado.

En efecto, se evaluarán nuevos componentes que subyacen en los obstáculos sobre dicha estimación, con el fin de proponer enclaves técnicos, jurídicos, financieros y ambientales que

posibiliten minimizar estas dificultades y articulen mayores certezas en la planeación, ejecución y en el post proceso. A través de herramientas como un diseño abierto, semi-estructurado y flexible, ya que en el análisis sobre las cualidades del objeto investigado, cabe la probabilidad de presentarse cambios en torno al planteamiento, desarrollo y conclusión del tema. De allí, a que los lineamientos de investigación sean factores cambiantes y no estándares inmóviles, lo que permite proponer rigurosidad y sobre todo, replanteamiento de las bases fundamentales del objeto estudiado.

La imprevisión como mecanismo para el restablecimiento del equilibrio económico en un contrato

Atendiendo a las finalidades de la Contratación Estatal previstas desde la constitución política como lo es la adecuada prestación de los servicios, mediante la celebración de contratos que permitan el cumplimiento de los fines del estado, sin embargo, la relación contractual en ocasiones se ve alterada o amenazada cuando se presenta un desequilibrio económico generando atrasos, suspensiones, prorrogas o adiciones que alteran las condiciones contractuales y vulneran los principios de planeación, economía y eficiencia en la prestación misma del servicio.

Por lo anterior, se analiza entonces los eventos en los cuales estas situaciones imprevistas pueden alterar el fin esencial del contrato, alterando las condiciones previstas para su ejecución y la prestación final del bien o servicio.

Al revisar la normatividad vigente, se evidencia que no existe una normatividad clara y específica, si no doctrinal sobre el desequilibrio que pueda generarse de los contratos de consultoría.

Se plantea entonces el conocer el cómo se constituye el desequilibrio económico bajo situaciones imprevistas y la forma de mitigarlas o disminuir el riesgo que este representa para las partes.

Ahora bien, cuando se indica en la constitución política que es deber del estado garantizar la prestación de los servicios públicos a su cargo, no se debe olvidar que este mandato constitucional hace parte de la teoría del servicio público que indica que el servicio prestado se puede desarrollar de forma directa o a través de la suscripción de un contrato con un tercero quien se obliga para con el estado a ejecutar la prestación de un bien o servicio de forma idónea o interrumpida, conllevando con ello a la prestación eficiente de los servicios públicos o bienes que el estado busca satisfacer.

No obstante, no se debe desconocer el carácter conmutativo del contrato, es decir el equilibrio entre las partes más aún cuando la administración goza de calidades superiores al contratista o cláusulas exorbitantes las cuales buscan garantizar el cumplimiento del contrato con la prevalencia del interés público, dicho equilibrio no puede verse alterado y no reparado cuando por circunstancias no imputables al contratista incrementan el presupuesto y condiciones en la ejecución del contrato llevándose al extremo de afectar el patrimonio del mismo con el fin de lograr la debida prestación del servicio público o bien contratado, causándose un daño antijurídico a la luz del artículo 90 de la Constitución Política de 1991.

Es de aquí que nace el principio del equilibrio económico en la contratación estatal, sin embargo, si por cualquier hecho sobreviviente e imprevisto, alegado por el contratista, se altera la ecuación financiera del contrato, la administración está obligada a resarcirlo, situación que será ampliada en el presente documento.

A través de la experiencia adquirida con la aplicación de la teoría de la imprevisión, se han establecido algunas definiciones entre las que se encuentran las siguientes:

Jean Rivero (1980); señala en primer lugar que la función administrativa se ejerce en interés de toda la colectividad, por lo que si de este ejercicio resultase un daño para unos pocos y no se les repara, se vulneraría sus derechos por causa de toda la colectividad; y nada justifica tal discriminación, solo la reparación de dicho perjuicio restablecer el equilibrio roto con dicho ejercicio. Es decir, se advierte la igualdad que debe existir entre las partes así como el respeto que debe la administración al contratista y la obligación que tendría de solicitar su restablecimiento cuando por causas imputables a la administración se rompa el equilibrio contractual.

De otro lado, Laudabere (1983), advierte que el principio de igualdad en la contratación pública, se materializa en la igualdad ante las cargas publicas entre las partes, obligando a la entidad a responder sin que haya culpa de su parte, y atendiendo a este precepto, las entidades estatales deben reparar el daño por el desequilibrio que el contratista sufre en los siguientes eventos:

- Por el Hecho del Príncipe: cuando la administración en ejercicio de una atribución legal afecta en forma definitiva la ecuación patrimonial del contrato y,
- Teoría de la Imprevisión: son las llamadas sujeciones imprevistas que afectan el equilibrio económico inicial del contrato.

Así mismo, Marienthof (1985), lo define de una manera práctica al establecer que es la relación formada por las partes al momento de contratar, es decir, es la equivalencia entre los derechos y las obligaciones del contratista frente a los de la administración.

Para el doctrinante Pino Ricci (1996), es la conservación durante la ejecución del contrato de la correspondencia inicial de las prestaciones pactadas.

De otra parte, también se le define como un reajuste del precio con miras a garantizar el equilibrio financiero del contrato y que pretende mantener al contratista el provecho económico que esperaba.

Por lo anterior, el Concejo de Estado señala que el equilibrio económico es la correspondencia existente entre las prestaciones correlativas que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato.

Una vez revisados los conceptos antes mencionados se evidencia que el equilibrio económico se define como la correspondencia o igualdad entre las obligaciones derivadas de la relación contractual y las prestaciones que de esta reciba cada una de las partes. Por lo anterior este equilibrio solo se ve afectado cuando la carga que soporta una de las partes no tiene proporción con la contraprestación que recibirá de la ejecución del servicio. En caso de verse afectado el equilibrio se genera por parte del contratista el derecho y por parte del estado la obligación de restablecerlo, siempre y cuando, las causas que originaran ese desequilibrio se ajuste a lo preceptuado por la ley y la jurisprudencia.

Dentro de los antecedentes que se han encontrado en la normatividad y la jurisprudencia, tenemos inicialmente en la ley colombiana se presenta el principio del equilibrio económico en la ley 4 de 1964, artículo 11 en el cual se faculta a la administración a revisar los precios en un contrato, siempre y cuando se evidencie la variación de los mismos, frente a lo previsto inicialmente. Posteriormente el Decreto Reglamentario 1518 de 1965 amplía el artículo 12 de la Ley 4 de 1964, estableciendo formulas matemáticas para el restablecimiento de los precios

de los contratos cuando estos eran frutos de licitaciones o de concursos, los cuales debían quedar expresamente establecidos desde los pliegos de condiciones de los mismos.

Así mismo, mediante la Ley 3613 de 1966, se faculta a las entidades estatales a celebrar contratos adicionales para conseguir el restablecimiento del equilibrio económico cuando este ha sido alterado únicamente cuando se presentaren situaciones imprevistas. Este derecho se le otorgaba tanto al contratista como a la entidad contratante. Sin embargo, a través del Decreto 150 de 1976 este derecho era exclusivo del contratista.

Posteriormente, por medio del Decreto 222 de 1983 establece la obligación que tiene las entidades estatales de restablecer la ecuación patrimonial del contrato. Igualmente se estableció en la Ley 80 de 1993 artículo 5 donde impone la obligación de no modificar la remuneración pactada del contratista y en su artículo 27 señala que el desequilibrio es la ruptura del punto de equilibrio por causas no imputables al contratistas, conjuntamente establece el procedimiento para su restablecimiento.

Igualmente según el concepto del Concejo de Estado, Sala de Consulta. 11 de marzo de 1972, Restablecimiento Económico del Contrato, estableciendo en los artículos 20 y 21 que toda modificación por parte de la entidad estatal debía respetar el equilibrio económico, reconociendo al contratista los nuevos costos como consecuencias de las modificaciones.

De la misma manera, el numeral 14 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 indica que los hechos imprevistos que surjan durante la ejecución del contrato y que afecte la ecuación financiera del contrato, este deberá ser restablecido a la parte afectada.

Ahora bien, las condiciones en las cuales puede ser procedente el reconocimiento del desequilibrio económico, inicialmente es definido según: Providencia número 4028 de mayo 5 de 2003 el Concejo De Estado establece como causales de procedencia las siguientes:

- La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato.

Este primer punto indica claramente el factor de imprevisibilidad que pueda tenerse en un contrato, es decir, un hecho o situación que era imposible estimar de manera inicial en la etapa de planeación y etapa pre-contractual dentro de la valoración de riesgos previsibles.

El factor de previsibilidad se establece en la medida que el riesgo pueda ser identificado y cuantificado

- Que no fuese razonablemente previsible por los contratantes al momento de la celebración del contrato.

En este caso se puede evidenciarse su veracidad en la medida que el contratista pueda demostrar que el hecho no fue producto de su falta de diligencia, previsión e impericia.

- Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato.

Este aspecto muestra la ocurrencia de un hecho sobreviniente a la presentación de la oferta o una vez suscrito el contrato estatal, genera un desequilibrio a una de las partes, conllevando a que para el afectado sea excesivamente costoso (mas no imposible) ejecutar las obligaciones contractuales. Es preciso indicar que el Concejo de Estado estable que no se debe utilizar esta figura para que el contratista obtenga la totalidad de los beneficios que quiere obtener, ya que este es un álea normal de todos los contratos administrativos, únicamente es procedente llevar al contratista a un punto de no

perdida, es decir, solo es procedente para salvaguardar al contratista de un estado de pérdida.

Por lo anterior, se infiere que solo es aplicable la teoría de la imprevisión cuando efectivamente se presentan hechos imprevisibles los cuales no pudieron ser avisados antes de la presentación de la oferta y/o la suscripción del contrato y los mismos generen una afectación al contratista.

Así mismo, si del desequilibrio económico generado, se desbordan las condiciones económicas del mismo contrato, la ley permite que solo se lleve a la parte afectada a un punto de no perdida, mas no al resarcimiento total del desequilibrio evidenciado.

La teoría de la imprevisión aplica para los contratos de tracto sucesivo como es el de consultoría, por situaciones ajenas a la voluntad de las partes, sin embargo, debe demostrarse para que pueda realizarse el reconocimiento económico.

La teoría de la imprevisión es una institución jurídica dado que mediante su aplicación se busca garantizar el interés general en la medida que se da continuidad a la prestación de un servicio o bien, garantizando el cumplimiento de la normatividad, condiciones técnicas del mismo.

La estimación de riesgos previsibles que pueden afectar la ejecución contractual

De acuerdo al CONPES, el Manual de Riesgos expedido por Colombia Compra Eficiente, y Decreto 1510 de 2013 se necesita establecer una aplicación adecuada de los riesgos con el fin de evitar y prevenir posibles incumplimientos futuros por parte del

Generalidades de los Riesgos en la Contratación Estatal.

Con el fin de mitigar las causales que conllevan al incumplimiento de un contrato, se necesita aplicar de manera eficaz los riesgos en la etapa de planeación del contrato

En un lenguaje común, el riesgo consiste en una contingencia o proximidad de un daño, por esto el contrato como negocio jurídico que es, comporta riesgos dentro del cumplimiento de los objetivos de las partes

Es frecuente incluir en el análisis de riesgos contractuales el cumplimiento de las obligaciones de las partes, a pesar de ser instituciones jurídicas diferentes.

El riesgo contractual nunca se incluye dentro de las pólizas de cumplimiento y calidad, exigidas a los contratistas en virtud del estatuto contractual.

Los riesgos contractuales se fundamentan en la noción del equilibrio inicial del contrato, porque no dependen solo de las prestaciones acordadas por las partes y su remuneración, sino también la inclusión de los riesgos asumidos por cada una de ellas, por lo tanto se puede decir que son una expresión de la autonomía de la voluntad.

Fundamento legal, doctrinal y jurisprudencial del riesgo

El artículo 2 del decreto 1510 de 2013 define el riesgo como un evento que puede generar efectos adversos en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución del mismo.

La necesidad de asegurar el éxito de los proyectos conlleva a ampliar y distribuir los riesgos, tal como lo manifestó el Consejo de Estado: “El particular que contrata con el Estado si bien tiene legítimo derecho a obtener un lucro económico por el desarrollo de su actividad, no puede perder de vista que su intervención es una forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales y que además debe cumplir una función social, la cual implica obligaciones”. (Arciniegas, Camilo A., Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de octubre de 2001).

El artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 establece que la entidad estatal debe incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación en los pliegos de condiciones o su equivalente; El Decreto Ley 4170 de 2011 establece que dentro del objetivo de Colombia Compra Eficiente debe optimizar los recursos públicos en el sistema de compras y contratación pública por ello la Subdirección de Negocios de Colombia Compra Eficiente asume las funciones de diseñar y proponer políticas y herramientas para la adecuada identificación de riesgos de la contratación pública y su cobertura, sin limitarse a solo al equilibrio económico de los contratos.

Teoría de la imprevisión

Según la jurisprudencia, del Consejo de Estado, la teoría de la imprevisión se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución.

Esta teoría se ha convertido en la base para la determinación de los riesgos aplicables a los procesos de contratación, con el fin de evitar que se rompa el equilibrio de las cargas contractuales, bajo el entendido que la previsibilidad se refiere a los eventos que pueden ocurrir en condiciones normales a la ejecución del contrato.

El actual sistema legal de equilibrio económico de los contratos del Estado, refiere un blindaje garantista a favor del contratista ante cualquier evento de no utilidad o pérdida para este, por ello se recomienda que respecto de la imprevisión, se debe dar en la contratación administrativa el mismo tratamiento que en el derecho privado.

Clases de Riesgos

Los riesgos aplicables a la contratación estatal se presentan de dos formas:

1. Riesgos previsibles, circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo, los cuales son identificables y cuantificables en condiciones normales.
2. Riesgos cubiertos bajo el Régimen de Garantías, los relacionados con la seriedad de la oferta, el cumplimiento de las obligaciones contractuales, la responsabilidad extracontractual, que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas; y de forma general, los demás riesgos a que se encuentre expuesta la Administración según el tipo de contrato y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007

Los riesgos imprevisibles, son los que resultan al ejecutar un contrato y son considerados como sucesos cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, cuyos efectos hacen que el contrato resulte ser diferente a lo planeado e inviable.

Los posibles hechos derivados de estos imprevistos, pueden ser pactados en el contrato estatal, toda vez que con antelación al mismo se debió hacer un procedimiento precontractual en el que es obligación por parte de la entidad contratante hacer un estudio y análisis de los riesgos que probablemente se lleguen a generar y la designación de la carga de estos para el contratante o el contratista.

La asignación de estos riesgos se tienen que hacer en el estudio previo, es decir, con antelación a la apertura del proceso de selección, de conformidad con el numeral 6, del artículo 20, del decreto 1510 de 2013.

Las solicitudes de ofertas o invitación deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la estimación, tipificación, cuantificación y asignación de riesgos plasmados en el estudio previo y pliego de condiciones con el fin de establecer la aceptación de estos riesgos por parte de los interesados en participar, esto en aras de garantizar la correcta ejecución del contrato suscrito.

El decreto 1510 de 2013, en su artículo 39, establece la obligatoriedad para celebrar audiencia para la asignación de riesgos, pero en práctica no es masiva la asistencia a esta audiencia de asignación de riesgos y cuando los oferentes asisten, en algunos casos no hacen su intervención referente a la asignación de riesgos, sino a otros temas del proceso de selección.

Las circunstancias que no pueden ser identificables o cuantificables constituyen la teoría de la imprevisión, estas escapan de la definición de riesgo previsible, por lo tanto en la ejecución de los contratos se evidencian diferentes problemas, los cuales en algunos casos están previstos en los riesgos pero no están asignados razonablemente por ello no podrían ser objeto de debate.

Se ha venido acudiendo al aseguramiento de algunos riesgos inmersos en la contratación estatal como lo son, incumplimiento de proponentes y contratistas trasladados, estos riesgos se establecen en la etapa precontractual a través de la garantía de seriedad de oferta.

Respecto de los riesgos de responsabilidad por daños a terceros efectuados por los contratistas del Estado, se establecen en las garantías exigibles por la entidad en el contrato que se llegare a suscribir como resultado del proceso de selección, mediante pólizas de responsabilidad extracontractual exigibles para ciertos tipos de contratos de acuerdo con lo establecido en la normatividad vigente.

El numeral 6 del artículo 20 del Decreto 1510 de 2013, establece que el soporte de la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles hace parte de los estudios y documentos previos, que sirven de fundamento para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones y que deberán ponerse a disposición de los interesados en la página web de Colombia Compra Eficiente, para que en una discusión conjunta en audiencia pública de asignación de riesgos, se establezca dicha asignación y acepten los riesgos de acuerdo a su tipificación y estimación.

Lo ideal es que desde el inicio de los procesos de selección, las partes expongan clara y lealmente sus posiciones, minimizando futuras confrontaciones o reclamaciones, producto del silencio o falta de nitidez en un aspecto tan determinante como el de los riesgos, lo que generara un mayor esfuerzo no sólo de quienes elaboran y estructuran los pliegos de condiciones, sino de los propios oferentes.

El contratista por lo general es un experto en negocios y además administra recursos ajenos, por ello le supone mayores deberes de cuidado y previsión.

Dentro de un contrato se puede presentar una situación de fuerza mayor, como por ejemplo la creciente de un río que no se presenta todos los años lo que permitiría que el contrato termine sin alguna responsabilidad fiscal, pero dicha responsabilidad se podría atribuir si el contratista como experto podía anticipar el daño.

Riesgos que pueden asumir las entidades estatales y los contratistas o interesados en participar en los diferentes procesos de contratación.

Es difícil establecer un listado de la totalidad de los riesgos previsibles que pudiesen tener lugar durante la ejecución de los contratos estatales, y se hace más difícil de acuerdo a la

complejidad del objeto contractual, por lo tanto se podría proponer los que potencialmente, llegaran a desequilibrar la ecuación económica y financiera del contrato estatal así

- Riesgos producidos por el actuar de la Administración Pública, “ius variandi”
- Riesgos empresariales; errores de cálculo, errores de diseño, dificultades de ejecución contractual o riesgos operativos, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, huelgas, fallas humanas, incumplimiento de proveedores, vicios ocultos, daños redhibitorios, contingencias societarias, y en general, cualquier otro que correspondiere razonablemente considerar al contratista en su calidad de profesional.
- Riesgos económicos, tasas de cambio, tasas de interés, inflación, disponibilidad de la mano de obra, escasez de insumos, variaciones anormales en la oferta y demanda de bienes y servicios y, en general, cualquier otro que corresponda a fenómenos macro o microeconómicos externos por completo a las partes.
- Riesgos Sociales o Políticos: son aquellos que se derivan por cambios de las políticas gubernamentales que sean probables y previsibles, tales como cambios en la situación política, sistema de gobierno y cambio en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato.
- Riesgos Operacionales: Son aquellos riesgos asociados a la operatividad del contrato.
- Riesgos no operacionales, como las especificaciones de materiales o servicios incorrectos, fallas en el embalaje, manipulación, transporte o descarga del bien suministrado, insuficiencia en los proveedores, pérdida o destrucción de los bienes a suministrar, daño, hurto o pérdida de materiales o equipos para la ejecución del contrato, obtención o renovación de licencias o permisos, entre otros.

- Riesgos Financieros: financiación o riesgo de liquidez, y el riesgo de las condiciones financieras.
- Riesgos Regulatorios: Son los posibles cambios regulatorios o reglamentarios que siendo previsibles, afecten el equilibrio contractual.
- Riesgos de la Naturaleza: los causados por la naturaleza sin la intervención o voluntad del hombre, que aunque pueden ser previsibles por su frecuencia o diagnóstico están fuera del control de las partes. Para la determinación de su existencia y/o previsibilidad, se tendrá que acudir a las autoridades públicas o entidades competentes en la recopilación de datos estadísticos o fuentes oficiales como el Instituto Agustín Codazzi, Ingeominas, Ideam, etc)
- Riesgos Ambientales: licencias ambientales, planes de manejo ambiental, de las condiciones ambientales o ecológicas exigidas y de la evolución de las tasas retributivas y de uso del agua.
- Riesgos Tecnológicos: fallos en las telecomunicaciones, suspensión de servicios públicos, advenimiento de nuevos desarrollos tecnológicos o estándares que deben ser tenidos en cuenta para la ejecución del contrato así como la obsolescencia tecnológica.

Colombia Compra Eficiente en búsqueda de establecer e identificar los riesgos aplicables a la Contratación Estatal, en su manual establece la identificación de los riesgos a partir de fuentes como planes estratégicos, planes de acción, reportes de desempeño, presupuestos, Riesgos identificados por otras Entidades Estatales, lluvia de ideas, paneles de expertos cuando la complejidad del Proceso de Contratación lo exige, encuestas y cuestionarios.

Una vez identificados los Riesgos del Proceso de Contratación, la entidad estatal debe clasificarlos según su clase, su fuente, la etapa del Proceso de Contratación en la que se encuentra el Riesgo y su Tipo, así:

- a- General: es un Riesgo de todos los Procesos de Contratación adelantados por la Entidad Estatal, por lo cual está presente en toda su actividad contractual.
- b- Específico: es un Riesgo propio del Proceso de Contratación objeto de análisis.
- c- Interno: es un Riesgo asociado a la operación, capacidad, o situación particular de la Entidad Estatal (reputación, tecnológico).
- d- Externo: es un Riesgo del sector del objeto del Proceso de Contratación, o asociado a asuntos no referidos a la Entidad Estatal (desastres económicos, existencia de monopolios, circunstancias electorales).

Con lo anterior se asegura que la parte con mayor capacidad para reducir los riesgos y costos lo haga. Los riesgos descritos deben ser estudiados y analizados cuidadosamente por la entidad que pretende adquirir el bien o servicio objeto del proceso de selección y, de igual forma, se deben plantear como se ha dicho en el estudio previo y pliego de condiciones.

Es importante que la entidad establezca sus propios riesgos y los asimile a futuros inconvenientes que se puedan generar en la ejecución del contrato, de igual manera. Así mismo, se recomienda tener en cuenta los inconvenientes generados en otros contratos, los cuales se pueden prevenir en estos nuevos contratos, es decir, que la experiencia juega un papel fundamental a la hora de establecer los riesgos, su estimación, cuantificación y asignación.

No hay que filtrar pequeños factores para establecer correctamente los verdaderos riesgos, entre ellos debemos tener en cuenta el lugar de ejecución, el tiempo, los diseños, los posibles paros, el clima, lo referente a la parte técnica, entre otros.

Es indispensable que en la estimación, tipificación y cuantificación de los riesgos no previsibles, deben de analizarse como previsibles para que en el evento que ocurran, la entidad se encuentre “preparada” para asumir este evento imprevisible

Aplicabilidad de los riesgos para establecerlos en los procesos de contratación en concordancia con la normatividad vigente.

El análisis de los riesgos deriva la identificación de los conceptos y las coberturas que deben ser motivo de garantías. Los riesgos atribuibles al contratista, de ser posible deben estar protegidos con garantías, o en su defecto aclarar quién y cómo se asumen.

Los riesgos se deben determinar y aplicar a los documentos de los estudios previos y pliegos de condiciones, para ser socializados por los oferentes. Esta es una de las razones de ser de la contratación pública que actualmente se encuentra regulada por Colombia Compra Eficiente, lo cual pretende evitar que se haga un mal manejo de los recursos públicos.

La entidad estatal es la encargada de decidir la asignación de los riesgos, luego de haber realizado un estudio y una evaluación de los mismos que se pueden llegar a derivar del proceso de contratación.

La tipificación de los riesgos consiste en la determinación que hacen las partes de las contingencias que se puedan prever y ajustarlas a un riesgo.

Una vez tipificado el riesgo se debe tener la probabilidad de su ocurrencia, y su consecuencia económica sobre el contrato que se pretende celebrar.

Los riesgos se deben realizar teniendo en cuenta el asesoramiento de la –Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente, de acuerdo a la modalidad contractual y la carga de los mismos

En este paso la Entidad Estatal debe contar con el personal responsable misionalmente del Proceso de Contratación y el personal con el conocimiento adecuado para la administración del Riesgo.

El documento del Conpes, recomienda para la asignación de riesgos:

- Riesgos Económicos: Se recomienda se traslade al contratista en atención a su experticia en el manejo y posibilidad de administración efectiva de los riesgos económicos.
- Riesgos Sociales o Políticos: lo asumirá la entidad contratante que en atención a su condición dominante.
- Riesgo Operacional: se deben transferir al contratista, en la medida en que cuenta con mayor experiencia y conocimiento de las variables que determinan el valor de la inversión y tendrá a su cargo las actividades propias del contrato. Si un contrato es muy complejo técnicamente las entidades estatales pueden considerar la posibilidad de mitigar el riesgo con el otorgamiento de garantías.
- Riesgos Financieros: Se recomienda que el riesgo se traslade al contratista por regla general y bajo la premisa de contar con información suficiente. En atención a su experticia en la consecución y estructuración de los recursos necesarios, se presume que cuenta con un manejo y posibilidad de administración efectiva de los riesgos financieros.

- Riesgos Regulatorios: lo asumirá la parte que cuenta con un manejo y posibilidad de administración efectiva de los riesgos regulatorios
- Riesgos de la naturaleza: Siempre y cuando existan formas de mitigación al alcance del contratista, los riesgos de la naturaleza deben ser trasladados al mismo.
- Riesgo Ambiental: La asignación del riesgo ambiental depende de la especificidad de cada proceso, por ejemplo la entidad estatal podrá asumir el riesgo de que los costos por obligaciones ambientales resulten superiores a lo estimado.
- Riesgo Tecnológico: el riesgo debe trasladarse al contratista en atención a la experticia en el objeto contractual y los estándares tecnológicos

Colombia Compra Eficiente, establece unos parámetros referentes a la matriz de riesgos en la cual se explica la manera en que se debe asignar la probabilidad del riesgo, el impacto, la valoración y la categoría de acuerdo a la clase de contratos, plasmándolas en diferentes tablas.

Muchas de las entidades estatales evidencian poca aplicación de estas tablas o un erróneo diligenciamiento de la matriz de los riesgos, lo que se infiere la complejidad de la misma matriz, toda vez que se torna en un documento extenso que algunas entidades aún no han implementado.

Marco Jurídico

Para proporcionar soporte legal a la evaluación del desempeño, esta investigación, está sustentado de conformidad con:

1. Ley 80 De 1993 Art. 27 “De la ecuación contractual”, Artículo 32.
2. Ley 1150 De 2007 Art. 3 “Requisitos de los estudios previos”, Art. 4 “De la distribución de los riesgos”
3. Documento CONPES 3714/2011

4. Decreto 1510 De 2013 Art. 3. “Definición de riesgo» Manual De Compra Eficiente

Ley 80 de 1993 ART. 27 “De la ecuación contractual”: **Artículo 27°.-** *De la Ecuación Contractual.* En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 32, es por medio del contrato estatal como acto jurídico que se constituyen las obligaciones específicas entre las diferentes entidades, además de articular modalidades concretas según los medios, las finalidades y el proceso.

LEY 1150 DE 2007 ART. 3 “Requisitos de los estudios previos: **Artículo 3°.** *De la contratación pública electrónica.* De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos

por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.

Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, el cual:

a) Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2° de la presente ley según lo defina el reglamento;

b) Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía;

c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y;

d) Integrará el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.

Parágrafo 1°. En ningún caso la administración del Secop supondrá la creación de una nueva entidad.

El Secop será administrado por el organismo que designe el Gobierno Nacional, sin perjuicio de la autonomía que respecto del SICE confiere la Ley 598 de 2000 a la Contraloría General de la República.

Parágrafo 2°. Derogado por el art. 225, Decreto Nacional 019 de 2012, a partir del 1° de Junio de 2012. En el marco de lo dispuesto en los artículos 59, 60, 61 y 62 de la Ley 190 de 1995 los recursos que se generen por el pago de los derechos de publicación de los contratos se destinarán en un diez por ciento (10%) a la operación del Sistema de que trata el presente artículo.

Artículo 4°. *De la distribución de riesgos en los contratos estatales.* Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

Ver el art. 2.1.2 del Decreto Nacional 734 de 2012

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

DECRETO 1510 DE 2013 ART. 3. “Definición de riesgo» MANUAL DE COMPRA EFICIENTE

“*Riesgo* es un 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.”

Los datos que de ahí resulten, se utilizarán para la implementación de las propuestas que se relacionan con la asignación, tipificación y estimación de los riesgos, que se detallarán de forma más específicas en la definición de los objetivos de la investigación cualitativa.

DISEÑO METODOLÓGICO

El diseño metodológico para la presente monografía es desarrollado a partir de la investigación cualitativa, detallada en principio como un estudio sistemático y analítico, con ciertos lineamientos básicos y principios de organización para la información obtenida.

La investigación cualitativa es entendida también como un diseño abierto, semi-estructurado y flexible, ya que en el análisis sobre las cualidades del objeto investigado, cabe la probabilidad de presentarse cambios en torno al planteamiento, desarrollo y conclusión del tema. De allí, a que los lineamientos de investigación sean factores cambiantes y no estándares inmóviles, lo que permite proponer rigurosidad y sobre todo, replanteamiento de las bases fundamentales del objeto estudiado.

El diseño es emergente, es decir cambiante, va “saliendo”, se va configurando de acuerdo a las condiciones, propósitos y hallazgos de la investigación (...) La investigación cualitativa es sistemática, conducida por procedimientos rigurosos aunque no necesariamente estandarizados (Galeano, 2004, p. 28)

A su vez, la investigación cualitativa, tiene como factores inherentes, ciertos “momentos” dentro del proceso investigativo, los cuales contribuyen en tres pasos generales para su desarrollo:

1. Exploratorio: Pone en contacto el investigador y el objeto de estudio. Se trabaja con un hilo conductor que va a trascender y permite la pre-configuración de datos (generalmente datos sueltos), intuiciones, actividades primarias, revisión temática, entre otras.
2. Focalización: Imprime la configuración y la estandarización de la información obtenida en el eje exploratorio. Construyen lazos y relaciones entre los diferentes datos

encontrados, y contribuye al investigador centrando el tema, con base a la multi-dimensional que puede llegar a poseer el objeto investigado.

3. Profundización: Se adentra en la parte conceptual y teórica, lo que proporciona avances disciplinares y cualitativos.

A partir de los anteriores “momentos”, la investigación cualitativa genera un patrón de acuerdo con las estrategias del investigador, iniciando un sistema de sinergias en torno a la construcción de los componentes, entendidos como: selección del tema, documentación inicial, exploración en el terreno, el mapeo, el muestreo, las fuentes, planes de recolección y generación de información, técnicas de recolección, categorización y análisis, registro y sistematización, entre otras (Galeano, 2004, p. 28).

Propuesta De Mitigación Durante La Ejecución Contractual.

Como parte de la investigación se toman tres contratos y se analizan las cláusulas que enfatizan técnicamente en el cumplimiento del objeto contractual, realizando una revisión a tres contratos de interventoría y construcción para estaciones de policía como se describen a continuación.

CONTRATO N°	049-4-2015
OBJETO:	“INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, CONTABLE, FINANCIERA Y LEGAL PARA LA CONSTRUCCIÓN DE EDIFICACIONES PARA EL USO INSTITUCIONAL DE LA POLICÍA NACIONAL A NIVEL PAÍS (ÍTEM 5: INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, CONTABLE, FINANCIERA Y LEGAL PARA LA

	CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN DE POLICÍA DEL MUNICIPIO DE MANAURE – DEPARTAMENTO DE GUAJIRA).
CONTRATO N°	047-4-2015
OBJETO:	“INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, CONTABLE, FINANCIERA Y LEGAL PARA LA CONSTRUCCIÓN DE EDIFICACIONES PARA EL USO INSTITUCIONAL DE LA POLICÍA NACIONAL A NIVEL PAÍS (ÍTEM 3: INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, CONTABLE, FINANCIERA Y LEGAL PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN DE POLICÍA DEL MUNICIPIO DE PAJARITO – DEPARTAMENTO DE BOYACÁ).
CONTRATO N°	249-3-2014
OBJETO:	“TERMINACIÓN DE LA ESTACIÓN DE POLICÍA DEL MUNICIPIO DE AGUADA – SANTANDER, POR LA MODALIDAD DE PRECIOS UNITARIOS FIJOS SIN FORMULA DE REAJUSTE “

Fuente: Archivo contractual Fondo Rotario de la Policía Nacional

Esto propende en garantizar la mitigación del riesgo durante la ejecución contractual siendo necesario incluir en las clausuladas disposiciones que vinculen otras obligaciones de

manera secuencial, siendo entendible desde el contratista supervisor e interventor que permitan dirimir de manera inmediata las controversias que llegasen a presentarse.

Según lo observado dentro de la ejecución de los proyectos la entidad emite herramientas valiosas en el clausulado contractual como revisión a la ingeniería de detalle en algunos casos previo a la ejecución de la obra y en otros posterior, tarea que es de suma importancia por ser en ocasiones anteriores un mecanismo que no se había aplicado y ha suscitado la necesidad de ajustes ya actos administrativos a los proyectos desde su entrada en vigencia, por ende es necesario complementarla de la siguiente manera.

A continuación se describen las obligaciones y su complemento de acuerdo a lo enunciado así:

Los retardos por la entrega de las observaciones a la ingeniería de detalle y las afectaciones en obra que se presenten por la no entrega oportuna de esta información serán de responsabilidad del contratista, quien no tendrá por ello derecho al pago de intereses o compensación de ninguna naturaleza.

La interventoría debe minimizar los posibles riesgos teniendo en cuenta: las probables contingencias, la probabilidad de ocurrencia, la evaluación, la oferta de solución, el impacto de la solución (tiempo, dinero, recursos), la designación de responsables de las soluciones y los controles (monitoreo-cambios), presentando el primer informe como pre requisito para previa suscripción del acta de inicio, y mensual durante la ejecución de la obra.

Informar de manera oportuna la necesidad de adicionar o balancear la ecuación contractual apoyándose el informe de la ingeniería de detalle previo al acta de inicio.

Para efectos de garantizar la disponibilidad y entendimiento por parte de los aportantes al ente ejecutor de los recursos necesario para la terminación de la obras y si estas ameritan adición presupuestal se requiere la inclusión de la siguiente clausula:

Realizar comité de seguimiento mensual entre los supervisores del contrato interadministrativo, convenio interadministrativo, contrato con tercero, contratista e interventoría de obra, programando una vez al mes comité de seguimiento de obra para verificación técnica, administrativa, financiera, legal y contable en aras de garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

Cuantificar las cantidades de obra y presupuesto que requiera la edificación para subsanar las novedades constructivas presentadas durante las visitas realizadas.

Elaborar y suscribir conjuntamente con el contratista de obra, balances del contrato, análisis de precios unitarios, actas de suspensión y reiniciación (cuando haya lugar para aprobación y firma del ordenador del gasto), el acta de corte de obra, el acta de recibo final de obra y el proyecto de liquidación del contrato de obra, revisarlas y suscribirlas. Cuando exista modificación de cantidades (mayor o menor cantidad de obra), obras complementarias y/o adicionales, el interventor deberá previamente antes de su ejecución elaborar un informe técnico detallado donde conste la justificación de dichas modificaciones, con el objeto de solicitar su aprobación ante la entidad igualmente si es necesario aplicarlo de manera inmediata si el informe de ingeniería de detalle previo a la suscripción del acta de inicio lo amerita.

Lo anterior se complementa con las siguientes cláusulas que determinan un mayor porcentaje de garantía del cumplimiento del objeto contractual.

Pagos:

Nota 1: si no se reciben los documentos solicitados con el lleno de los requisitos, los términos anteriores sólo empezarán a contarse desde la fecha en que quede corregidos y hasta que se haya aportado el último de los documentos, todas las demoras que se presenten por estos conceptos serán de responsabilidad del **contratista**, quien no tendrá por ello derecho al pago de intereses o compensación de ninguna naturaleza.

Nota 2: para efectos de pagos, la entidad **fondo rotatorio de la policía**, únicamente tendrá en cuenta el avance físico real de la obra; por consiguiente, no se avalarán avances de tipo presupuestal demostrados con facturación de trabajos en ejecución, insumos, subcontratos con terceros u otros ajenos su avance real del proyecto.

Obligaciones del contratista:

Cumplir cabalmente con sus obligaciones frente al sistema general de seguridad social integral y régimen parafiscal, dependiendo el caso concreto.

Administrativas:

La interventoría debe minimizar los posibles riesgos teniendo en cuenta: las probables contingencias, la probabilidad de ocurrencia, la evaluación, la oferta de solución, el impacto de la solución (tiempo, dinero, recursos), la designación de responsables de las soluciones y los controles (monitoreo-cambios).

El interventor velará porque el contratista de obra no cause daño en las vías públicas y privadas que utilice, para lo cual verificará que se empleen los vehículos y topes de carga que sean permisibles físicamente por las autoridades competentes.

Acompañar a la entidad las visitas que requiera para verificar las novedades constructivas que tenga la edificación, durante la vigencia de la garantía de calidad.

Vigilar porque se pague a los contratistas el valor de los contratos y las modificaciones a las cantidades de obras medidas y aceptadas para el pago.

Financieras

Responder a las reclamaciones económicas que realice el contratista de obra, responsabilidad del interventor quien hace seguimiento a la correcta ejecución de la obra según los recursos asignados a esta.

Conocer a detalle la lista de precios de los materiales de los ítems ofertados por el contratista de obra, sobre el cual ejercerá la interventoría.

Técnicas

La interventoría debe ejercer el debido control de la obra que garantice el cumplimiento del objeto a través de las funciones gerenciales de: planeación, organización, dirección, evaluación y retroalimentación.

En coordinación con el supervisor del contrato, la interventoría debe revisar: el balance de mayores y menores cantidades y obra no previstas durante del desarrollo del proyecto y la compensación de obra, acompañado de las memorias de cálculo y los análisis unitarios de las obras no previstas; documentación que el interventor entregará al supervisor del contrato de interventoría, para a juicio de este último considere cuál de las condiciones es la más favorables para la ejecución del contrato, previo a la ejecución para trámite de aprobación por parte de la entidad contratante.

Velar por el correcto desarrollo de los trabajos a ejecutar, de acuerdo a los planos aprobados, las especificaciones, las cantidades de obra y los precios establecidos en el contrato de obra, así como el cumplimiento de normas de calidad, seguridad, economía y aspectos ambientales, el estricto cumplimiento del programa de trabajo y someter a consideración del

coordinador del contrato las modificaciones que por razones de orden técnico o por naturaleza de la obra fueran necesarias.

Aprobar los análisis de precios unitarios de ítems no previstos.

No dejar ejecutar ítems no previstos que no hayan sido incluidos contractualmente o aprobados por la entidad contratante.

Revisar los diseños, el presupuesto detallado de obra, las especificaciones técnicas, la programación y los correspondientes análisis de precios unitarios, presentando las observaciones a que haya lugar al contratista de obra, acompañando las observaciones del estudio técnico correspondiente y someterlos a aprobación de la entidad.

Exigir el cumplimiento de las normas de seguridad industrial, seguridad física, seguridad ambiental, contra incendio e higiene, dejando constancia diaria en la bitácora de obra.

Ejecutar sus actividades y servicios minimizando los riesgos para la salud, la seguridad o el medio ambiente en concordancia con las políticas planes y programas gubernamentales nacionales y normas nacionales e internacionales, es obligación especial del contratista ejecutar sus actividades o servicios sin crear riesgo para la salud, la seguridad o el medio ambiente, ya que todos los costos que se generen con ocasión a la contaminación se trasladarán a los directos causantes, incluyendo multas y gastos que se generen con ocasión de requerimientos o actuación de las autoridades

Asumir los costos de indemnización por cualquier perjuicio ocasionado por los empleados, agentes y subcontratistas al medio ambiente. El incumplimiento de esta obligación constituye falta grave y el interventor, podrá hacerse acreedor de las sanciones y multas de que

trata el presente contrato, sin perjuicio de las demás acciones legales que tenga la entidad contratante.

Obligaciones de la entidad.

Adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar, para lo cual el supervisor dará aviso oportuno al fondo rotatorio de la policía nacional, sobre la ocurrencia de hechos constitutivos de mora o incumplimiento.

Décima quinta – indemnidad: el contratista mantendrá libre de cualquier daño o perjuicio originado en reclamaciones de terceros derivados de sus actuaciones, o de las actuaciones de sus subcontratistas o dependientes, al fondo rotatorio de la policía.

CONCLUSIONES.

Los riesgos se deben determinar dentro de los estudios previos y pliegos de condiciones, para ser socializados por los oferentes.

Colombia Compra Eficiente, establece unos parámetros referentes a la matriz de riesgos con el objeto de mitigarlos, a partir del impacto, valoración y la categoría de contratos, plasmándolas en diferentes tablas, que las entidades deben aplicar con mayor rigurosidad.

La matriz de riesgos debe plasmarse en el clausulado contractual, muchas de las entidades estatales evidencian poca aplicación de estas tablas o un erróneo diligenciamiento de la matriz de los riesgos.

Cada entidad de acuerdo a su naturaleza debe establecer sus propios riesgos volviendo previsible lo imprevisible asimilando inconvenientes y estableciendo nuevos riesgos.

Al analizar los riesgos imprevisibles como previsibles, en el evento en que estos se presenten la entidad se encontrara “preparada” para asumir el evento imprevisible

El análisis de los riesgos deriva en una identificación o tipificación la cual debe ser objeto de garantías, la entidad estatal por lo tanto será la encargada de decidir la asignación de los riesgos, evaluarlos y clausularlos en el proceso de contratación.

La tipificación y estimación de los riesgos se debe realizar teniendo en cuenta el asesoramiento de la –Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente, de acuerdo a la modalidad contractual y la carga de los mismos aunado a ello la entidad estatal debe contar con el personal responsable misionalmente en el Proceso de Contratación y el personal con el conocimiento adecuado para la administración del Riesgo.

La Mitigación de los Riesgos debe ser trasladada a la interventoría quien a su vez debe prever las probables contingencias, Administrativas, Financieras y Técnicas plasmándolo en el primer informe como pre requisito a la suscripción del acta de inicio.

BIBLIOGRAFÍA.

- Álvarez, Andrea. (2010). *La responsabilidad sobre el análisis de riesgos en un contrato estatal. Colombia.*
- Beltrán & Dutto. (2012). *Contratación de obra versus concesión de obra pública un análisis de los esquemas de incentivos.* Universidad Nacional del Litoral. En: <http://www.saberes.fcecon.unr.edu.ar>
- Calderón, Gil & Herrán. (2001). *Problemáticas del contrato de concesión de obra de infraestructura vial en la legislación colombiana.* Universidad de la Sabana. Bogotá.
- Camacho & Bohórquez. (2002). *El contrato de concesión.* Pontificia universidad javeriana. Bogotá.
- Cardona, Omar. (2006). Sistema nacional para la prevención y atención de desastres en Colombia. <<http://idea.manizales.unal.edu.co>
- CEPAL. (2008). *Información para la gestión del riesgo de desastres estudios de caso de cinco países* <<http://www.cepal.org>.
- CICR. (2002) ¿Qué es el derecho internacional humanitario? <http://cde.usal.es/arc>
- CONPES 3133. (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 (2001).*
- Cuellar & Luna. (2011). *El contrato de concesión de obra pública en la legislación colombiana: desnaturalización hacia el contrato de obra pública o existencia real.* Universidad libre de Colombia. Bogotá.
- Fandiño, Jorge. (2011). *Regulación y distribución de riesgos en los contratos de concesión de obra en infraestructura de transporte.* Universidad Santo tomas. Bogotá.

Fandiño, Jorge. (2011). Regulación y distribución de riesgos en los contratos de concesión de obra en infraestructura de transporte. Universidad Santo tomas. Bogotá.

Guía para los Procesos de Contratación de Obra Pública. (2010). En línea. <http://www.colombiacompra.gov.co>.

Guía PCOP. (2014). Guía para los Procesos de Contratación de Obra Pública. 2010. En línea. <http://www.colombiacompra.gov.co>.

ITU. (2012). Convenio de Tamperé. <http://www.itu.int>

Manual de Implementación Modelo Estándar de Control Interno para el Estado Colombiano - MECI 1000:2005. <http://www.colombiacompra.gov.co>

Manual para la identificación y Cobertura de Riesgo en los Procesos de Contratación. Gobierno de Colombia. En línea <http://www.colombiacompra.gov.co>

Manual para la identificación y Cobertura de Riesgo en los Procesos de Contratación. Gobierno de Colombia MICR-01. (2013). En línea <http://www.colombiacompra.gov.co>

Naciones Unidas, (2005). *Conferencia Mundial sobre la resolución de desastres Kobe, Hyogo, Japon, del 18 al 22 de enero de 2005*.(2005) En línea [http:// www.unisdr.org](http://www.unisdr.org)

OXFAN. El ABC de la gestión de Riesgos. (2004). <<http://protejete.files.wordpress.com>

Pacto Internacional de Los Derechos Civiles y Políticos. PIDCP. (1969). <http://www.corteconstitucional.gov.co>

Sánchez, Diego. (2011). *La estimación, tipificación y asignación de riesgo en la contratación estatal*. Universidad de la Sabana.

Sánchez, José. (2012). *Asignación de riesgos previsibles y extensión de la responsabilidad del contratista en el contrato de obra pública*. Universidad Nacional. Bogotá.

Normatividad

Constitución Política de Colombia de 1991

Decreto 919 de 1989.

Decreto 93 de 1998

Ley 80 de 1993

Ley 1150 de 2007

Resolución 46/182 de 1991 ONU

Decreto 1510 de 2013

Decreto 1150 de 2013

Decreto 1080 de 2015