

**LA RESPONSABILIDAD SOBRE EL ANÁLISIS DE RIESGOS EN UN
CONTRATO ESTATAL**

INVESTIGACIÓN DESCRIPTIVA

ANDREA CAROLINA ALVAREZ CASADIEGO

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA, ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO A LA
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO**

CHÍA, CUNDINAMARCA ENERO DE 2010

**LA RESPONSABILIDAD SOBRE EL ANÁLISIS DE RIESGOS EN UN
CONTRATO ESTATAL**

INVESTIGACIÓN DESCRIPTIVA

ANDREA CAROLINA ALVAREZ CASADIEGO

ASESOR: JUAN CARLOS LLANO RONDÓN

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA, ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO A LA
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO**

CHÍA, CUNDINAMARCA ENERO DE 2010

INDICE

INTRODUCCION

OBJETIVOS

CONCEPTO DE RIESGO

CLASIFICACIÓN DE LOS RIESGOS

Riesgos financieros

Riesgos puros

Riesgos estratégicos

Riesgos operacionales

DIAGRAMA DE RIESGOS

GESTIÓN DEL RIESGO

MODELO DE RIESGOS

Modelo Australiano AS/NZ 4360:2004

Modelo Colombiano NTC 5254 DE 2006

ANTECEDENTES LEGALES SOBRE EL TEMA DE RIESGOS

Influencia del Derecho Privado

Formación del Contrato Estatal

Actual Estatuto General de la contratación Pública Ley 80 de 1993

Reforma a la ley 80 de 1993 relacionada al Equilibrio Económico del Contrato

ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO

Factores que generan un rompimiento dentro del equilibrio financiero del contrato

Importancia de la Audiencia de asignación de Riesgos

RIESGOS PREVISIBLES

Tipificación

Asignación

Cuantificación

RIESGOS IMPREVISIBLES

Teoría de la Imprevisión

Hecho del Príncipe

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

La contratación estatal es un tema que involucra a toda la población de un país, el sector público, el sector privado entendiéndose este como los contratistas y a la comunidad en general, pues en la ejecución de cualquier obra pública se esta buscando sin lugar a dudas, un beneficio general y un desarrollo para el país.

Para que este proyecto sea beneficioso para todos necesita de una óptima etapa de planeación que conlleva la preparación de las condiciones jurídicas necesarias tanto para la preparación del contrato como su posterior desarrollo, es por esto que en esta etapa se deben analizar, identificar, asignar y verificar cuáles son las necesidades que tiene la comunidad por medio de la administración para así tener claro los objetivos que se buscan con la ejecución del contrato y al tener claro este punto hay que elaborar todos los actos preparatorios para determinar los costos de la obra y los eventuales riesgos que se pueden generarse.

Dentro de esta etapa es importante analizar los riesgos previsible que se pueden presentar durante la ejecución del contrato para así poder cuantificarlos así sea potencialmente y sobre todo determinar cual de las partes contratantes esta en la mejor condición de mitigarlo ya que esto genera una consecuencia económica y el Estado debe velar porque no se genere ruptura en el equilibrio económico del contrato, aspecto importante a tratar.

En la Contratación estatal, existe actualmente un gran temor por parte de los proponentes y de la propia administración en la asignación de riesgos que ordena

la ley que debe realizarse en la etapa precontractual con base en la planeación del contrato, y que debe ser debatida entre las partes en una audiencia de asignación de riesgos, esta audiencia solamente se encuentra regulada para los procesos de contratación que se realizan mediante licitación pública que es el mas utilizado, que en la practica no se esta llevando acabo de manera eficiente, pues se hace como un cumplimiento a un procedimiento y por lo general los proponentes no asisten y las entidades optan por manejar una matriz para todos los procesos, decisión equivocada pues no todas las obras son iguales ni los riesgos los mismos.

Es por esto que mediante la investigación a realizar se quiere concientizar tanto a los contratistas como a la administración sobre la importancia que conlleva la correcta asignación de riesgos, dar claridad al tema y la responsabilidad que conlleva la elaboración de esa asignación de riesgos.

La legislación colombiana ha tenido importantes avances sobre el tema de distribución de riesgos en los últimos años, primero la ley 80 de 1993 analiza y percibe algunos riesgos los cuales pretende mitigar mediante pólizas de seguros, ahí se desarrolla lo concerniente a la garantía de seriedad de oferta, la garantía única de cumplimiento, el seguro de responsabilidad extracontractual. Posteriormente la ley 1150 de 2007 tipifica que dentro de los pliegos debe haber una “estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles”, luego el Decreto 066 de 2008 derogado por el 2474 de 2008 han venido regulando la materia de riesgos, todos estos cambios crean tanto seguridad como incertidumbre legal, pues en la practica ni las empresas públicas ni los proponentes se sienten lo suficientemente sólidos para manejar este tema de riesgos y sobre todo en la asignación de los mismos, pues el asignarse su mitigación genera una responsabilidad que podría generar grandes consecuencias económicas para la

parte que lo sufrague, es por eso la importancia de identificarlos y asignarlos en la etapa de planeación con el fin de evitar futuros conflictos .

Por otra parte, la Norma Técnica Colombiana 5254 de 2006 trata sobre la administración del riesgo la cual es pieza fundamental del gobierno corporativo y que corresponde a una traducción de la norma técnica australiana AS/NZ 4360:2004, en donde se establece e implementa un proceso para administrar el riesgo dentro del contexto de identificación análisis evaluación, tratamiento, comunicación y monitoreo.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL:

Compaginar la legislación vigente sobre el tema de riesgos previsibles en la contratación estatal con los estándares de gestión de riesgos para lograr determinar una adecuada identificación, tipificación y asignación de riesgos dentro de un contrato estatal.

Que esta investigación descriptiva sea un documento de consulta para los operadores de la contratación pública.

OBJETIVO ESPECIFICO:

Lograr un análisis claro y práctico sobre la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles dentro de un contrato de obra y la importancia que esto conlleva desde el punto de la Responsabilidad.

Identificar las clases de riesgo que se pueden presentar en un contrato estatal y evaluar el grado de impacto que puede llegar a generar para las partes contractuales.

Cumplir con el Requisito de grado para obtener el grado de especialista en Responsabilidad Civil Pública y Privada.

EL RIESGO

El riesgo es cualquier suceso que pueda afectar en forma negativa la ejecución de un proyecto futuro, este se encuentra relacionado con la actividad que se va a llevar a cabo y que implica una toma de decisiones entre varias alternativas.

En términos generales se define el riesgo como el conjunto de eventos aleatorios que pueden tener un impacto indeseable o adverso en el valor de una corporación. El riesgo por lo tanto está inequívocamente vinculado a la incertidumbre sobre la evolución futura de variables críticas para un determinado negocio.

CLASIFICACIÓN DE RIESGOS

Existen varias clasificaciones de riesgos, pero a nivel mundial se han agrupado en cuatro categorías a saber: financieros, puros, estratégicos y operacionales.

RIESGO PURO:

Son aquellos que pueden ser asegurables, puede ser una muerte prematura, un accidente de trabajo, la responsabilidad contractual y extracontractual, basados en el perjuicio de otras personas o daño de una propiedad por negligencia o descuido, este riesgo debe ser evaluado por el propio gerente el riesgo acompañado del comité de salud ocupacional.

RIESGOS FINANCIEROS:

Se puede definir como la incertidumbre asociada con el valor o retorno de una posición financiera. De manera más específica este riesgo se mide como la dispersión del valor o retorno esperado de la posición ya sea en el activo o en el pasivo.

Dentro del riesgo financiero los principales son:

El riesgo en la tasa de interés, que es el asociado con el cambio en el valor de mercado de una posición Financiera (activo financiero) como consecuencia de la variación en las tasa de interés.

El riesgo de crédito asociado con la posibilidad de quiebra total o parcial de la contraparte responsable de una obligación financiera y consecuentemente de la no recuperación completa de la misma.

El riesgo de Mercado asociado con la variación del precio de mercado de los activos financieros y las posiciones en inversiones no operativas cuando la entidad participa activamente en transacciones en el mercado de capitales.

En particular es el riesgo asociado con la volatilidad del valor de las posiciones financieras como consecuencia del cambio en los “precios de mercado” tales como: tasas de interés, tasas de cambio, índices bursátiles, acciones, bonos, ¹etc.

RIESGOS ESTRATÉGICOS:

¹ VILLARREAL NAVARRO JULIO, Ingeniería Financiera Universidad de los Andes, Bogotá 2009

Son aquellos eventos intempestivos que influyen directamente en el desarrollo de los proyectos como lo son: la creación de nuevos impuestos que influyan directamente en la obra, los conflictos internacionales que generan dificultades en las importaciones, un nuevo competidor en el mercado, alianzas entre otras.

RIESGOS OPERACIONALES:

Son aquellos eventos predecibles, que hacen parte de la operación del negocio, que al llegar a materializarse, disminuyen el patrimonio de la organización. Por tratarse de eventos que se encuentran generados en la operación de la organización, son responsabilidad de la administración de la misma.

En el sistema moderno de empresa, esta la figura esta compuesto por cuatro subsistemas que son: Gente (personal), Equipos, Material y Ambiente también son conocidos por las siglas GEMA.

La empresa necesita de estos cuatro elementos por lo que siempre requieren especial atención en cada uno de ellos y cuando un riesgo no es controlado en cada una de las etapas de su generación, puede dañar a uno de ellos o a todos juntos, como por ejemplo lo ocurrido en un incendio o una demanda judicial.

En los cuatro elementos mencionados (GEMA), existen riesgos específicos que se deben controlar en forma efectiva para que estos no produzcan pérdidas.

Estos riesgos tienen relación con la actividad específica de cada empresa, ya que los riesgos de una empresa de transporte son diferentes a una empresa minera o de producción manufacturera, de servicios, metalmecánica, etc.

DIAGRAMA DE RIESGOS:

Luego de realizar un listado de todos los riesgos, incluyéndolos dentro de la clasificación anteriormente descrita, se deben ubicar dentro de un cuadro donde se indique la probabilidad de que ese riesgo ocurra y que consecuencia habría en ese evento, para así determinar quien de las dos partes contractuales está en mejor condición de soportarlo.

Esto es lo que se debería hacer en la audiencia de asignación de riesgos que se indica en la fase precontractual del proceso de adjudicación de un contrato estatal, para realmente saber el peligro de los riesgos, que probabilidad hay de que ocurran y las consecuencias que generaría.

Si bien, el resultado arrojado no puede ser exacto a la realidad si da una aproximación a los hechos y genera mejor planeación en los procesos, los riesgos que se salgan de manera inesperada se consideraran que son imprevisibles.

	consecuencias			
probabilidad		Ligeramente dañino	Dañino	Extremadamente dañino
	baja	Riesgo trivial	Riesgo tolerable	Riesgo moderado
	media	Riesgo tolerable	Riesgo moderado	Riesgo importante
	alta	Riesgo moderado	Riesgo importante	Riesgo intolerable

GESTION DE RIESGOS

La gestión del riesgo es el proceso consistente en identificar acontecimientos posibles circunstancias, cuya materialización afectará al logro de los objetivos y la aplicación de las medidas destinadas a reducir la probabilidad o el impacto de esos acontecimientos. Un factor fundamental para la Gestión de Riesgos es la eficacia de los controles que se realicen al interior de las entidades acompañado de una metodología sistemática y formal que se concentre en identificar y controlar áreas de eventos que tienen la capacidad de provocar un cambio no deseado.

El proceso de la Gestión de Riesgos contempla genéricamente una serie de componentes, contenidos o fases que los actores sociales deben considerar en su aplicación y que pueden resumirse de la siguiente manera:

- La toma de conciencia, la sensibilización y la educación sobre el riesgo.
- El análisis de los factores y las condiciones de riesgo existentes en el entorno bajo consideración o que podrían existir con la creación de nuevos esquemas y la construcción de escenarios de riesgo de manera continua y dinámica.

El análisis de los procesos causales del riesgo ya conocido y la identificación de los actores sociales responsables o que contribuyen a la construcción del riesgo.

- La identificación de opciones de reducción del riesgo, de los factores e intereses que obran en contra de la reducción, de los recursos posibles accesibles para la implementación de esquemas de reducción, y de otros factores o limitantes en cuanto a la implementación de soluciones.

- Un proceso de toma de decisiones sobre las soluciones más adecuadas en el contexto económico, social, cultural, y político imperante y la negociación de acuerdos con los actores involucrados.
- El monitoreo permanente del entorno y del comportamiento de los factores de riesgo.
- La Gestión de Riesgo no puede prescindir de la participación activa y protagónica de los actores afectados, y de una consideración de las visiones o imaginarios que estos actores tengan del problema que enfrentan, de su prioridad en su agenda cotidiana, y del contexto humano y económico en que se dé.

Aún cuando el nivel local se perfila como el más apropiado para iniciar y concretar la gestión, este no puede prescindir de estructuras, normatividad, y sistemas interinstitucionales en el nivel nacional que avalan, promueven y estimulan la gestión sin apropiarse del proceso.

La Gestión de Riesgos puede realizar una enorme contribución ayudando a la organización a gestionar los riesgos para poder alcanzar sus objetivos.

Los beneficios incluyen:

- Mayor posibilidad de alcanzar los objetivos;
- Consolida reportes de riesgos distintos a nivel de la Organización;
- Incrementa el entendimiento de riesgos claves y sus más amplias implicaciones;
- Identifica y comparte riesgos alrededor del negocio;
- Crea mayor enfoque de la gerencia en asuntos que realmente importan;
- Menos sorpresas y crisis;
- Mayor enfoque interno en hacer lo correcto en la forma correcta;

- Incrementa la posibilidad de que cambios en iniciativas puedan ser logrados;
- Capacidad de tomar mayor riesgo por mayores recompensas;
- Más información sobre riesgos tomados y decisiones realizadas.

MODELOS DE GESTIÓN DE RIESGOS.

La Gestión de Riesgos es un proceso lógico y sistemático que puede ser utilizado cuando se toman decisiones para mejorar la efectividad y eficiencia.

Cuando se gestiona el riesgo, se trata de identificar los sucesos que puedan ocurrir con el fin de tomar acciones destinadas reducir la exposición a los costos u otros efectos de aquellos eventos que ocurran, en lugar de reaccionar después de que un evento ya ha ocurrido e incurrir en los costos que implican recuperar una situación.

Los encargados de gestionar el riesgo deben estar preparados para revisar y cuestionar las formas tradicionales de administrar con el fin de determinar si existen nuevos enfoques u oportunidades que son válidas de utilizar. En algunas situaciones el decidir no tomar una cierta oportunidad o no introducir nuevos enfoques es tomar el riesgo más grande de todos.

En este tipo de situaciones el gestionar el riesgo, se trata igualmente de identificar y tomar oportunidades destinadas a mejorar el rendimiento como así mismo tomar ciertas acciones destinadas a eludir o reducir las posibilidades de que ocurra algo malo.

Al gestionar el riesgo el encargado necesita encontrar un equilibrio entre los costos y los beneficios. Reconocer que para todos los propósitos prácticos un medio ambiente libre de riesgo es imposible, además de poco económico. Se necesita definir claramente qué nivel de riesgo es el aceptable.

En algunos casos las medidas tendientes a eludir o reducir los riesgos y los errores en un nivel aceptable pueden ser altos y las medidas no proporcionan los suficientes beneficios.

En otros casos la naturaleza del riesgo puede garantizar medidas preventivas muy costosas porque el nivel de riesgo que es aceptable es nulo o extremadamente bajo.

El ahorrar dinero para la entidad, mediante procedimientos modernos es importante y conduce a una utilización más efectiva de los recursos, no obstante, el objetivo principal no es reducir los costos sino que lograr los objetivos de una manera efectiva y eficiente.

Analizaremos dos modelos de Gestión de riesgos en diferentes métodos

ELEMENTOS DEL PROCESO DE LA GESTION DE RIESGOS SEGÚN EL METODO AUSTRALIANO/NEOZELANDES²

Este estándar concibe el riesgo como una exposición a las consecuencias de la incertidumbre, o cambios potenciales respecto de lo que esta planeado o se espera. Este proceso se aplica tanto a la administración de los beneficios potenciales como a las pérdidas potenciales.

Elementos Principales

Los elementos principales del proceso de administración del riesgo, son los siguientes:

a. **Establecer el contexto:** Establecer el contexto estratégico, organizacional y de administración del riesgo en el cual el resto del proceso tomará lugar. Se deben

² Estándar Australiano/Neo Zelandés, AS/NZS 4360:1999

en primer término, establecer los criterios contra los cuales se evaluarán los riesgos y definir la estructura del análisis.

b. **Identificación de riesgos:** Identificar qué, por qué y cómo las cosas pueden suceder como la base para mayores análisis.

c. **Análisis de riesgos:** Determinar los controles existentes y los riesgos analizados en términos de consecuencia y probabilidad en el contexto de esos controles. El análisis debe considerar el rango de consecuencias potenciales y como probablemente esas consecuencias pueden ocurrir. La consecuencia y la probabilidad son combinadas para producir un nivel de riesgo estimado.

d. **Evaluación de riesgos:** Comparar los niveles de riesgo estimados contra el criterio preestablecido. Esto permite priorizar los riesgos así como identificar las prioridades de la administración. Si los niveles de riesgo establecido son bajos, entonces los riesgos podrían caer en una categoría aceptable y podría no necesitarse un tratamiento.

e. **Tratamiento de riesgos:** Aceptar y monitorear los riesgos de prioridad baja. Para otros riesgos, desarrollar e implementar un plan de manejo específico dentro del cual se incluyen consideraciones de fundamento.

f. **Monitorear y revisar:** Monitorear y revisar el desempeño del sistema de administración y los cambios que podrían afectarlo.

g. **Comunicación y consulta:** Comunicación y consulta apropiada con accionistas internos y externos no solo en cada estado del proceso de administración del riesgo sino en lo concerniente a la totalidad del proceso.

Este estándar especifica los elementos del proceso de administración de riesgos, pero no tiene como propósito forzar a la uniformidad en el sistema de administración del riesgo. Es genérico e independiente de cualquier sector industrial o económico. El diseño e implementación del sistema de administración

del riesgo estarán influenciados necesariamente por las necesidades de la organización, sus objetivos particulares, sus productos y servicios, y los procesos y prácticas específicas empleadas.

La terminología usada en este estándar ha sido escogida para que sea congruente, en lo posible, con un amplio rango de disciplinas de riesgos y administración de riesgos.

Este estándar para su mejor entendimiento y posterior desarrollo, provee al lector de una guía de definiciones de términos utilizados dentro de él.

NORMA TÉCNICA COLOMBIANA 5254

El estándar de Gestión del Riesgo Colombiano elaborado y coordinado por el comité de riesgos del Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación - ICONTEC. El NTC 5254 se fundamentó en el estándar genérico de gestión de riesgos de mayor aplicación a nivel mundial AS/NZS: 4360, esta norma técnica colombiana toma los mismos criterios para evaluar y definir la estructura del análisis e identificación de riesgos ya explicados en el estándar australiano.

La utilización de la NTC 5254 permite controlar costos, minimizar pérdidas, maximizar oportunidades, crear nuevas estrategias de gestión, aumenta las responsabilidades pues cada quien es responsable de su labor y da mas transparencia a las decisiones tomadas y que se deben tomar.

Genera claridad acerca de los aspectos a los que se van a ver enfrentados los procesos productivos o los proyectos que se van a desarrollar, pues el haber hecho un cuidadoso análisis de todos los aspectos se identifican las eventuales situaciones y así mismo se cuantifican

ANTECEDENTES LEGALES SOBRE EL TEMA DE RIESGOS PREVISIBLES

El contrato de obra consiste en un acto jurídico en virtud del cual una persona se obliga para con otra a realizar una obra material determinada, bajo una remuneración y sin mediar subordinación ni representación³.

Influencia del Derecho Privado:

Desde el Código Civil (ley 153 de 1887) ya se hablaba de contrato de obra al referirse de arrendamiento de obra y se determinan las directrices básicas y principales de la regulación de esta clase de contratos, en su art 2053 así:

“Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra.

Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no. Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento.

Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta.

El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicios de las especiales que siguen”

³ Código Civil Colombiano Artículos 2053 a 2060 Editorial Legis, 2009

La anterior definición establece el contrato de obra como un contrato de arrendamiento de obra y se empieza a analizar el sinalagma que debe existir entre las prestaciones de las partes. Pues es claro que el dueño que la obra busca que esta sea realizada y por otra parte existe la persona que se quiere obligar hacerla por una contraprestación económica.

Hasta este punto resultaría fácil y beneficioso para los extremos contractuales pues ambos tendrían la retribución que buscan.

El problema surge en el desarrollo de la misma, por aquellos hechos, acciones u omisiones que surjan y que encarezcan la obra; ante esto el art 2060 del mismo ordenamiento civil indica:

“Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

- 1. El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones.*
- 2. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda.*
- 3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del*

suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, inciso final.

4. El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone.

5. Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente y hasta concurrencia de lo que éste debía al empresario.

Aquí se ve como la legislación civil prevé factores que podrían o no ocurrir dentro del desarrollo de la obra y quien asumiría ese sobre costo; por ejemplo el numeral segundo es un desarrollo claro de la teoría de la imprevisión al mencionar “costos que no pueden preverse” y quien lo debe asumir es el dueño de la obra. Algo que no está distante a la realidad de nuestros días y lo anterior se realiza de esa forma ya que siempre se ha entendido que el dueño de la obra es la parte fuerte de la relación contractual, corresponde a una noción clásica de la causa, es decir que si dentro del desarrollo del contrato existe una fuerza mayor o caso fortuito será el dueño de la obra y en el caso de contratación estatal la Entidad Pública y habrá lugar a la terminación del contrato.

Dentro de la legislación comercial es importante analizar el art 929 en donde manifiesta que el riesgo de pérdida o destrucción por fuerza mayor o caso fortuito será asumido por el vendedor con la salvedad de que si el comprador se encuentra en mora será él quien lo asuma.

De igual forma existen otras normas que no permitirían generalizar una regla para determinar los riesgos en un contrato ya que hay muchos factores que pueden influir en las condiciones inicialmente pactadas, por esto para determinar el riesgo en un contrato de obra o en cualquier contrato es importante estudiar concretamente el tipo contractual y las modalidades de las obligaciones acordadas por las partes⁴.

Basados en el principio *pacta sunt servanda*⁵ y viendo que durante el desarrollo del contrato pueden ocurrir muchos sucesos fuera de la fuerza mayor y el caso fortuito, el artículo 868 del Código de Comercio expresa:

“Art. 868._ Cuando circunstancias, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato...”

⁴ BENAVIDEZ JOSE LUIS, El Contrato Estatal, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, Septiembre de 2005.

⁵ En latín el contrato es ley para las partes

Lo que se busca es que no haya ruptura en ese equilibrio contractual que fijaron las partes al inicio sino dar una solución que conlleve dar feliz término y a la satisfacción de ambas partes.

Este es a groso modo el desarrollo normativo que se le ha dado a la materia del contrato de obra en el derecho privado principalmente en el tema de riesgos, reglas que sirven de principios en la contratación pública y de base para suplir lagunas de la norma especial.

Formación del Contrato Estatal

Respecto al desarrollo histórico de la contratación estatal en Colombia se puede analizar aproximadamente desde 1955⁶ en donde nacen normas que tienen como finalidad regular asuntos relativos a los procesos de selección del contratista y un procedimiento para la formación del contrato, lo anterior se dio por la necesidad de acabar con una anarquía reinante en los mecanismos de selección del contratista⁷.

Posteriormente en el año de 1964 se expide el estatuto de obras públicas donde se reglamentaban los contratos de obras realizados con la Administración, ya fueran estos contratos de obra, suministro, compras, crédito público o empréstitos.

Todas las controversias que se pudieran suscitar entre las partes eran dirimidas por el juez civil, pues ante la ausencia de legislación que regulara estos temas no podía la jurisdicción de lo contencioso administrativo entrar a resolver los temas, pues como ya se ha analizado el contrato se seguía rigiendo por las normas y

⁶ Decreto 351 de 1955: Estatuto Nacional de Compras y Decreto 1050 de 1955: Estatuto de Empréstito o de operaciones de crédito.

⁷ SOLARTE JIMENEZ FRANCO, SANCHES CERON ALEJANDRO FELIPE, Análisis de la Reforma a la Contratación Estatal y otros temas, Ediciones doctrina y ley Mayo 2007.

principios del derecho privado consagrados en el código civil y en el Código de Comercio.

Con la finalidad de darle a los contratos públicos campo de acción dentro de la jurisdicción contencioso administrativa se crea un estatuto de los “Contratos Interadministrativos”⁸ e indico que su legislación por una parte que sus principios y reglas regirían basándose en lo estipulado en el código civil pero sus controversias serían dirimidas por el Contencioso Administrativo justificando precisamente que el interés en estos contratos es público y de carácter general.

Por tanto podemos concluir que el contrato administrativo llega a nuestro país por esa dicotomía que había entre contratos privados y contratos públicos basados en la finalidad de ellos mismos y por el carácter especial que conllevaba contratar con el Estado y por otro lado las jurisdicciones ordinaria y contenciosa administrativa.

Posteriormente hubo algunos criterios jurisprudenciales sobre el contrato administrativo desarrollaron el carácter subjetivo, el servicio que se iba a prestar el carácter público y las cláusulas exorbitantes con el fin de asegurar el funcionamiento del servicio público, criterios diferenciadores del contrato privado.

Actual Estatuto General de la contratación Pública Ley 80 de 1993

Actualmente nuestro Estatuto de Contratación Administrativa es la ley 80 de 1993 la cual ha tenido varias reformas, pero la esencia es la misma desde el momento de su promulgación fue convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en lo referente al tema de la contratación su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado, recoge normas fundamentales en materia contractual limitadas en la

⁸ Decreto Legislativo 550 de 1960

autonomía de la voluntad por el orden público y en búsqueda de un bienestar general, exige que esas normas encauzadas a reglamentar el interés público o las necesidades de la colectividad en materia contractual, se instituyan en las rectoras para todas las empresas del Estado. La unidad en sus fines se logra adecuadamente por la implantación de unos principios rectores que orienten y garanticen la gestión de todo ente estatal. Es por esto que la ley 80 de 1993 esta concebido como un conjunto normativo de aplicación general, es decir, de obligatoria observancia para todos los entes y organismos del Estado de las diferentes ramas del poder público, y en sus diferentes niveles.⁹

Reforma a la ley 80 de 1993 relacionada al Equilibrio Económico del Contrato

Si bien es cierto que el estatuto de contratación ha tenido múltiples reformas nos enfocaremos en la evolución del equilibrio económico del contrato basado en los riesgos previsibles e imprevisibles.

Desde antes de la expedición de la ley 80 de 1993 el Estado asumía los riesgos de la Contratación en su mayor parte excepto el del incumplimiento que el Contratista lo debía asumir y este a su vez suscribía una póliza de seguro, única garantía aceptada para ese entonces; y a su vez había una obligación por parte del Estado de garantizar al contratista la obtención de utilidades¹⁰, e igualmente el restablecimiento de la ecuación contractual o equilibrio financiero del contrato.

La primera reforma surgió con la ley 1150 de 2007 en donde en su artículo 4 expresa:

“DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir

⁹ Gaceta del Congreso Año I Número 75. Miércoles 23 de septiembre de 1992. Pág. 11

¹⁰ Ley 80 de 1993 artículo tercero inciso 2

la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

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

Con este artículo se entiende derogado el inciso 2 del artículo 3 de la ley 80 de 1993 el cual le garantizaba utilidades al contratista.

Esta reforma busca en primera medida que las empresas públicas realicen unos estudios y documentos previos bien estructurados y que al momento de tener el pliego de condiciones tengan una visión clara sobre las posibles eventualidades que se pueden presentar durante el desarrollo del contrato, cuanto costaría sufragarlas y cual sería la manera más idónea para hacerlo, por otra parte la reforma también busca evitar reclamaciones y demandas futuras por parte de los contratistas por el tema del equilibrio financiero del contrato y que es el resultado de un amplio debate jurisprudencial sobre el mantenimiento de la ecuación financiera del contrato estatal y las causas de su alteración.

Posteriormente el Decreto 4828 de 2008 regula los mecanismos de cobertura del riesgo de los contratos estatales por medio de los cuales se garantiza el cumplimiento de las obligaciones surgidas a favor de las Entidades públicas, es así como en su artículo tercero como mecanismos de cobertura del riesgo amplía las clases de garantía pues ahora pueden ser por medio de pólizas de seguros, fiducia mercantil en garantía, fiducia bancaria a primer requerimiento, endoso en garantía de títulos valores o depósito de dinero. La ley 80 de 1993 únicamente contemplaba como garantías admisibles la póliza de seguros y la garantía bancaria, en tanto que este decreto amplía la gama de mecanismos de cobertura.

EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

Factores que generan un rompimiento dentro del equilibrio financiero del contrato

La administración ha reconocido el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, dado que la equivalencia de las prestaciones, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, son principios esenciales de la relación contractual. El equilibrio puede verse alterado por actos de la administración como Estado y no como contratante, y por factores externos extraños a las partes. En el primer caso se encuentra el acto de carácter general proferido por el Estado, como ley o acto administrativo denominado hecho del príncipe con la creación de un tributo que afecte el contrato. Y en los factores externos, se encuentran las circunstancias de hecho que de manera imprevista surgen durante la ejecución del contrato, ajena y no imputable a las partes denominado Teoría de la imprevisión.¹¹

Pero hay otros factores que se pueden determinar desde el principio de la relación contractual ya que las partes deben ser conocedoras de la obra a desarrollar y los riesgos a los que se van a ver afectados, por eso la Administración debe ser responsable en determinar claramente la obra que necesita ejecutar y si es o no factible y por otro lado el contratista se entiende como un profesional en la materia

¹¹ Sentencia 14577 del 03 de Mayo 2003. Ponente: RICARDO HOYOS DUQUE. Actor: SOCIEDAD PAVIMENTOS COLOMBIA LTDA. Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS

y si asume el desarrollo de la obra es por que tiene claro lo que va a ejecutar y los riesgos que se enfrenta.

Importancia de la Audiencia de asignación de Riesgos

La ley 1150 de 2007 intenta prevenir en su mayor expresión los riesgos del contrato estatal, estableciendo la obligación de tipificarlos, estimarlos, asignarlos y aún de revisarlos en compañía de los posibles oferentes antes de la presentación de las ofertas.

Este concepto de riesgo contractual instaurados por la ley 1150 de 2007 y ampliado por el Decreto 2474 de 2008 cuando señala como riesgos involucrado en la contratación a todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato y que puedan alterar el equilibrio financiero del mismo. Señala a su vez que la previsibilidad se dará en la medida en que la circunstancia sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales.

Debe tenerse en cuenta que estos riesgos no son los mismos que pueden ampararse mediante la garantía de seriedad de la oferta o la garantía única de cumplimiento, toda vez que estas se encargan solamente de los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual derivados de incumplimiento del ofrecimiento hecho o del contrato, mientras que los riesgos contractuales, son circunstancias previsibles ajenas a las reglas contractuales y a la voluntad de las partes.

Ahora bien, la mejor forma de determinar y analizar todas esas circunstancias previsibles es mediante una audiencia de asignación de riesgos realizada paritariamente en entre la administración y los oferentes, determinados en

experiencias propias que indicarían los factores de alteración económica de los contratos celebrados anteriormente y reglas de la experiencia ya que se está hablando de profesionales en el tema; de toda esta información puede hacerse una recolección y tipificarse el riesgo con la simple descripción del mismo

Respecto de la estimación del riesgo contractual, debe tenerse en cuenta que esta se basa en la alteración económica que el impacto del hecho pueda tener sobre el contrato. Tal estimación implica hacer el ejercicio con base en el valor del contrato, sobre la probabilidad de ocurrencia de las circunstancias tipificadas como riesgo, siendo recomendable contemplar un porcentaje de cambio del valor del contrato como consecuencia de la sucesión del hecho. La fijación de este porcentaje permitirá establecer un límite que tendría influencia en la asignación de cada riesgo¹².

La asignación de los riesgos no es otra cosa que la mención de cuál de las partes del contrato debe hacerse cargo de uno u otro. Indiscriminadamente suelen fijarse un gran cúmulo de riesgos que luego son asignados en su totalidad al contratista, situación que no permite emplear esta herramienta de manera eficiente.

Por ello se hace un llamado de atención para que la asignación del riesgo sea fruto del análisis sobre cuál de las partes le daría un mejor manejo y control a la ocurrencia de la circunstancia, así como del acuerdo entre la entidad que inicialmente formula el riesgo y el proponente que puede participar en su determinación mediante la asistencia a la respectiva audiencia de acuerdo con el Decreto 2025 de 2009.

¹² SÁNCHEZ CASTRO MANUEL El estudio juicioso de riesgos en contratos evitará demandas, Publicación diario la República Septiembre 2009.

RIESGOS PREVISIBLES

EL riesgo será previsible en la medida que sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales. La Entidad en el proyecto de pliego de condiciones deberá tipificar los riesgos que puedan presentarse y cuantificar su posible afectación a la ecuación financiera, deben señalar el sujeto contractual que soportará el riesgo total o parcialmente en caso de concretarse o la forma en que se restablecerá el equilibrio contractual cuando se vea afectado por el riesgo. Los proponentes deben pronunciarse al respecto en la etapa de observaciones al pliego y en la audiencia que sea convocada.

RIESGOS IMPREVISIBLES

Hecho del príncipe:

Cuando se rompe el equilibrio financiero del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento. El particular debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, pero ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante que lo prive de las ganancias razonables que podría haber obtenido, si el contrato se hubiese ejecutado en las condiciones convenidas. El equilibrio económico puede alterarse durante la ejecución del contrato, por actos o hechos de la entidad administrativa contratante, por actos de la administración general como Estado lo denominado hecho del príncipe o por factores exógenos a las partes del negocio.¹³

Teoría de la Imprevisión:

¹³ Concepto 20569 de 2000 Secretaría general Alcaldía Mayor de Bogotá

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. Tiene aplicación cuando ocurre un hecho exógeno a las partes con posterioridad a la celebración del contrato, que altera en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato y que no es razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato.

CONCLUSIONES

El estudio y manejo de los riesgos no es un tema nuevo, de alguna u otra forma, las entidades públicas han venido desarrollando planes, programas y proyectos tendientes a darle un manejo adecuado a los riesgos, con el fin de lograr de la manera mas eficiente el cumplimiento de sus objetivos y estar preparados para enfrentar cualquier contingencia que se pueda presentar.

Este esfuerzo se ve reflejado en la ley 1150 de 2007 cuando dentro del proceso de selección de un contratista previamente a su otorgamiento se realiza una audiencia en donde en forma paritaria analizan los riesgos a los que se van a ver enfrentados para así tipificarlos, evaluarlos y posteriormente asignarlos.

En la práctica lo que se puede analizar es que las Entidades Públicas, para proceder hacer este análisis no tienen un esquema en donde analicen todas las clases de riesgos, no utilizan los procedimientos de Norma Técnica Colombiana, sino que tratan de manejar un estándar para determinados tipos de obra, construcción, vías, edificaciones y no todas las obras son iguales, pues así tengan las mismas especificaciones el sitio de ejecución siempre será diferente, las fuentes de materiales entre otros, clima entre otros.

Hay diferentes formas de abordar el tema de los riesgos dependiendo del tamaño de la Entidad y de la obra a ejecutar, los objetivos que persigue, la cultura administrativa, la complejidad de sus operaciones y la disponibilidad de recursos entre otros.

El riesgo es un concepto que se puede considerar fundamental, en toda actividad que se realiza en la vida, los negocios, las obras, las compra venta de bienes y servicios o de cualquier asunto, es por esto que siempre se ha buscado desde el principio y basados en la equidad quien debe soportarlo, como mitigarlo, o en el mejor de los casos si es asegurable.

Actualmente dentro de las entidades estatales al igual que las privadas se esta implementando un departamento que estudie esos riesgos para así determinar un conjunto de estrategias para minimizar, atenuar, trasladar o eliminar los riesgos de las actividades que se realizan con el fin de mantener la estabilidad financiera de la empresa y disminuyendo las pérdidas ocasionadas por la ocurrencia de dichos riesgos.

En este contexto, ni las entidades públicas ni los contratistas pueden ser ajenos al tema de los riesgos y deben buscar como manejarlos partiendo de la base de su razón de ser y la finalidad de una obra pública que es la satisfacción del bienestar general; por esto se debe tener en cuenta que los riesgos no solo son de carácter económico, sino que hacen parte de cualquier gestión que se realice ya que el riesgo es toda posibilidad de ocurrencia de aquella situación que pueda entorpecer el normal desarrollo de una obra e impida el objetivo propuesto.

BIBLIOGRAFÍA

ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, ley 80 de 1993, editorial Legis 2009.

TAMAYO JARAMILLO JAVIER, Tratado de Responsabilidad Civil, Editorial Legis Noviembre de 2007.

BONIVENTO FERNANDEZ JOSE ALEJANDRO, Los Principales Contratos Civiles y su paralelo con los comerciales, Ediciones Librería el Profesional año 2002.

BENAVIDEZ JOSE LUIS, El Contrato Estatal, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, Septiembre de 2005.

DIAZ-GRANADOS ORTIZ JUAN MANUEL, El Seguro de Responsabilidad, Centro Editorial Universidad del Rosario 2006.

SUAREZ BELTRAN GONZALO, La Nueva Contratación Pública en Colombia, Primera Edición, Editorial Legis, Marzo de 2009.

SOLARTE JIMENEZ FRANCO, SANCHES CERON ALEJANDRO FELIPE, Análisis de la Reforma a la Contratación Estatal y otros temas, Ediciones doctrina y ley Mayo 2007.

RICO PUERTA LUIS ALONSO, Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal, Editorial Leyer 2009.

ESTANDAR AUSTRALIANO/Neo Zelandés, AS/NZS 4360:1999

NORMA TECNICA COLOMBIANA NTC 5254 ICONTEC 2006

GOMEZ LEE IVAN DARIO, Estudio Normativo Compilatorio de la Contratación Estatal, Contratación Segura, Panamericana, Noviembre de 2009, Bogotá, D.C.

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS
RESUMEN ANALÍTICO DE INVESTIGACIÓN**

No.	VARIABLES	DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE
1	NOMBRE DEL POSTGRADO	RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
2	TÍTULO DEL PROYECTO	LA RESPONSABILIDAD SOBRE EL ANÁLISIS DE RIESGOS EN UN CONTRATO ESTATAL
3	AUTOR(es)	ALVAREZ CASADIEGO ANDREA CAROLINA
4	AÑO Y MES	ENERO DE 2010
5	NOMBRE DEL ASESOR(a)	LLANO RONDON JUAN CARLOS
6	DESCRIPCIÓN O ABSTRACT	<p>La contratación estatal es un tema que involucra toda la población de un país, el sector público, el sector privado entendiéndose este como los contratistas y a la comunidad en general, pues en la ejecución de cualquier obra pública se esta buscando sin lugar a dudas, un beneficio general y un desarrollo para el país.</p> <p>Dentro de esta etapa es importante analizar los riesgos previsible que se pueden presentar durante la ejecución del contrato para así poder cuantificarlos así sea potencialmente y sobre todo determinar cual de las partes contratantes esta en la mejor condición de mitigarlo ya que esto genera una consecuencia económica y el Estado debe velar porque no se genere ruptura en el equilibrio económico del contrato. The government procurement is an issue that involves the entire population of a country, the public sector, private sector understood this as the contractors and the community at large, as in the implementation of any public work is looking no doubt, a overall benefit and development for the country.</p> <p>Within this stage it is important to analyze the foreseeable risks that may occur during the execution of the contract and so is potentially able to quantify and especially to determine which of the</p>
7	PALABRAS CLAVES O DESCRIPTORES	Responsabilidad - riesgo - previsible - contratacion - obra - contratistas - Equilibrio - Audiencia - planeacion - cuantificacion
8	SECTOR ECONÓMICO AL QUE PERTENECE EL PROYECTO	INFRAESTRUCTURA, CONTRATACION ESTATAL
9	TIPO DE INVESTIGACIÓN	INVESTIGACION DESCRIPTIVA
10	OBJETIVO GENERAL	Compaginar la legislación vigente sobre el tema de riesgos previsible en la contratación estatal con los estándares de gestión de riesgos para lograr determinar una adecuada identificación, tipificación y asignación de riesgos dentro de un contrato estatal.
11	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	<p>Lograr un análisis claro y práctico sobre la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible dentro de un contrato de obra y la importancia que esto conlleva desde el punto de la Responsabilidad.</p> <p>Identificar las clases de riesgo que se pueden presentar en un contrato estatal y evaluar el grado de impacto que puede llegar a generar para las partes contractuales.</p> <p>Cumplir con el Requisito de grado para obtener el grado de especialista en Responsabilidad Civil Pública y Privada.</p>

12	FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	<p>ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, ley 80 de 1993, editorial Legis 2009. TAMAYO JARAMILLO JAVIER, Tratado de Responsabilidad Civil, Editorial Legis Noviembre de 2007. BONIVENTO FERNANDEZ JOSE ALEJANDRO, Los Principales Contratos Civiles y su paralelo con los comerciales, Ediciones Librería el Profesional año 2002. BENAVIDEZ JOSE LUIS, El Contrato Estatal, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, Septiembre de 2005. DIAZ-GRANADOS ORTIZ JUAN MANUEL, El Seguro de Responsabilidad, Centro Editorial Universidad del Rosario 2006. SUAREZ BELTRAN GONZALO, La Nueva Contratación Pública en Colombia, Primera Edición, Editorial Legis, Marzo de 2009. SOLARTE JIMENEZ FRANCO, SANCHES CERON ALEJANDRO FELIPE, Análisis de la Reforma a la Contratación Estatal y otros temas, Ediciones doctrina y ley Mayo 2007. RICO PUERTA LUIS ALONSO, Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal, Editorial Leyer 2009. ESTANDAR AUSTRALIANO/Neo Zelandés, AS/NZS 4360:1999</p> <p>NORMA TECNICA COLOMBIANA NTC 5254 ICONTEC 2006</p> <p>GOMEZ LEE IVAN DARIO, Estudio Normativo Compilatorio de la Contratación Estatal, Contratación Segura, Panamericana, Noviembre de 2009, Bogotá, D.C.</p>
13	RESUMEN O CONTENIDO	<p>administración en la asignación de riesgos que ordena la ley que debe realizarse en la etapa precontractual con base en la planeación del contrato, y que debe ser debatida entre las partes en una audiencia de asignación de riesgos, esta audiencia solamente se encuentra regulada para los procesos de contratación que se realizan mediante licitación pública que es el mas utilizado, que en la practica no se esta llevando acabo de manera eficiente, pues se hace como un cumplimiento a un procedimiento y por lo general los proponentes no asisten y las entidades optan por manejar una matriz para todos los procesos, decisión equivocada pues no todas las obras son iguales ni los riesgos los mismos.</p> <p>Es por esto que mediante la investigación a realizar se quiere concientizar tanto a los contratistas como a la administración sobre la importancia que conlleva la correcta asignación de riesgos, dar claridad al tema y la responsabilidad que conlleva la elaboración de esa asignación de riesgos.</p> <p>La legislación colombiana ha tenido importantes avances sobre el tema de distribución de riesgos en los últimos años, primero la ley 80 de 1993 analiza y percibe algunos riesgos los cuales pretende mitigar mediante pólizas de seguros, ahí se desarrolla lo concerniente a la garantía de seriedad de oferta, la garantía única de cumplimiento, el seguro de responsabilidad extracontractual. Posteriormente la ley 1150 de 2007 tipifica que dentro de los pliegos debe haber una "estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles", luego el Decreto 066 de 2008 derogado por el 2474 de 2008 han venido regulando la materia de riesgos, todos estos cambios crean tanto seguridad como incertidumbre legal, pues en la practica ni las empresas públicas ni los proponentes se sienten lo suficientemente sólidos para manejar este tema de riesgos y sobre todo en la asignación de los mismos, pues el asignarse su mitigación genera una responsabilidad que podría generar grandes consecuencias económicas para la parte que lo sufrague, es por eso la importancia de identificarlos y asignarlos en la etapa de planeación con el fin de evitar futuros conflictos .</p> <p>Por otra parte, la Norma Técnica Colombiana 5254 de 2006 trata sobre la administración del riesgo la cual es pieza fundamental del gobierno corporativo y que corresponde a una traducción de la norma técnica australiana AS/NZ 4360:2004, en donde se establece e implementa un proceso para administrar el riesgo dentro del contexto de identificación análisis evaluación, tratamiento, comunicación y monitoreo.</p> <p>En la Contratación estatal, existe actualmente un gran temor por parte de los proponentes y de la propia administración en la asignación de riesgos que ordena la ley que debe realizarse en la etapa precontractual con base en la planeación del contrato, y que debe ser debatida entre las partes en una audiencia de asignación de</p>
14	METODOLOGÍA	Investigativa Analítica Crítica

15	CONCLUSIONES	<p>El estudio y manejo de los riesgos no es un tema nuevo, de alguna u otra forma, las entidades públicas han venido desarrollando planes, programas y proyectos tendientes a darle un manejo adecuado a los riesgos, con el fin de lograr de la manera mas eficiente el cumplimiento de sus objetivos y estar preparados para enfrentar cualquier contingencia que se pueda presentar.</p> <p>Este esfuerzo se ve reflejado en la ley 1150 de 2007 cuando dentro del proceso de selección de un contratista previamente a su otorgamiento se realiza una audiencia en donde en forma paritaria analizan los riesgos a los que se van a ver enfrentados para así tipificarlos, evaluarlos y posteriormente asignarlos.</p> <p>En la práctica lo que se puede analizar es que las Entidades Públicas, para proceder hacer este análisis no tienen un esquema en donde analicen todas las clases de riesgos, no utilizan los procedimientos de Norma Técnica Colombiana, sino que tratan de manejar un estándar para determinados tipos de obra, construcción, vías, edificaciones y no todas las obras son iguales, pues así tengan las mismas especificaciones el sitio de ejecución siempre será diferente, las fuentes de materiales entre otros, clima entre otros.</p> <p>Hay diferentes formas de abordar el tema de los riesgos dependiendo del tamaño de la Entidad y de la obra a ejecutar, los objetivos que persigue, la cultura administrativa, la complejidad de sus operaciones y la disponibilidad de recursos entre otros.</p> <p>El riesgo es un concepto que se puede considerar fundamental, en toda actividad que se realiza en la vida, los negocios, las obras, las compra venta de bienes y servicios o de cualquier asunto, es por esto que siempre se ha buscado desde el principio y basados en la equidad quien debe soportarlo, como mitigarlo, o en el mejor de los casos si es asegurable.</p> <p>Actualmente dentro de las entidades estatales al igual que las privadas se esta implementando un departamento que estudie esos riesgos para así determinar un conjunto de estrategias para minimizar, atenuar, trasladar o eliminar los riesgos de las actividades que se realizan con el fin de mantener la estabilidad financiera de la empresa y disminuyendo las pérdidas ocasionadas por la ocurrencia de dichos riesgos.</p> <p>En este contexto, ni las entidades públicas ni los contratistas pueden ser ajenos al tema de los riesgos y deben</p>
----	--------------	---

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS
RESUMEN ANALÍTICO DE INVESTIGACIÓN**

No.	VARIABLES	DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE
1	NOMBRE DEL POSTGRADO	RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
2	TÍTULO DEL PROYECTO	LA RESPONSABILIDAD SOBRE EL ANÁLISIS DE RIESGOS EN UN CONTRATO ESTATAL
3	AUTOR(es)	ALVAREZ CASADIEGO ANDREA CAROLINA
4	AÑO Y MES	ENERO DE 2010
5	NOMBRE DEL ASESOR(a)	LLANO RONDON JUAN CARLOS
6	DESCRIPCIÓN O ABSTRACT	<p>La contratación estatal es un tema que involucra toda la población de un país, el sector público, el sector privado entendiéndose este como los contratistas y a la comunidad en general, pues en la ejecución de cualquier obra pública se esta buscando sin lugar a dudas, un beneficio general y un desarrollo para el país.</p> <p>Dentro de esta etapa es importante analizar los riesgos previsible que se pueden presentar durante la ejecución del contrato para así poder cuantificarlos así sea potencialmente y sobre todo determinar cual de las partes contratantes esta en la mejor condición de mitigarlo ya que esto genera una consecuencia económica y el Estado debe velar porque no se genere ruptura en el equilibrio económico del contrato. The government procurement is an issue that involves the entire population of a country, the public sector, private sector understood this as the contractors and the community at large, as in the implementation of any public work is looking no doubt, a overall benefit and development for the country.</p> <p>Within this stage it is important to analyze the foreseeable risks that may occur during the execution of the contract and so is potentially able to quantify and especially to determine which of the</p>
7	PALABRAS CLAVES O DESCRIPTORES	Responsabilidad - riesgo - previsible - contratacion - obra - contratistas - Equilibrio - Audiencia - planeacion - cuantificacion
8	SECTOR ECONÓMICO AL QUE PERTENECE EL PROYECTO	INFRAESTRUCTURA, CONTRATACION ESTATAL
9	TIPO DE INVESTIGACIÓN	INVESTIGACION DESCRIPTIVA
10	OBJETIVO GENERAL	Compaginar la legislación vigente sobre el tema de riesgos previsible en la contratación estatal con los estándares de gestión de riesgos para lograr determinar una adecuada identificación, tipificación y asignación de riesgos dentro de un contrato estatal.
11	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	<p>Lograr un análisis claro y práctico sobre la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible dentro de un contrato de obra y la importancia que esto conlleva desde el punto de la Responsabilidad.</p> <p>Identificar las clases de riesgo que se pueden presentar en un contrato estatal y evaluar el grado de impacto que puede llegar a generar para las partes contractuales.</p> <p>Cumplir con el Requisito de grado para obtener el grado de especialista en Responsabilidad Civil Pública y Privada.</p>

12	FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	<p>ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, ley 80 de 1993, editorial Legis 2009. TAMAYO JARAMILLO JAVIER, Tratado de Responsabilidad Civil, Editorial Legis Noviembre de 2007. BONIVENTO FERNANDEZ JOSE ALEJANDRO, Los Principales Contratos Civiles y su paralelo con los comerciales, Ediciones Librería el Profesional año 2002. BENAVIDEZ JOSE LUIS, El Contrato Estatal, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, Septiembre de 2005. DIAZ-GRANADOS ORTIZ JUAN MANUEL, El Seguro de Responsabilidad, Centro Editorial Universidad del Rosario 2006. SUAREZ BELTRAN GONZALO, La Nueva Contratación Pública en Colombia, Primera Edición, Editorial Legis, Marzo de 2009. SOLARTE JIMENEZ FRANCO, SANCHES CERON ALEJANDRO FELIPE, Análisis de la Reforma a la Contratación Estatal y otros temas, Ediciones doctrina y ley Mayo 2007. RICO PUERTA LUIS ALONSO, Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal, Editorial Leyer 2009. ESTANDAR AUSTRALIANO/Neo Zelandés, AS/NZS 4360:1999</p> <p>NORMA TECNICA COLOMBIANA NTC 5254 ICONTEC 2006</p> <p>GOMEZ LEE IVAN DARIO, Estudio Normativo Compilatorio de la Contratación Estatal, Contratación Segura, Panamericana, Noviembre de 2009, Bogotá, D.C.</p>
13	RESUMEN O CONTENIDO	<p>administración en la asignación de riesgos que ordena la ley que debe realizarse en la etapa precontractual con base en la planeación del contrato, y que debe ser debatida entre las partes en una audiencia de asignación de riesgos, esta audiencia solamente se encuentra regulada para los procesos de contratación que se realizan mediante licitación pública que es el mas utilizado, que en la practica no se esta llevando acabo de manera eficiente, pues se hace como un cumplimiento a un procedimiento y por lo general los proponentes no asisten y las entidades optan por manejar una matriz para todos los procesos, decisión equivocada pues no todas las obras son iguales ni los riesgos los mismos.</p> <p>Es por esto que mediante la investigación a realizar se quiere concientizar tanto a los contratistas como a la administración sobre la importancia que conlleva la correcta asignación de riesgos, dar claridad al tema y la responsabilidad que conlleva la elaboración de esa asignación de riesgos.</p> <p>La legislación colombiana ha tenido importantes avances sobre el tema de distribución de riesgos en los últimos años, primero la ley 80 de 1993 analiza y percibe algunos riesgos los cuales pretende mitigar mediante pólizas de seguros, ahí se desarrolla lo concerniente a la garantía de seriedad de oferta, la garantía única de cumplimiento, el seguro de responsabilidad extracontractual. Posteriormente la ley 1150 de 2007 tipifica que dentro de los pliegos debe haber una "estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles", luego el Decreto 066 de 2008 derogado por el 2474 de 2008 han venido regulando la materia de riesgos, todos estos cambios crean tanto seguridad como incertidumbre legal, pues en la practica ni las empresas públicas ni los proponentes se sienten lo suficientemente sólidos para manejar este tema de riesgos y sobre todo en la asignación de los mismos, pues el asignarse su mitigación genera una responsabilidad que podría generar grandes consecuencias económicas para la parte que lo sufrague, es por eso la importancia de identificarlos y asignarlos en la etapa de planeación con el fin de evitar futuros conflictos .</p> <p>Por otra parte, la Norma Técnica Colombiana 5254 de 2006 trata sobre la administración del riesgo la cual es pieza fundamental del gobierno corporativo y que corresponde a una traducción de la norma técnica australiana AS/NZ 4360:2004, en donde se establece e implementa un proceso para administrar el riesgo dentro del contexto de identificación análisis evaluación, tratamiento, comunicación y monitoreo.</p> <p>En la Contratación estatal, existe actualmente un gran temor por parte de los proponentes y de la propia administración en la asignación de riesgos que ordena la ley que debe realizarse en la etapa precontractual con base en la planeación del contrato, y que debe ser debatida entre las partes en una audiencia de asignación de</p>
14	METODOLOGÍA	Investigativa Analítica Crítica

15	CONCLUSIONES	<p>El estudio y manejo de los riesgos no es un tema nuevo, de alguna u otra forma, las entidades públicas han venido desarrollando planes, programas y proyectos tendientes a darle un manejo adecuado a los riesgos, con el fin de lograr de la manera mas eficiente el cumplimiento de sus objetivos y estar preparados para enfrentar cualquier contingencia que se pueda presentar.</p> <p>Este esfuerzo se ve reflejado en la ley 1150 de 2007 cuando dentro del proceso de selección de un contratista previamente a su otorgamiento se realiza una audiencia en donde en forma paritaria analizan los riesgos a los que se van a ver enfrentados para así tipificarlos, evaluarlos y posteriormente asignarlos.</p> <p>En la práctica lo que se puede analizar es que las Entidades Públicas, para proceder hacer este análisis no tienen un esquema en donde analicen todas las clases de riesgos, no utilizan los procedimientos de Norma Técnica Colombiana, sino que tratan de manejar un estándar para determinados tipos de obra, construcción, vías, edificaciones y no todas las obras son iguales, pues así tengan las mismas especificaciones el sitio de ejecución siempre será diferente, las fuentes de materiales entre otros, clima entre otros.</p> <p>Hay diferentes formas de abordar el tema de los riesgos dependiendo del tamaño de la Entidad y de la obra a ejecutar, los objetivos que persigue, la cultura administrativa, la complejidad de sus operaciones y la disponibilidad de recursos entre otros.</p> <p>El riesgo es un concepto que se puede considerar fundamental, en toda actividad que se realiza en la vida, los negocios, las obras, las compra venta de bienes y servicios o de cualquier asunto, es por esto que siempre se ha buscado desde el principio y basados en la equidad quien debe soportarlo, como mitigarlo, o en el mejor de los casos si es asegurable.</p> <p>Actualmente dentro de las entidades estatales al igual que las privadas se esta implementando un departamento que estudie esos riesgos para así determinar un conjunto de estrategias para minimizar, atenuar, trasladar o eliminar los riesgos de las actividades que se realizan con el fin de mantener la estabilidad financiera de la empresa y disminuyendo las pérdidas ocasionadas por la ocurrencia de dichos riesgos.</p> <p>En este contexto, ni las entidades públicas ni los contratistas pueden ser ajenos al tema de los riesgos y deben</p>
----	---------------------	---

