

**DE LA ESTIMACIÓN, TIPIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN LA
CONTRATACIÓN ESTATAL**

**DIEGO FELIPE SÁNCHEZ VALDERRAMA
C.C. No. 80.228.992 de Bogotá**

Presentado a:

INSTITUTO DE POSGRADOS FORUM

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSGRADOS
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
BOGOTA- 2011**

CONTENIDO

INTRODUCCION	3
I. CONCEPTOS.....	4
ESTIMACIÓN.....	4
TIPIFICACIÓN	4
ASIGNACIÓN	4
RIESGO	4
PREVISIBLE	5
II. MARCO NORMATIVO:	5
III. DIFERENCIA DEL RIESGO CONTRACTUAL FRENTE A LA TEORIA DE LA IMPREVISIÓN Y DE OBLIGACIONES PROPIAS DEL CONTRATO.....	11
IV. PROBLEMÁTICA EN LA ESTIMACIÓN, TIPIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRA	14
V. PROBLEMÁTICA EN LA ESTIMACIÓN, TIPIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN	16
CONCLUSIONES.....	21
BIBLIOGRAFÍA.....	22

INTRODUCCION

Sin entrar en una profunda disertación alrededor del tema de la estimación, tipificación y asignación de riesgos en la contratación estatal, en el presente trabajo investigativo, se expondrán diversos aspectos a tener en cuenta en los diferentes procesos de selección, específicamente en la tipología contractual llevada a cabo por las entidades estatales y respecto del tema a desarrollar.

Por lo anterior, este trabajo introduce un análisis serio que pretende tomar conciencia del lector así como por parte de las entidades estatales y de los contratistas, respecto del tema de los riesgos, ya que el mismo no es objeto de un estudio juicioso, exhaustivo o serio, desde un principio, por los interesados en un proceso de selección y mucho menos por las partes objeto de un contrato.

Así las cosas, es evidente que una mala planeación en un proceso de selección, como una indebida estimación, tipificación y asignación de riesgos puede conllevar a futuros procesos litigiosos iniciados por parte, tanto del contratista, como por parte de la propia entidad.

Ahora bien, se pretende examinar la normatividad vigente, así como la jurisprudencia y el documento Conpes 3107 y 3133 de 2001, que trata el tema de los riesgos en la contratación, esto, con el fin de tener una idea del alcance y la importancia que tiene este asunto en nuestra legislación; haciendo un pequeño estudio del tema de los riesgos contractuales, diferenciándolos con la teoría de la imprevisión, así como de las obligaciones propias del contrato.

I. CONCEPTOS.

ESTIMACIÓN

La estimación es entendida como cuantificación, valor, precio, valoración, tasación, entre otros. Para el Diccionario de la Lengua Española, este término se entiende como aprecio y valor que se da y en que se tasa y considera algo.

TIPIFICACIÓN

La tipificación hace referencia a la identificación, individualización, personalización, caracterización. Para el Diccionario de la Lengua Española, esta expresión no es muy amplia, ya que en el mismo, el concepto hace referencia a la acción y efecto de tipificar.

ASIGNACIÓN

En cuanto a esta palabra, podemos indicar que se refiere básicamente a la parte que mejor puede administrar y tolerar el riesgo. Para el Diccionario de la Lengua Española, nuevamente, esta palabra no trae un amplio concepto, ya que en este se indica que es la acción y efecto de asignar, así como la cantidad señalada por sueldo o por otro concepto.

RIESGO

Empecemos por definir esta palabra desde el punto de vista técnico, así: La “International Organization for Standardization” (ISO) entiende el riesgo como la “combinación de la probabilidad de un evento y su consecuencia, siempre y cuando exista la posibilidad de pérdidas.”

Riesgo = Probabilidad X Consecuencia

Puede definirse de manera genérica, como aquellos eventos inciertos que pueden afectar la ejecución del contrato.

Para el Diccionario de la Lengua Española, se entiende por riesgo, la contingencia o proximidad de un daño, y la contingencia como la posibilidad de que algo suceda o no suceda; así como cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro.

PREVISIBLE

Termino que puede ser entendido como predecible, se refiere a los eventos que razonablemente pueden esperarse que ocurran en condiciones normales y definido por el Diccionario de la Real Lengua Española, como aquel que puede ser previsto o entra dentro de las previsiones normales.

II. MARCO NORMATIVO:

El tema a desarrollar en el presente trabajo se encuentra regulado inicialmente en el art. 27 de la Ley 80 de 1993, el cual indica: *“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 cuantía, 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.”

Con base a lo descrito en este artículo, puede evidenciarse la importancia de que trata el tema de los riesgos en la contratación estatal, toda vez, que a partir de luz de de la Ley 80 de 1993, se observa que el equilibrio económico puede verse alterado durante la ejecución del contrato por razones tales como actos o hechos de la administración contratante, en cuyo grupo puede ubicarse el uso de las cláusulas excepcionales de la administración, tales como: la modificación, interpretación y terminación unilateral, y el incumplimiento de ésta. También lo puede ser por actos de la administración como Estado y es en este evento donde recobra aplicación la teoría conocida como "el hecho del príncipe", según la cual cuando la causa de la agravación sobreviene de un acto de la propia administración contratante, o de un acto, hecho u operación atribuibles al poder público en cualquiera de sus ramas que perturben la ecuación contractual en

perjuicio del contratista, debe ésta restablecerse. Y en un tercer evento lo puede ser por factores exógenos a las partes del negocio, lo cual deviene en otro tema, como lo es la imprevisión.

Ahora bien, ahondando más en el tema el art. 4 de la Ley 1150 de 2007, establece: *“DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.*

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

Es precisamente aquí donde se empieza a evidenciar una gran dificultad en la asignación de riesgos en un proceso de selección ya que en muchas ocasiones y como se expondrá más adelante, en este tipo de audiencias no se presentan los interesados al proceso, ya que ven esta etapa como algo inoficioso, por lo que muchas ocasiones, es simplemente la entidad quien decide, sin controversia alguna, la estimación, tipificación y asignación de los riesgos para dicho proceso. Para el caso de las licitaciones públicas, como lo indica el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, debemos remitirnos al numeral 5 del art. 30 de la Ley 80 de 1993, donde se indica: *“El plazo de la licitación, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato”.*

Con base a los artículos mencionados, los oferentes y la entidad deberán antes del plazo de la licitación, valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la misma como la distribución de riesgos que propone, estudiar la asignación de los riesgos, todo con el fin de establecer, tanto la distribución definitiva, como la parte (entidad-contratista) que mejor puede administrar y tolerar dichos riesgos.

A lo anterior podemos añadir que los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener, para el caso que nos ocupa, los siguientes elementos mínimos:

-El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.

-El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso.

Es necesario agregar que el art. 7 de la Ley 1150 de 2007, se encuentra íntimamente ligado con el tema desarrollado en este trabajo, es así como se indica en este artículo lo siguiente: *“DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.*

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato”(…)

Lo anterior nos remite, necesariamente, al Decreto 4828 de 2008, por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública, específicamente a su campo de aplicación, por tal razón me permito transcribir el mismo: *“Campo de aplicación. Las disposiciones del presente decreto regulan los mecanismos de cobertura del riesgo en los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, por medio de los cuales se garantiza el cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las entidades públicas con ocasión de (i) la presentación de los ofrecimientos, y (ii) los contratos y de su liquidación; (iii) así como los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades públicas contratantes derivados de la responsabilidad extracontractual que para ellas pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y*

subcontratistas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de las disposiciones especiales propias de cada uno de los instrumentos jurídicos aquí previstos.

Las normas contenidas en el presente capítulo son aplicables a todos los mecanismos de cobertura del riesgo señalados en el presente decreto.

Parágrafo.

El presente decreto no contiene reglamentación sobre los riesgos a que se refiere el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007.”

Ahora bien, con base a lo descrito, el Decreto 4828 de 2008, es muy claro al indicar que regula los mecanismos de cobertura del riesgo en los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, por medio de los cuales se garantiza el cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las entidades públicas, así como garantizar:

1. La seriedad del ofrecimiento
2. Buen manejo y correcta inversión del anticipo.
3. Pago anticipado.
4. Cumplimiento.
5. Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales.
6. Estabilidad y calidad de la obra.
7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados.
8. Calidad del servicio.
9. Responsabilidad extracontractual.

Pero si observamos detenidamente el parágrafo del art. 1 del Decreto 4828 de 2008, el mismo menciona que dicho decreto no contiene reglamentación sobre los riesgos a que se refiere el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, esto es, sobre la estimación, tipificación y asignación de los riesgos que se determinen en cualquier proceso de selección, lo resulta extraño, el hecho de que para este tipo de riesgos no se haya reglamentado en el mismo decreto y sí, se haya limitado a garantizar los nueve (9) eventos descritos anteriormente.

La Doctora Claudia Patricia Barrantes Venegas, Abogada – Arbitro de la CCB, en la página de internet contratacionestatal.blogspot.com, expresa en su

presentación: Riesgos y el Régimen de garantías en la contratación estatal – D. 4828/08, régimen de garantías, generalidades, lo siguiente:

-Objeto: Se garantiza (i) seriedad del ofrecimiento, (ii) el cumplimiento de las obligaciones del contrato, (iii) responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y (iv) demás riesgos que se encuentre expuesta la administración.

-El monto, vigencia y amparos o coberturas de las garantías se determinará teniendo en cuenta el objeto, la naturaleza y las características de cada contrato, los riesgos que deben cubrir y las reglas del D. 4828 de 2008.

-El mecanismo de cobertura de riesgo es por regla general indivisible, y solo podrá ser dividido en etapas contractuales en los casos indicados del D. 4828/08.

-Si la oferta la presenta un proponente plural (consorcios, UT o contrato de asociación futura, la garantía deberá ser otorgada por todos los oferentes plurales.

Siguiendo con el marco normativo, el art. 88 del Decreto 2474 de 2008, instituye: *“DETERMINACIÓN DE LOS RIESGOS PREVISIBLES. Para los efectos previstos en el artículo 4o de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. El riesgo será previsible en la medida que el mismo 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 en el desarrollo del contrato, con el fin de cuantificar la posible afectación de la ecuación financiera del mismo, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, o la forma en que se recobrará el equilibrio contractual, cuando se vea afectado por la ocurrencia del riesgo. Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego, o en la audiencia convocada para el efecto dentro del procedimiento de licitación pública, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida.

La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo. La presentación de las ofertas implica de la aceptación por

parte del proponente de la distribución de riesgos previsibles efectuada por la entidad en dicho pliego.

PARÁGRAFO. La audiencia a que se refiere el presente artículo deberá realizarse con posterioridad a la expedición del acto que ordena la apertura de la licitación pública y de manera previa al inicio del plazo para la presentación de las respectivas ofertas.

El citado artículo nos amplía el tema desarrollado, ya que trae nuevos ingredientes que nos aportan al mismo y nos permite hacer una serie de observaciones, tales como (i) ya surge el término de previsibilidad (ii) es previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable (términos ya definidos), (iii) se añade que se debe hacer por un profesional de la actividad en condiciones normales.

Aunado a lo anterior, se observa que este artículo nos lleva al procedimiento como tal, ya que se indica allí, que los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse, sobre la estimación, tipificación y asignación de riesgos, en las observaciones al pliego, o en la audiencia convocada para el efecto dentro del procedimiento de licitación pública, instancia que se lleva a cabo con posterioridad al acto administrativo de apertura del proceso y anterior al inicio del término para la presentación de la oferta, momento justo, que debe ser aprovechado, de manera consciente por los posibles oferentes, para manifestarle a la entidad las posibles falencias que puede tener el pliego en la estimación, tipificación y asignación de riesgos, toda vez que la presentación de las ofertas implica la aceptación por parte del proponente de la distribución de riesgos previsibles efectuada por la entidad en dicho pliego. (Numeral 5, del art. 30 de la Ley 80 de 1993 y parágrafo 3, del art. 5, del Decreto 2474 de 2008, art. 1 y 8 del Decreto 2025 de 2009)

Así las cosas, es sumamente importante que los riesgos que deben estimarse, tipificarse y asignarse son solamente los **previsibles**, para lo cual hay que entender que el concepto de previsibilidad se refiere a los eventos que razonablemente pueden esperarse que ocurran en condiciones normales

III. DIFERENCIA DEL RIESGO CONTRACTUAL FRENTE A LA TEORIA DE LA IMPREVISIÓN Y DE OBLIGACIONES PROPIAS DEL CONTRATO

El riesgo contractual ha de referirse concretamente a la relación entre las partes y derivada del contrato, así mismo, se detallará a las situaciones sobrevinientes que alteren el contenido de las prestaciones previstas por las partes, cuyo origen es externo a ellas, generalmente, y ajeno a sus comportamientos.

En el riesgo contractual, lo que buscan las partes es identificar todas y cada una de las situaciones reales que puedan afectar la ejecución del contrato, que generen dificultades y sobrecostos, de las prestaciones originales, para que posteriormente, se determine cuál de las partes deberá soportar las consecuencias. Las partes prevén la posibilidad de ocurrencia de los riesgos identificados y/o previsibles, integrando esta carga al contrato, como complemento de las obligaciones. Al conjunto de obligaciones y derechos de cada una de las partes en un contrato, se deben agregar las cargas de los riesgos que asumen como propios, evidenciando, que en el evento de materializarse alguno de estos riesgos generara la obligación de soportar sus consecuencias para quien lo haya asumido, sin derecho a reclamar a la otra parte indemnización alguna.

El encargo de los riesgos contractuales es una expresión de la autonomía de la voluntad que obliga a preguntarse sobre la disponibilidad, libertad y amplitud que tienen las partes para distribuirse los riesgos del contrato, sin que sea algo impositivo por parte de la entidad contratante.

Para el Doctor José Luis Benavides, el riesgo contractual, es fruto de la libertad contractual cuyo límite más significativo es la dinámica del mercado. La necesidad de asegurar el éxito de los proyectos incita a tratar con amplitud la definición y distribución de riesgos, así como la determinación de los medios necesarios para asegurar el éxito del montaje contractual. El equilibrio final es el resultado de las tensiones de intereses distintos entre el contratista y la administración, sin que pueda definirse un punto objetivamente “justo”.

Por otra parte, el campo de los riesgos es cercano al de la teoría de la imprevisión, que comprende las distintas circunstancias sobrevinientes, posteriores a la celebración del contrato de ejecución sucesiva, ajeno a las partes del contrato, que alteran de manera grave la prestación a cargo de una de las partes, como se evidencia en el art. 868 del Código de Comercio, así: “*REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS. 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.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.”

La técnica de los riesgos contractuales no se identifica con esta teoría de la imprevisión, toda vez que su objetivo es reducir la amplitud de esta última a su mínima expresión.

El Fallo 14577 de 2003 del Consejo de Estado, entre otros, define y señala de manera clara las características propias de la teoría de la imprevisión diferenciándola del hecho del príncipe, el cual es imputable a la entidad y que no entraremos a estudiar en este trabajo. Es así como se indica en este fallo que: *“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. Resulta, entonces, procedente su aplicación cuando se cumplen las siguientes condiciones: -La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato. -Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato. -Que no fuese razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato. Respecto del primer requisito cabe precisar que no es dable aplicar la teoría de la imprevisión cuando el hecho proviene de la entidad contratante, pues esta es una de las condiciones que permiten diferenciar esta figura del hecho del príncipe, el cual, como se indicó, es imputable a la entidad. En cuanto a la alteración de la economía del contrato, es de la esencia de la imprevisión que la misma sea extraordinaria y anormal; “supone que las consecuencias de la circunstancia imprevista excedan, en importancia, todo lo que las partes contratantes han podido razonablemente prever. Es preciso que existan cargas excepcionales, imprevisibles, que alteren la economía del contrato. El límite extremo de los aumentos que las partes habían podido prever(...). Lo primero que debe hacer el contratante es, pues, probar que se halla en déficit, que sufre una*

*pérdida verdadera. Al emplear la terminología corriente, la ganancia que falta, la falta de ganancia, el *lucrum cessans*, nunca se toma en consideración. Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida. Por tanto, lo que se deja de ganar no es nunca un álea extraordinario; es siempre un álea normal que debe permanecer a cargo del contratante". En relación con la imprevisibilidad del hecho, cabe precisar que si éste era razonablemente previsible, no procede la aplicación de la teoría toda vez que se estaría en presencia de un hecho imputable a la negligencia o falta de diligencia de una de las partes contratantes, que, por lo mismo, hace improcedente su invocación para pedir compensación alguna. De los antecedentes jurisprudenciales se deduce, que sólo en una ocasión, en forma tangencial, se ha aceptado la ocurrencia del hecho del príncipe en razón de los gravámenes o cargas impositivas que afectan la economía o ecuación financiera de los contratos estatales. En los demás casos se ha considerado que las cargas tributarias que surgen en el desarrollo de los contratos estatales, no significan per se el rompimiento del equilibrio económico del contrato, sino que es necesario que se demuestre su incidencia en la economía del mismo y en el cumplimiento de las obligaciones del contratista. Esta exigencia también está en consonancia con lo que a propósito de la responsabilidad por el hecho de la ley, con fundamento en el daño especial, ha señalado la doctrina: debe tratarse de un perjuicio que por su "especificidad y gravedad, sobrepase los normales sacrificios impuestos por la legislación"*

De otra parte, es habitual incluir en el análisis de los riesgos contractuales el cumplimiento de las obligaciones propia de las partes, cuando en realidad obedecen a situaciones jurídicas distintas o diferentes. El incumplimiento constituye en sí, un riesgo, en la medida en que puede ocurrir o no, como también constituye una contingencia la calidad del cumplimiento, en cuanto puede ser defectuoso o tardío, consecuencias que pueden ser inciertas. Jurídicamente hablando, el incumplimiento hace parte de la institución de las obligaciones, el cual se encuentra regido por principios y reglas específicas dadas en el contrato. Por tal razón, el incumplimiento de una obligación no conforma un riesgo, sino que genera la obligación de reparar todos los perjuicios causados por él y de acuerdo al Código Civil. Lo anterior indica, que dar el mismo tratamiento de riesgo al incumplimiento o incluir el incumplimiento como parte de los riesgos genera un gran caos, ya que la tipificación y asignación de riesgos por incumplimiento copia el contenido de las obligaciones contractuales, ya identificadas en el clausulado contractual, lo que puede dar lugar a interpretaciones erradas o que pueden prestar confusión.

A partir de estas observaciones, es necesario indicar que el riesgo en materia contractual no se relaciona con el riesgo amparado con las pólizas de cumplimiento, calidad, estabilidad y calidad de la obra etc., exigidas al contratista en virtud del estatuto contractual, aunque estas pólizas amparan la entidad por el riesgo de incumplimiento del contratista, también son seguros de responsabilidad que permiten a la entidad contratante hacerlas efectivas mediante la declaración del siniestro (art. 7 de la Ley 1150 de 2007 y Decreto 4828 de 2008), ante la ocurrencia de un incumplimiento, un retardo o la exigencia de una obligación de garantía contractual, como el buen funcionamiento del bien suministrado, temas íntimamente relacionados con la responsabilidad y no con el tema de riesgos.

Para dar por terminado el tema de la diferencia de los riesgos contractuales respecto de las obligaciones contractuales, el Código Civil Colombiano establece el efecto de las obligaciones indicando el resultado vinculante de los contratos (art. 1602), que tiene para las partes del mismo, definiendo que los contratos deben ejecutarse de buena fe, hecho que implica el cumplimiento del clausulado establecido, de las obligaciones consignadas en el mismo, lo que en realidad no se trata de un riesgo del contratista sino de la definición del alcance sino de la obligación de resultado por él asumida. Así mismo, el Doctor José Luis Benavides, en su obra Estudios Sobre la Reforma del Estatuto Contractual Ley 1150 de 2007, indica: *“Las estructuraciones de riesgos suelen confundir modalidades de las obligaciones con riesgos de las partes, como ocurre cuando se toma en cuenta el hecho de que el constructor se salga del presupuesto del proyecto o retarde la entrega de la obra por errores a él imputables, o la falta de idoneidad o las deficiencias de calidad en los equipos entregados...así como la pertinencia o la calidad de los estudios suministrados por la entidad contratante, el incumplimiento en el pago o los errores en los diseños”*.

IV. PROBLEMÁTICA EN LA ESTIMACIÓN, TIPIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRA

Sea lo primero indicar que por ser este tipo de contrato uno de los que mayor inconveniente presenta en la estimación, tipificación y asignación de riesgos para las entidades como para los contratistas, es que se procede a hacer un estudio desde su definición hasta los posibles riesgos previsibles que pueden presentarse en el.

El art. 32 de la Ley 80 de 1993, de los contratos estatales, define estos, como aquellos actos jurídicos generadores de obligaciones que celebran las entidades descritas en el art. 2 numeral 1 de esta Ley, y más específicamente, el numeral 1 del art. 32, define el contrato de obra así: *“Son contratos de obra los que celebren 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 segundo lugar, el documento Conpes 3107 de 2001, que establece los lineamientos de política general sobre el manejo de los riesgos contractuales, los define como: *“..la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos.*

Según las particularidades de cada riesgo, las partes están en capacidad de establecer los mecanismos de mitigación de su impacto y de cobertura, así como su asignación a los distintos agentes involucrados”

En tercer lugar, el mismo documento Conpes 3107 de 2001, nos señala un tema que hemos venido desarrollando alrededor de este trabajo: *“Una asignación adecuada de los riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación. Esto se logra asignando cada riesgo a la parte que mejor lo controla. Los riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las partes en los contratos”*

En tercer lugar, debe identificarse (tipificación) los riesgos en el contrato de obra, pero habitualmente la tipificación se restringe a una clasificación genérica, enunciada por el mismo documento Conpes 3107 de 2001: los riesgos pueden ser:

- comerciales.
- de construcción.
- geológicos.
- de operación.
- financieros
- cambiaris
- regulatorios
- de fuerza mayor.
- por adquisición de predios
- ambientales
- soberanos o políticos.

En cuarto lugar, en el contrato de obra, específicamente, pueden presentarse tres tipos de riesgos para el contratista los cuales hemos identificado así:

- Riesgo comercial
- Riesgo financiero
- De construcción

Pero este tipo de riesgos en el contrato de obra pueden ser relativos ya que la primera dificultad técnica es desagregar estas categorías genéricas. Si el propósito de la gestión de los riesgos es identificar los eventos sorpresivos que encarezcan o dificulten las prestaciones, es preciso establecer un mayor grado de definición.

V. PROBLEMÁTICA EN LA ESTIMACIÓN, TIPIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN

Los antecedentes del contrato de concesión en Colombia, comienzan a partir de los inicios de la década de los noventa, instante en que las limitaciones presupuéstales así como la necesidad de mejorar la infraestructura del país, llevaron a que se identificaran formas alternativas de financiación de proyectos que ayudaran con el desarrollo nacional que tanto se necesitaba para ese momento. Esto implicaba un gran paso para la construcción de infraestructura del país y frente a los tradicionales proyectos financiados por el Estado. Por lo anterior, se creó la Oficina Asesora para la Administración y Manejo del Programa dentro de la estructura organizativa del denominado Fondo Vial Nacional, hoy Instituto Nacional de Vías.

El numeral 4 del art. 32 de la Ley 80 de 1993, define el contrato de concesión como aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma

periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

El contrato de concesión de obras públicas para la generación de infraestructura vial, se han experimentado varias fases en el manejo del riesgo concesional. En una primera fase se determinó que existían riesgos no posible de transferir a los particulares, debido a las condiciones económicas, políticas y sociales del país. Esto creó un gran impacto fiscal, debido a las garantías de ingreso que se otorgaron a favor de los inversionistas privados, quienes a fin de cuentas, resultaron beneficiados.

Respecto de las llamadas concesiones de primera generación, los riesgos de financiación, construcción, regulación, cambiario y de fuerza mayor, eran asumidos por el concesionario, de otra parte la administración respondía, absolutamente, por los riesgos relacionados con los volúmenes de tráfico, tarifas de peajes, predios y licencias, como parcialmente, del riesgo de construcción.

Debido a los altos costos ocasionados por el otorgamiento de garantías de ingreso, la distribución del riesgo ha experimentado variaciones en la segunda y tercera generación de concesiones. Con base a estos sucesos, la concesión de segunda y tercera generación, se adoptaron estudios de tráfico, se permitió el aumento de tarifas, la aceptación de aportes por parte de la Nación, la reducción de la imposición a las empresas concesionarias, así como el manejo del plazo de duración de la explotación, ya que en la primera generación el plazo era fijo. Con relación a cada riesgo, indicare unos de los cambios introducidos:

El riesgo de construcción, en la primera generación de concesiones era asumido por el concesionario y parcialmente por el INVIAS. En la segunda y tercera generación pasó a ser completamente por el concesionario, salvo en el caso de ocurrencia de alto riesgo geológico, como por ejemplo en la construcción de túneles.

En cuanto a los riesgos por adquisición de predios, en las concesiones de primera generación, era asumido totalmente por la administración, para las concesiones de segunda generación, a pesar que el concesionario debía aportar recursos para la adquisición, la responsabilidad, gestión, compra y entrega de los mismos correspondía al INVIAS, mientras que para las concesiones de tercera generación, la gestión de compra le corresponde al concesionario y la expropiación, a cargo del INVIAS.

Ahora bien, un primer paso para seguir con este estudio y respecto de este tema, es la identificación específica de los riesgos, los cuales usualmente, se restringen

a una clasificación genérica, enunciada por el mismo Conpes 3107 de 2001, documento que será de gran ayuda para el desarrollo de este trabajo. Los riesgos pueden ser:

- comerciales.
- de construcción.
- geológicos.
- de operación.
- financieros
- cambiaros
- regulatorios
- de fuerza mayor.
- por adquisición de predios
- ambientales
- soberanos o políticos.

Esto denota una gran dificultad técnica en el sentido de desagregar estas categorías. El Doctor José Luis Benavides, indica que si el propósito de la gestión de los riesgos es identificar los eventos sorpresivos que encarezcan o dificulten las prestaciones, es necesario establecer un mayor grado de definición. Algo totalmente cierto, toda vez que el riesgo comercial en un proyecto, por ejemplo, tiene muchas manifestaciones, cuyas especificidades no pueden tomarlo globalmente. El riesgo en la explotación de una infraestructura entregada en concesión constituye un riesgo comercial, por la incertidumbre por los ingresos que generará, ingresos que pueden verse afectados, por ejemplo, por el valor de suministros, condiciones laborales del personales, baja sensible de usuarios etc., factores que no tienen la misma probabilidad de aparición ni el mismo impacto sobre el proyecto. Otro ejemplo, es el hecho de que no tienen los mismos riesgos la construcción de un túnel, que la de una carretera. El riesgo de una obra nueva no comporta el mismo riesgo de una rehabilitación. Así podríamos continuar con más ejemplos, pero hay otra dificultad que presenta el documento Conpes y los pliegos, los cuales describen superficialmente los componentes de las categorías de riesgos, esto, a manera de ejemplo, no de manera juiciosa y exhaustiva, lo que deja un margen de incertidumbre.

El documento Conpes 3107 de 2001, creado con el fin atender y solucionar el tema de los riesgos, se evidencia en su título, Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura, herramienta que se creada para fortalecer los procesos de vinculación de capital

privado en infraestructura, pero como lo hemos indicado en este estudio, hay una serie de falencias, ya que este documento no sienta unas bases serias y de fondo para la estimación, tipificación y asignación de riesgos, para un proceso de concesión. Se mira con extrañeza que el Conpes 3107 de 2001, manifiesta que la evaluación de los proyectos o inversiones privadas en infraestructura, así como su estructura y viabilidad financiera se realiza sobre la base de una proyección probable de flujos, esto es, de los costos de construcción y operación, así como de los ingresos esperados, además indica que una asignación adecuada de los riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación. Esto se logra asignando cada riesgo a la parte que mejor lo controla. Los riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las partes en los contratos. ¿Pero esto que se indica, que tan cierto es? No tanto, ya que como se evidencio en algún momento, surgió una gran preocupación por parte de los contratistas por la forma como las entidades estatales estaban elaborando sus proyectos de distribución de riesgos, pues por este mecanismo que fue creado por la ley 1150 de 2007, las entidades están trasladándoles riesgos que tradicionalmente se han considerado como propios de la entidad estatal, como dueña de la obra, por escaparse del ámbito del "alea normal" del contrato. Recordemos que el artículo 4 de la ley 1150 de 2007 estableció que "los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos **previsibles** involucrados en la contratación". Concepto de previsibilidad que las entidades pasan por alto cuando hacen la lectura de este adjetivo que limita la distribución de riesgos únicamente a los previsibles y se han dado a la tarea de incluir en sus listas todo tipo de riesgos imaginables así las probabilidades de ocurrencia en el sitio de las obras sean nulas. Es por esta razón que terminan cometándose errores de groso modo, como el cometido por el INVIAS en una matriz de riesgos en la cual se incluyeron los tsunamis en la lista de riesgos que podrían ocurrir durante la ejecución de una obra en el interior del país. Ahora bien, si se parte del hipotético de que la Ley estableció que los riesgos que deben ser objeto de regulación son únicamente los previsibles ¿cómo es posible que el INVIAS haya incluido dentro de la distribución de riesgos en el proyecto del Túnel de la Línea situaciones de fuerza mayor (mencionadas con este nombre de manera expresa) como desastres naturales, actos terroristas, guerra, hallazgos arqueológicos, de minas o de yacimientos? Cuando se sabe que la naturaleza de la fuerza mayor radica en la imprevisibilidad e irresistibilidad de un evento, esto es, que por su naturaleza ellos no deberían estar en una matriz de distribución de riesgos **previsibles** y menos deben incluirse para asignarle algún grado de responsabilidad al contratista.

Una consecuencia jurídica de la aplicación de la técnica de riesgos, es su impacto sobre el precio de los contratos. El valor de la remuneración del contratista aumentará mientras más riesgos asuma, algo que se ve como lógico. No puede establecerse una equivalencia absoluta entre riesgos asumidos por el contratista y aumento del precio del contrato. Hay que tener en cuenta que si el riesgo se materializa, quedara cubierto por el valor pagado por la entidad, que finalmente lo habrá soportado de manera anticipada y si el riesgo no se realiza, el valor que se le ha asignado en el contrato generara una ganancia neta para el contratista.

Por último, aun cuando existe una relación entre los riesgos asumidos por el contratista y el valor de la remuneración, no será aconsejable buscar relaciones directas entre unos y otros, sino valor el costo de asumirlos.

CONCLUSIONES

Con base a los temas analizados a lo largo de este trabajo, se hace énfasis en algunos aspectos del mismo y se traen a título de conclusión las siguientes observaciones:

1. Debe entenderse que junto a las prerrogativas públicas, como herramientas de la entidad contratante para asegurar el cumplimiento del contrato, resultan trascendentes los medios financieros que garanticen el éxito del mismo, esto se logra, mediante la identificación de los distintos eventos que puedan afectar el normal y correcto funcionamiento del contrato y la provisión de los recursos para aminorar los diferentes aleas, esto es, la tipificación, identificación, valoración y asignación de todos los riesgos posibles vinculados a cada proyecto.
2. En un contrato que se contemplen riesgos excesivos para el contratista, no tendrá proponentes, como se evidencio en su momento con la primera licitación del túnel de la línea, declarada desierta por la falta de proponentes, ante una incierta definición de riesgos, ahora bien, un contrato suscrito con una serie de riesgos excesivos para el contratista, generara grandes problemas en su ejecución, lo que sería inconveniente para cualquiera de las partes.
3. La tipificación, estimación y asignación científica de los riesgos, acompañan la imposibilidad de proveerlo todo, pero esta técnica se debe inspirar en los riesgos de los proyectos, más que individualmente en las obligaciones de las partes, esto, con el fin de brindar seguridad a los inversionistas que financian proyectos públicos, sumada la seguridad jurídica y la confianza legítima para los mismos.
4. A la luz de la ley, lo que se quiere, es que se haga una estimación anticipada sobre los riesgos previsibles, en las matrices de riesgos que están elaborando las entidades, por lo tanto, no deberían mencionarse situaciones imprevisibles como los tsunamis, los terremotos, las guerras, los cambios legislativos etc., no se trata de regular la distribución de cualquier tipo de riesgo sino sólo la distribución de los riesgos previsibles.

BIBLIOGRAFÍA

- BENAVIDES José Luis. Santofimio Jaime Orlando. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007. Primera edición 2009.
- URUETA Rojas Juan Manuel. El contrato de concesión de obras públicas.
- CHÁVES Marín Augusto Ramón. Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. Primera edición enero de 2008.
- Ley 80 de 1993.
- Ley 1150 de 2007.
- Decreto 2474 de 2008.
- Conpes 3107 de 2001.
- Colombia Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 6 de junio de 2007, Exp. 30565.
- Colombia Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 14 de agosto de 1997, Radicación 1011.
- Colombia Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 15 de febrero de 1999, Exp. 11194.
- FRANCISCO Azuero ¿de quién son los riesgos en el contrato de concesión? Sitio en Internet de la Universidad de los Andes, sección “Competencia y Regulación” artículo del 23 de marzo de 2003. www.compreg.uniandes.edu.co/opinion/opinion.php?id761.
- www.jltcolombia.com
- www.contratacionestatal.blogspot.com

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS- FORUM
RESUMEN ANALÍTICO DE INVESTIGACIÓN (R.A.I)

No.	VARIABLES	DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE
1	NOMBRE DEL POSTGRADO	ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
2	TÍTULO DEL PROYECTO	DE LA ESTIMACIÓN, TIPIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.
3	AUTOR(es)	SANCHEZ VALDERRAMA DIEGO FELIPE
4	AÑO Y MES	2011 NOVIEMBRE
5	NOMBRE DEL ASESOR(a)	
6	DESCRIPCIÓN O ABSTRACT	<p>El presente trabajo investigativo expondrá diversos aspectos a tener en cuenta en los diferentes procesos de selección, específicamente en la tipología contractual llevada a cabo por las entidades estatales.</p> <p>Este trabajo introduce un análisis que pretende tomar conciencia del lector así como de las entidades estatales y de los contratistas, respecto del tema de los riesgos, ya que el mismo no es objeto de un estudio serio, desde un principio, por los interesados en un proceso de selección y mucho menos por las partes objeto de un contrato.</p> <p>Así las cosas, es evidente que una mala planeación en procesos de selección, puede conllevar a futuros procesos litigiosos iniciados por parte, tanto del contratista, como por parte de la propia entidad.</p> <p>This research paper will present different aspects to take into account the different selection processes, specifically in the type of contract held by state agencies.</p> <p>This paper introduces an analysis that aims to raise awareness of the reader as well as state agencies and contractors, over the issue of risk, since it is not the subject of serious study from the beginning, for those interested in a selection process and much less by the parties under a contract.</p> <p>So, it is clear that poor planning in selection processes, can lead to future litigation process initiated by both the contractor as part of the entity.</p>
7	PALABRAS CLAVES	1. ESTIMACION 2. TIPIFICACIÓN 3. ASIGNACIÓN 4. RIESGOS 5. PREVISIBLE
8	SECTOR ECONÓMICO AL QUE PERTENECE EL PROYECTO	Sector financiero, comercio, educación, exportaciones, manufactura, servicios transporte, etc.
9	TIPO DE ESTUDIO	Ensayo
10	OBJETIVO GENERAL	No aplica
11	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	No aplica
12	RESUMEN GENERAL	<p>Sin entrar en una profunda disertación alrededor del tema de la estimación, tipificación y asignación de riesgos en la contratación estatal, en el presente trabajo investigativo, se expondrán diversos aspectos a tener en cuenta en los diferentes procesos de selección, específicamente en la tipología contractual llevada a cabo por las entidades estatales y respecto del tema a desarrollar.</p> <p>Por lo anterior, este trabajo introduce un análisis serio que pretende tomar conciencia del lector así como por parte de las entidades estatales y de los contratistas, respecto del tema de los riesgos, ya que el mismo no es objeto de un estudio juicioso, exhaustivo o serio, desde un principio, por los interesados en un proceso de selección y mucho menos por las partes objeto de un contrato.</p> <p>Así las cosas, es evidente que una mala planeación en un proceso de selección, como una indebida estimación, tipificación y asignación de riesgos puede conllevar a futuros procesos litigiosos iniciados por parte, tanto del contratista, como por parte de la propia entidad.</p> <p>Ahora bien, se pretende examinar la normatividad vigente, así como la jurisprudencia y el documento Conpes 3107 y 3133 de 2001, que trata el tema de los riesgos en la contratación, esto, con el fin de tener una idea del alcance y la importancia que tiene este asunto en nuestra legislación; haciendo un pequeño estudio del tema de los riesgos contractuales, diferenciándolos con la teoría de la imprevisión, así como de las obligaciones propias del contrato.</p>
13	CONCLUSIONES.	<p>Con base a los temas analizados a lo largo de este trabajo, se hace énfasis en algunos aspectos del mismo y se traen a título de conclusión las siguientes observaciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Debe entenderse que junto a las prerrogativas públicas, como herramientas de la entidad contratante para asegurar el cumplimiento del contrato, resultan trascendentes los medios financieros que garanticen el éxito del mismo, esto se logra, mediante la identificación de los distintos eventos que puedan afectar el normal y correcto funcionamiento del contrato y la provisión de los recursos para aminorar los diferentes aleas, esto es, la tipificación, identificación, valoración y asignación de todos los riesgos posibles vinculados a cada proyecto. 2. En un contrato que se contemplen riesgos excesivos para el contratista, no tendrá proponentes, como se evidencio en su momento con la primera licitación del túnel de la línea, declarada desierta por la falta de proponentes, ante una incierta definición de riesgos, ahora bien, un contrato suscrito con una serie de riesgos excesivos para el contratista, generara grandes problemas en su ejecución, lo que sería inconveniente para cualquiera de las partes. 3. La tipificación, estimación y asignación científica de los riesgos, acompañan la imposibilidad de proveerlo todo, pero esta técnica se debe inspirar en los riesgos de los proyectos, más que individualmente en las obligaciones de las partes, esto, con el fin de brindar seguridad a los inversionistas que financian proyectos públicos, sumada la seguridad jurídica y la confianza legítima para los mismos. 4. A la luz de la ley, lo que se quiere, es que se haga una estimación anticipada sobre los riesgos previsibles, en las matrices de riesgos que están elaborando las entidades, por lo tanto, no deberían mencionarse situaciones imprevisibles como los tsunamis, los terremotos, las guerras, los cambios legislativos etc., no se trata de regular la distribución de cualquier tipo de riesgo sino sólo la distribución de los riesgos previsibles.
14	FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	<ul style="list-style-type: none"> • BENAVIDES José Luis. Santofimio Jaime Orlando. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007. Primera edición 2009. • URUETA Rojas Juan Manuel. El contrato de concesión de obras públicas. • CHÁVES Marín Augusto Ramón. Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. Primera edición enero de 2008. • Ley 80 de 1993. • Ley 1150 de 2007. • Decreto 2474 de 2008. • Conpes 3107 de 2001. • Colombia Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 6 de junio de 2007, Exp. 30565. • Colombia Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 14 de agosto de 1997, Radicación 1011. • Colombia Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 15 de febrero de 1999, Exp. 11194. • FRANCISCO Azuero ¿de quién son los riesgos en el contrato de concesión? Sitio en Internet de la Universidad de los Andes, sección "Competencia y Regulación" artículo del 23 de marzo de 2003. www.compreg.uniandes.edu.co/opinion/opinion.php?id761. • www.jltcolombia.com • www.contratacionestatal.blogspot.com

Vo Bo Asesor y Coordinador de Investigación:

CRISANTO QUIROGA OTÁLORA