

**CONTROL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EN LA ESTIMACIÓN,
TIPIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS CONTRACTUALMENTE
PREVISIBLES**

**Presentado a la docente:
Luz Mery Guevara**

**Presentado por:
Elsa Consuelo Ortiz Garcés
Lorena Shirley Torres Cano**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS
ESPECIALIZACION EN CONTROL INTERNO III (FIN DE SEMANA)
SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN
2009**

RESUMEN

El presente artículo pretende profundizar en el estudio de la ecuación económica y financiera del contrato estatal en Colombia y las causales de alteración de la situación equilibrada, para efectos de determinar la responsabilidad de las entidades públicas ante la materialización de riesgos contractualmente previsibles. Se analizará el alcance de la normatividad vigente en cuanto la estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles por parte de quienes intervienen en la actividad contractual de las organizaciones públicas para la adecuada planeación de los procesos, así como la importancia del autocontrol, la auditoría interna y la implementación de indicadores como mecanismo de verificación y evaluación de la actividad contractual del estado. El contexto sobre el cual se desarrolla el tema, comprende especialmente los preceptos Constitucionales de la carta política de 1991 y entre otras, las disposiciones normativas del estatuto contractual y del Código Único Disciplinario, así como jurisprudencia y doctrina nacional y extranjera.

ABSTRACT

This article pretends to get deep into the study of the economical and financial equation of the state contract in Colombia and the causes of alteration of the equal situation, for determining the public organizations` responsibility according to contract foreseeable risks. It analyses the reach of the present legislation according to estimation, classification and allocation that it impose to contractual activity to the right planning process. In the same way, the self-control and the importance of the internal audit, and the indicator`s implementation like a verification and evaluation mechanism of the contractual state activity. The context about the topic is developed, comprehends constitutional rules of the political letter of 1991 between other, the legal establishments of the contractual statute and of the only disciplinary code, like the jurisprudence and national and foreign doctrine.

1. LA ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO ESTATAL

La ecuación económica y financiera del contrato estatal en Colombia, se define como aquella situación de equilibrio entre las prestaciones que cada una de las partes asume durante la vigencia contractual, para efectos de alcanzar la finalidad esperada, esto es, el cumplimiento de los fines esenciales del estado para la satisfacción del interés público y la obtención del provecho económico del particular.

A la celebración del contrato estatal, las partes conocen y aceptan los beneficios que pretenden con el acuerdo de voluntades, mientras el particular contratista se obliga al cumplimiento del objeto contractual asumiendo una posición de colaborador de la administración pública, el contratante se obliga al cumplimiento

de cargas dinerarias y negociales que garantizan la intangibilidad de la remuneración pactada y que el legislador colombiano ha procurado proteger a favor del contratista como parte débil de la relación contractual.

Justamente por tratarse de la actividad contractual que ejecuta la administración pública para el cumplimiento de los fines estatales, la doctrina y la jurisprudencia nacional han considerado que el contratista particular es la parte débil de la relación negocial por su posición de desventaja frente a los demás administrados que no contribuyen a la obtención del interés general, que si bien es prevalente en el régimen jurídico del contrato administrativo, no excluye la protección del interés privado de quien contrata en cuanto la remuneración pactada bien sea por precios fijos o variables, con la posibilidad de ser revisados cuando en vigencia del contrato estatal ocurran situaciones que hacen más oneroso el cumplimiento de las cargas dinerarias o negociales asumidas por cualquiera de las partes contratantes.¹

Aún cuando el régimen jurídico de la contratación estatal no limita la noción de la ecuación contractual a una clase de contrato específico, el sector mayoritario de la doctrina nacional considera que el equilibrio económico tiene como punto de partida las prestaciones pactadas una vez perfeccionado el contrato conmutativo y de tracto sucesivo, toda vez que son mayores las posibilidades de ocurrencia de aquellas circunstancias que posteriores al acuerdo de voluntades, alteran las condiciones iniciales del contrato y varían desfavorablemente su economía.²

Para otro sector de la doctrina, si bien es claro el desequilibrio en el contrato de tracto sucesivo, no es descartable en el de ejecución instantánea cuyo pago se encuentra sometido a plazo, por cuanto es factible que durante el tiempo que medie entre su celebración y la fecha de su cumplimiento, se presenten circunstancias que alteren el contenido original de las prestaciones, de tal suerte que el cumplimiento del contrato en la forma inicialmente pactada resulte más oneroso para las partes o alguna de ellas.³

2. CAUSALES DE DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL

2.1. Teorías Doctrinales y Jurisprudenciales

Para tratar de explicar la responsabilidad sin culpa de la administración ante situaciones que alteran el equilibrio contractual, la jurisprudencia y la doctrina nacional adoptaron las teorías clásicas decantadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés correspondientes al hecho del príncipe, en aquellos

¹Parra, G. Los Contratos Estatales Jurisprudencia - Doctrina Comentarios -Legislaciones. Santafé de Bogotá D.C, Cuarta Edición. Ediciones Librería El Profesional. Páginas 11-14, 128-131 y 206-209.

² Pino Ricci, J. 1996. Régimen de Contratación Estatal. 2ª edición. Universidad Externado de Colombia. Santa fe de Bogota D.C. Páginas 253-282.

³ Lamprea, P. 1999. Práctica Contenciosa y Administrativa., 2ª Edición. Santa Fe de Bogotá D.C. Páginas 323-345.

casos donde se materializa el álea administrativo y el origen de las modificaciones imprevistas radica en la acción lícita de la administración contratante, a las sujeciones imprevistas identificadas con la noción de álea físico que comprende las condiciones físicas del terreno, y a la teoría de la imprevisión cuando se trata de alteraciones fruto de modificaciones económicas inesperadas, identificadas con la noción de álea económico.

Así las cosas, en contrapartida a la desigualdad jurídica que en materia de contratación estatal existe con ocasión del régimen exorbitante de la administración pública, el contratista tiene a su favor la prerrogativa del mantenimiento del equilibrio financiero cuando en el término de vigencia contractual, surgen situaciones que no le son imputables como las provenientes de problemas inflacionarios ocurridos en el mercado, (las situaciones del hecho del príncipe), las diferencias económicas surgidas por hechos no previsibles al momento de contratar (teoría de la imprevisión) y la realización de obras nuevas que dependan del objeto contractual (sujeciones imprevistas).⁴

Se tiene así que la teoría del hecho del príncipe se presenta cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, el estado manifiesta su voluntad mediante leyes o actos administrativos de carácter general que perturban la ecuación contractual en perjuicio del contratista.⁵

Se trata de actos, hechos u operaciones atribuibles al poder público en cualquiera de sus ramas que causan la agravación del equilibrio contractual e imponen el deber jurídico de restablecer el daño causado.⁶

La jurisprudencia y la doctrina nacional a partir del hecho del príncipe, endilgan una responsabilidad indirecta y refleja de la administración, derivada de la norma general emanada por autoridad pública competente.

La teoría de la imprevisión trata fundamentalmente de situaciones anormales sobrevinientes e imprevisibles ajena a las partes, derivadas del juego de leyes económicas y factores de este tipo, que hacen extremadamente más oneroso el cumplimiento del contrato estatal.

Son hechos constitutivos del álea económico que si bien se originan fuera de la administración, afectan la ecuación económica y financiera del contrato estatal e imponen el deber jurídico de restablecer el quebranto.⁷

En un margen de comparación con las demás causales de desequilibrio contractual desarrolladas por la doctrina e interpretadas por la jurisprudencia

⁴ Parra, Ob. Cit., p. 11-14, 128-131 y 206-209.

⁵ Hernández., D 1999. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 14943.

⁶ Hoyos, R. (1999). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 11194.

⁷ García, J. 1994. Nuevo Régimen de Contratación Administrativa. 2ª Edición. p. 60-65.

nacional, la teoría de la imprevisión es la de mayor ocurrencia y la que suscita mayores controversias.⁸

El álea del contrato estatal también puede ser de carácter físico, cuando se presentan dificultades materiales, imprevistas y ajenas a las partes, que agravan la ejecución del contrato para el contratista particular y que la doctrina y la jurisprudencia nacional reconocen como teoría de las sujeciones imprevistas.

Casos representativos de la mentada teoría, suelen presentarse en los contratos de obra pública, cuando resultan terrenos de consistencia más difíciles que los previstos inicialmente.

La teoría de las sujeciones imprevistas fue desarrollada inicialmente por la jurisprudencia de derecho francés, cuando circunstancias materiales, derivadas por regla general de los vicios ocultos del suelo en un contrato de obra, generaban durante el término de su ejecución costos desfavorables al contratista particular.

Situación que altera la ecuación económica y financiera del contrato estatal y da lugar a su restablecimiento, cuando no se atribuyen a la actitud negligente de las partes contratantes.

Prediciendo la posibilidad de una conducta maliciosa de la administración para ocultar la dificultad de ejecución y evitar el desánimo del contratista, se reconoce el sobrecosto causado siempre y cuando no se desvirtúe la buena fe de las partes y sea una constante la ignorancia de las circunstancias constitutivas de la teoría.

Y como no toda circunstancia imprevista justifica el restablecimiento de la ecuación económica y financiera del contrato estatal, se exige que el vicio oculto que se conoce durante el término de su ejecución, encare verdaderas dificultades que dejen en poco las previsiones hechas y afecten gravemente la economía del contrato.

Las complicaciones anormales que nacen en la ejecución de los contratos de obra pública, por factores no advertidos inicialmente por las partes, dan lugar a la indemnización de los perjuicios, aún cuando en las cláusulas contractuales se rechace dicha posibilidad.⁹

Como causales de desequilibrio contractual se tienen además la fuerza mayor y el caso fortuito, definidos como sucesos de carácter material o jurídico que inciden en las obligaciones contractuales y que alteran la economía del contrato.

⁸ Carrillo, J.M., Duque, R. 1999. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias: Mayo 13 de 1996. Rad. 30088. CP.. Rad. 14855. CP. Rad. 14943.

⁹ LAMPREA, Ob. Cit., p. 323-345.

Por la estrecha afinidad que existe entre ellos, la doctrina suele referirse a ambas instituciones como impeditivas de la ejecución del contrato, que liberan toda obligación de compensar o retribuir económicamente a quien la sufre y hacen procedente la teoría de la imprevisión, cuando media posibilidad alguna de cumplir con el objeto contractual.

En la legislación colombiana aparecen el caso fortuito y la fuerza mayor como eximentes de responsabilidad tanto de la administración como del contratista, equiparados en definición como imprevistos imposibles de resistir, por ser circunstancias sobrevinientes a la celebración del contrato, de carácter imprevisibles, ajenas a la voluntad de las partes e irresistibles, que ocasionan ordinariamente la terminación del contrato o la celebración de uno nuevo en condiciones diferentes.¹⁰

Así mismo, es posible que en el término de vigencia del contrato estatal, alguien distinto a las partes cause un mayor costo en su cumplimiento. Causa de desequilibrio contractual conocida como hecho de un tercero, que supone aquellas circunstancias propias a la voluntad de una persona o grupo de personas ajenas a las partes que hace más onerosas sus prestaciones, por ejemplo la intervención de la población en paros cívicos, las invasiones, las amenazas guerrilleras, etc. que tengan una relación directa con las alteraciones de las condiciones económicas pactadas.

Teorías desarrolladas con base en la noción del interés general y la función pública inherente al contrato administrativo, que impone al estado la responsabilidad de llevar a cabo la contratación con particulares aún cuando las nuevas condiciones imponen gastos adicionales.

Con la intención de proteger el resultado económico pretendido por las partes una vez ejecutado el contrato en las condiciones originales, el legislador colombiano en la ley 80 de 1993, consagró de manera expresa el mantenimiento de la ecuación contractual como principio esencial de la contratación estatal a favor de ambas partes contratantes y fijó las reglas para restablecer las condiciones de desigualdad que por distintas circunstancias pudieran generarse en vigencia de la relación contractual.

La expedición de la ley 80 de octubre 28 de 1993, representó la unificación jurídica del marco conceptual disperso en varias normas de contratación estatal. Lejos de ser una norma rígida además de permitir la interpretación de las disposiciones legales del derecho civil y comercial, permite acoger principios generales del derecho como el principio de la buena fe, del enriquecimiento sin causa, del abuso

¹⁰ Ley 95 de 1890 art. 1: "(...) imprevisto a que no es posible resistir"

del derecho y principios propios del derecho administrativo como el de legalidad, del interés general y de la ecuación contractual.¹¹

Con el objetivo de mejorar las relaciones entre la administración y sus contratistas, el legislador del nuevo estatuto contractual consideró que el interés convergente de las partes estaba llamado a determinar la buena marcha del contrato¹² y reguló minuciosamente la figura del equilibrio económico del contrato, constituyendo así, el régimen legal que por primera vez en la historia del país preconizó el equilibrio económico como criterio fundamental de la armonía en las relaciones de las partes.¹³

2.2. Teorías Legales

De ahí que el artículo 5 numeral 1° indique la conservación del equilibrio financiero económico a favor del contratista en cuanto el valor intrínseco de la remuneración pactada, que supone la correspondencia del valor económico de la prestación en el momento de proponer o contratar y en la época en que deba cumplirse el objeto del contrato, además del pago oportuno de la misma y el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida, por la ocurrencia de situaciones imprevistas no imputables al contratistas y el equivalente a la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato, por el incumplimiento de la entidad estatal contratante.¹⁴

Adicionalmente, del artículo 5 en mención, se colige la consagración de la imprevisión como circunstancia que altera el equilibrio económico del contrato y da derecho al contratista a solicitar su restablecimiento por ser una causa de desequilibrio contractual ajena a las partes.¹⁵

La ley 80 de 1993 también previó la conservación del valor económico del contrato a favor de la administración pública en los numerales 3, 8 y 9 del artículo 4, estableciendo como derechos y deberes de las entidades estatales la solicitud de actualización o revisión de precios ante la ocurrencia de fenómenos que alteren en su contra el equilibrio contractual, la adopción de medidas necesarias para el mantenimiento de las condiciones técnicas, económicas y financieras del contrato, los mecanismos de ajuste y revisión de precios así como los procedimientos de

¹¹ Artículo 13 - ley 80 de 1993. "Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del mismo, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley (...)"

¹² Benavides, J. El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado. p. 447-483.

¹³ Lamprea, Op. Cit., p., 323-345.

¹⁴ Artículo 5 numeral 1 de la ley 80 de 1993. "De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3 de esta ley, los contratistas:

1. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato (...)"

¹⁵ Pino Ricci, J. Régimen de Contratación Estatal. Ob. Cit., p. 253-282.

revisión y corrección de tales mecanismos una vez fracasados los supuestos de su ejecución, además de la estipulación de intereses moratorios que previenen a la administración pública contratante del pago extemporáneo de sus obligaciones económicas.¹⁶

Con la posibilidad de revisar las condiciones de ejecución y precios del contrato según la normatividad enunciada, el legislador colombiano ha procurado la protección de los intereses de los contratantes existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o al momento de contratar cuando se trate de contratación directa,¹⁷ hasta el punto de contemplar de manera expresa y por primera vez en la legislación contractual del estado, la revisión de la fórmula técnica de ajuste ante el fracaso de los supuestos o hipótesis previstos para su ejecución, siendo esta un mecanismo de aplicación automática, idóneo para el ajuste de precios teniendo como factor preponderante el índice de precios al consumidor (IPC).

Principalmente en los contratos de ejecución sucesiva, la práctica nacional ha fortalecido la necesidad de actualizar los precios por el mero paso del tiempo, en el que la moneda nacional pierde su poder adquisitivo y aumenta el valor del contrato.¹⁸

Otros riesgos susceptibles de ser presentados durante la ejecución contractual, se derivan del ejercicio de la potestad excepcional que el legislador colombiano en materia de contratación estatal, ha conferido de manera expresa a la administración pública contratante, que traduce *la terminación unilateral del contrato* ante las exigencias del servicio público o una situación de orden público que así lo imponga, o cuando el contratista se encuentre en situaciones de muerte, incapacidad física permanente, disolución, interdicción judicial o declaración de quiebra, así como en circunstancia de cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales que afecte de manera grave el cumplimiento de las obligaciones contractuales, *la interpretación unilateral del contrato* en pro del servicio público y el cumplimiento de las obligaciones

¹⁶ Artículo 4, numerales 3, 8 y 9 de la ley 80 de 1993: "Los derechos y deberes de las Entidades Estatales, para la consecución que trata el artículo anterior de la ley, según los cuales: (...)

3. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato. (...)

8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios. Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

9. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse."

¹⁷ Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 17 de septiembre de 1994.

¹⁸ Lamprea y García, Ob. Cit., p. 323-345. Cit., p. 60-65.

contractuales, cuando las partes discrepan la interpretación de alguna de las estipulaciones del contrato, y *la modificación unilateral* del contrato cuando un acto particular y concreto proferido por la administración, modifica o interpreta el contrato en forma legítima, pero produce la alteración de su ecuación financiera en perjuicio del contratista.¹⁹

Así mismo, los riesgos se encuentran latentes en el incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes contratantes, que en términos generales, para el particular contratista recae sobre cargas negociales y para la entidad pública contratante, recae también sobre obligaciones dinerarias. Incumplimiento que constituye una contravención a lo acordado en el contrato o a lo prometido en los pasos previos del surgimiento del vínculo ya sea a título de propuesta, de pliegos, de invitación etc., y para acceder a las solicitudes de indemnización de perjuicios materiales sufridos, exige un acervo probatorio que aporte medios de convicción representativos de los intereses en juicio.

Si bien es cierto el contrato estatal legalmente celebrado constituye ley para las partes, en vigencia del vínculo contractual se garantiza el mantenimiento de las condiciones económicas inicialmente pactadas y se ordena su restablecimiento cuando resultan más onerosas las prestaciones acordadas.²⁰

Dentro de este marco de regulación jurídica contractual, la figura de la ecuación financiera del contrato estatal constituye un imperativo legal, que la jurisdicción, la jurisprudencia y la doctrina nacional observan durante la vigencia de la relación comercial atendiendo las condiciones y las circunstancias en que realmente se ejecuta cada contrato, para la protección de las partes en la conservación de los beneficios que las llevó a contratar.

Ahora bien, la desproporción inicial de prestaciones que descifra el rompimiento de la ecuación del contrato conmutativo para unos doctrinantes, y también de ejecución instantánea para otros, da lugar a restablecer la situación equilibrada cuando se trate del *riesgo económico anormal, extraordinario e imprevisible*, que de no modificarse conlleva irremediablemente a la quiebra económica del contratista; excluyendo así el álea normal de las obligaciones futuras, que afecta la situación del contratista en forma benigna y fácilmente previsible.

Cuando se aduce un álea anormal, se debe demostrar la realidad económica del contrato que permita reclamar a la entidad pública contratante el restablecimiento del equilibrio financiero del mismo. La carga de la prueba consiste fundamentalmente en acreditar los sobrecostos asumidos y cuantificarlos frente al valor del contrato en el cual se incluyen las sumas presupuestadas en el factor de imprevistos.

¹⁹ Hernández, A. 2006. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 15326.

²⁰ Pino, J. Régimen de las Entidades Territoriales. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Volumen 1. Páginas 210-219.

La expectativa de las partes con la ejecución del contrato no es algo meramente subjetivo o personalmente anhelado, sino que corresponde a un dato suficientemente conocido y aceptado por la otra, que constituye el soporte necesario sobre el cual descansa esencialmente el acuerdo de voluntades.²¹

3. ESTIMACIÓN, TIPIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

El artículo 4° de la Ley 1150 del 16 de julio de 2007,²² por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos, establece la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación estatal en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, así como en los estudios y documentos previos en los términos del numeral 6° del artículo 3° del decreto 2474 del 07 de julio de 2008²³ mediante el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva y se dictan otras disposiciones.

La gestión contractual de las instituciones públicas, debe encaminar todos sus esfuerzos a prever en la etapa de planeación del proceso de selección del contratista, las posibilidades de desequilibrio contractual según la naturaleza del objeto a contratar y a mitigar controversias contractuales tendientes a demostrar el hecho generador del perjuicio y la cuantía de su restablecimiento, a fin de lograr los objetivos de ejecución presupuestal y los beneficios de la obra, el bien o el servicio contratado.

La previsión de riesgos contractuales permite que las entidades públicas identifiquen, analicen y valoren las fuentes generadoras y el grado de exposición a los mismos, autocontrolen aquellos eventos que pueden afectar el cabal cumplimiento de las relaciones negociales y establezcan lineamientos estratégicos para reducir las posibilidades de desequilibrio contractual, evitando que la entidad

²¹ Lamprea. Ob. Cit., p. 323-345.

²² Artículo 4° de la ley 1150 de 2007. *“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.”*

²³ Artículo 3 numeral 6 del decreto 2474 de 2008. *“Estudios y documentos previos. En desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone. 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 los siguientes elementos mínimos: (...) 6. El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato. (...)”*

actúe en dirección contraria a sus propósitos institucionales, legales y Constitucionales.

Contrario a lo que ocurría antes de entrar en vigencia las disposiciones normativas que imponen la distribución de riesgos en los procesos de contratación estatal, cuando la mayoría de los hechos acaecidos en vigencia de la relación negocial causaban un grave perjuicio económico a cualquiera de las partes contratantes se discutían en la esfera de la imprevisión, actualmente, las entidades públicas deben trabajar minuciosamente las fuentes generadoras de riesgos a fin de disminuir la ocurrencia de situaciones imprevistas causantes de desequilibrio contractual.

Se destaca entonces, que con la estimación, tipificación y asignación de riesgos, el legislador Colombiano procura evitar que las causas de alteración del equilibrio contractual se discutan en la esfera de la imprevisión, responsabilizando a los intervinientes del proceso, de la previsión de aquellas circunstancias que aún cuando parezcan de remota y exagerada ocurrencia se constituyen en fuentes generadoras de riesgo durante la ejecución de objeto a contratar.

En otras palabras, antes de la previsión legal, todos los hechos constitutivos de desequilibrio contractual diferentes al incumplimiento de las obligaciones pactadas, constituían un hecho imprevisible al momento de contratar, ahora, es deber de las partes negociales (administración pública y particular) distribuir las consecuencias de aquellos hechos tipificados en cualquiera de las teorías de desequilibrio contractual decantadas con anterioridad, esto es el hecho de príncipe, poder exorbitante del estado, sujeciones imprevistas, incumplimiento de las obligaciones, fuerza mayor o caso fortuito.

De este modo, la imprevisibilidad tendrá una esfera cada vez menor por cuanto la ocurrencia de hechos constitutivos de las mentadas teorías, se tornan previsible en otro proceso de selección aún cuando no sea exacto al anterior, y así, se invertirán menos recursos públicos en aquellas medidas de restablecimiento económico que suponen la inadecuada planeación de los procesos contractuales.

Si bien es cierto es posible desarrollar una matriz general de riesgos, esta debe adecuarse y retroalimentarse conforme las circunstancias particulares del caso concreto, y es ahí donde debe realizarse una tarea seria, responsable, autónoma y creativa conforme el objeto contractual planteado, aplicando a la luz del principio de la universalidad, el conocimiento, la lógica y modelos de raciocinio propios de actividades profesionales que pertenecen al ámbito de la ciencia tales como la administración, la auditoría interna y la informática.

Lo anterior, por cuanto el conocimiento y la ciencia conllevan al aprovechamiento de las fuentes generadoras de la información, que en un momento determinado pueden ser las personas, los documentos, los medios magnéticos, y todo aquello que indique la necesidad de análisis, diagnóstico y asesoría.

El trabajo del funcionario público o contratista a cargo del proceso contractual debe ser concordante con el dinamismo de la sociedad, principalmente con las exigencias de la tecnología, la ciencia, y la informática, en procura de sustentar la hipótesis planteada con argumentos verdaderos, válidos y demostrables en cualquier circunstancia, de tal forma que se logre poner a prueba impresiones, opiniones o conjeturas emitidas en cumplimiento del deber legal de distribuir riesgos contractualmente previsibles.

Cabe anotar que el estudio y la prevención de riesgos no es una tarea fácil que se lleva a buen término sólo por intuición o por suerte, dado que por encontrarse implícitos en el desempeño de la actividad humana la materialización de la contingencia cualquiera que sea, compromete en un alto grado la responsabilidad de quien habiendo tenido la posibilidad de preverlo no lo hizo.

De ahí que la Constitución y la ley imponen la indemnización de los perjuicios que sufran los particulares por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos imputables a las entidades estatales²⁴ y de los daños antijurídicos imputables a las autoridades públicas por acción o por omisión, sin perjuicio de la acción de repetición contra los agentes del estado.²⁵

3.1. Indicadores y Autocontrol en el Proceso de Contratación Estatal

La tarea impuesta a los funcionarios públicos por la ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008, respecto la estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles en todos los procesos de contratación, representa una herramienta fundamental para implementar y desarrollar un sistema de indicadores estructurado a través del manual de contratación y los mapas de procesos de la diferentes dependencias, que permitan medir la eficiencia de la gestión de las dependencias involucradas en los procesos de planeación y ejecución contractual, de conformidad con lo contemplado en el artículo 48 de la Ley 190 de 1995,²⁶ por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.

²⁴ Artículo 50 de la ley 80 de 1993 citado.

²⁵ Artículo 90 de la Constitución Política de 1991: *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de autoridades públicas.*

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste"

²⁶ Artículo 48 de la ley 190 de 1995: *"A partir de la vigencia de esta ley todas las entidades públicas, de la rama ejecutiva deberán establecer, a más tardar el treinta y uno (31) de diciembre de cada año, los objetivos a cumplir para el cabal desarrollo de sus funciones durante el año siguiente, así como los planes que incluyan los recursos presupuestados necesarios y las estrategias que habrán de seguir para el logro de esos objetivos, de tal manera que los mismos puedan ser evaluados de acuerdo con los indicadores de eficiencia que se diseñen para cada caso, excepto los gobernadores y alcaldes a quienes en un todo se aplicará lo estipulado en la ley que reglamentó el artículo 259 de la Constitución Política referente a la institución del voto programático. Parágrafo. A partir de la vigencia de esta Ley, todas las entidades públicas diseñarán y revisarán periódicamente un manual de indicadores de eficiencia para la gestión de los servidores públicos, de las dependencias y de la entidad en su conjunto, que deberán corresponder a indicadores generalmente aceptados. El incumplimiento reiterado de las metas establecidas para los indicadores de eficiencia, por parte de un servidor público, constituirá causal de mala conducta."*

Se destaca entonces, la importancia de la implementación de indicadores en el marco de la planeación contractual, en la medida en que permiten formular objetivos concretos, precisos y cuantificables para regular posibles causales de desequilibrio contractual y medir y evaluar la gestión del área específica, siendo esta una etapa precontractual en la que deben participar de manera activa el funcionario de la dependencia que genera la necesidad y conoce de manera detallada y técnica las condiciones del servicio, la obra o el suministro requerido, quienes ostentan la calidad de asesores jurídicos de la entidad para garantizar que el planteamiento de los riesgos se realice dentro de los parámetros permitidos por la normatividad vigente, el ordenador del gasto y quien ejecuta el presupuesto de la entidad, quienes cuentan con idoneidad y experiencia para determinar los efectos de la materialización del pago previsto, así como los posibles oferentes, quienes conocen las condiciones del mercado y asumen voluntariamente las consecuencias económicas de los riesgos planteados.

Siendo esta la razón por la cual las normas modificatorias del estatuto de contratación estatal,²⁷ exigen que dicha actuación se surta en audiencia pública con la participación de todos los interesados en el respectivo proceso de contratación y que el Comité Evaluador de los ofrecimientos presentados este constituido por personas idóneas para calificar los aspectos técnicos, jurídicos y financieros, bien sea funcionarios públicos o contratistas del estado.

Los indicadores de planeación en la distribución de los riesgos contractuales, prometen ser un mecanismo idóneo para evaluar el logro de los resultados propuestos, puesto que permite obtener información adecuada, oportuna y en tiempo real, con un grado aceptable de precisión, para posibilitar la toma de decisiones que corrijan y reorienten la gestión antes de generar cuantiosos perjuicios a título de restablecimiento de la ecuación económica del contrato, pues no sería válido ni útil construir indicadores para analizarlos de manera aislada a los fines estatales, la prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

La distribución de riesgos contractuales es una actividad incipiente de las entidades estatales, por la vigencia de las normas que la imponen, siendo este un momento propicio para aplicar y utilizar herramientas gerenciales que permitan evaluar el desempeño de los procesos de la entidad en materia de contratación y generar procesos de retroalimentación y ajuste,²⁸ dentro de las cuales, los indicadores ocupan un lugar significativo.

²⁷ Ley 1150 de 2007 y Decreto Reglamentario 2474 de 2008

²⁸ Ley 1150 del 16 de julio de 2007 y el decreto 066 del 16 de enero de 2008 modificado por el decreto 2474 del 07 de julio de 2008.

Teniendo en cuenta el proceso de estandarización de las entidades públicas, es conveniente que de los procedimientos establecidos para cada dependencia, resulten las obligaciones de los funcionarios en materia precontractual, contractual y postcontractual, que permitan establecer con claridad la responsabilidad de los mismos en la ocurrencia de hechos previstos inadecuadamente, no previstos aún cuando cuentan con una alta posibilidad de ocurrencia o previstos en condiciones desfavorables al equilibrio contractual que debe conservar el patrimonio de las partes negociales.

Resultado que puede obtenerse mediante indicadores que midan por cada dependencia responsable de la planeación y/o tipificación de los mismos, el número de riesgos previstos en un contrato/los riesgos materializados en cualquiera de las condiciones señaladas anteriormente, o por qué no en un marco general, el número de contratos celebrados/el número de contratos afectados por la materialización de riesgos previstos en las mismas condiciones, y en el campo de la responsabilidad disciplinaria podría indicarse el número de proyectos a cargo para la estimación de los riesgos/el número de proyectos afectados por su inadecuada planeación.

No obstante, la existencia de controles no puede considerarse fuente de motivación e inspiración para el cumplimiento de los objetivos propuestos, pues el autocontrol cobra entera importancia en el ejercicio de las actividades propias de cada cargo al permitir al autor material e intelectual del hecho, la evaluación consciente, objetiva y real del mismo, sin dejar de plano la necesidad de implementar sistemas de control adecuados para contribuir en los resultados positivos de cada entidad, mediante el diagnóstico (identificación de fuentes generadoras de riesgos etc.) y la asesoría (planteamiento de estrategias de integración etc.).

El autocontrol es la herramienta más inmediata que el ser humano está en capacidad de desarrollar por el nivel de compromiso que asume en la ejecución de las actividades encomendadas, y debe trabajarse en ello cada vez más, a fin de lograr que la participación del recurso humano que interviene en la estimación, tipificación y asignación de riesgos contractualmente previsibles desde distintas áreas de dirección y operación, fortalezca el sistema de auditoría interna.

3.2. Auditoría Interna en el Proceso de Contratación Estatal

En este contexto, resulta procedente identificar la labor del auditor interno con los objetivos del grupo directivo y del personal auditado, pues a partir de dicha interacción, lejos de convertirse en el ente vigilante y juzgador de la entidad, tiene la posibilidad de emprender una metodología de trabajo en equipo, que garantice el diagnóstico, la evaluación y la asesoría.

Escenario en el cual se resalta la errada concepción de quienes ejercen la auditoría interna como un sistema de coerción que dificulta principalmente el conocimiento de los objetivos propuestos por el grupo de trabajo y las debilidades de la organización.

Es precisamente en la cultura organizacional, donde el auditor interno debe desplegar su creatividad y destreza para fomentar escenarios propicios de participación de todos los intervinientes y para la identificación de situaciones que le permitan afianzar un buen punto de partida.

De ahí, que quien tiene a su cargo la auditoría interna de una organización, debe ser una persona conocedora de los objetivos y fines de la institución y por ende de los procesos y procedimientos de las diferentes dependencias, pues el tema no es sólo financiero, si bien es cierto la contabilidad y los movimientos presupuestales indican la situación real de la empresa a partir de la cual se define su proyección y se toman decisiones fundamentales, la experiencia ha demostrado que la auditoría interna puede ser ejercida por profesionales de diferentes áreas entre las cuales se encuentra la administración, la contaduría, el derecho, incluso la ingeniería industrial, siendo ésta última una de las mayores demostraciones obtenidas en la materia, por su contribución en el planteamiento de estrategias propicias para el mantenimiento y la competitividad de las empresas.²⁹

En el marco de la doctrina nacional y extranjera no se presenta discusión alguna en cuanto los significativos aportes de la reingeniería, no obstante, el desarrollo incipiente de la auditoría interna haya tenido lugar en el ejercicio de la profesión contable, toda vez que el conocimiento y el manejo de la información financiera de las organizaciones ha sido una necesidad progresiva que estrecha cada vez más la intervención de los profesionales del área en el ejercicio contable de las empresas.

El auditor interno debe ser una persona de espíritu emprendedor, que persevere en la disposición absoluta para identificar y atender las necesidades que se encuentran implícitas en el ejercicio de la actividad contractual, procurando siempre la prevención de la mismas, pues de ninguna manera se concibe la conveniencia de medidas correctivas que se toman cada vez que se vislumbra una dificultad de cualquier índole.

Sin duda, el dominio del tema y la creatividad que impone el ejercicio de la función pública orientan la implementación de un adecuado sistema de control a fin de mitigar el riesgo potencial en los diferentes segmentos de operación, siendo este

²⁹ Lazcano, J.M. 1995. El manejo de las organizaciones y su auditoría interna. Renueve su compromiso de alta gestión empresarial. México.

²⁹ Hammer, M. Y Champy, J. 1994. Páginas 13 y 14. Reingeniería. Editorial Norma. Colombia.

²⁹ Morris, D. y Brandon, J. 1994 Reingeniería, cómo aplicarla con éxito en los negocios. Editorial McGraw-Hill, Colombia.

un proceso secuencial y progresivo en que se plantean estrategias de integración orientadas al desarrollo del recurso humano, de la estructura y de los objetivos Constitucionales y legales.

De ahí, la importancia que cobra la continuidad de las estrategias planteadas y el perfil académico y laboral establecidos en el manual de funciones de las entidades para desempeñar los cargos de personal de planta, entre los cuales se encuentra la auditoría que compromete la responsabilidad del ordenador del gasto y de su equipo de trabajo, pues la experiencia y la eficiencia de los auditores internos, se evalúa no por la antigüedad del ejercicio, sino por la capacidad de tomar decisiones acertadas conforme la situación fáctica y las necesidades de la entidad.

En este entendido, se tienen como factores relevantes en la formulación del diagnóstico o la evaluación, el dominio del conocimiento sobre las abstracciones que constituyen la administración y el control, así como la actitud permanentemente científica de búsqueda y de humildad, que permiten identificar las causas de las desviaciones y aplicar directrices, criterios y métodos claros y oportunos.

De ninguna manera debe obviarse la honestidad y la ética profesional que representa la misión encomendada al auditor interno en el desempeño de la organización, de tal forma que debe orientar sus actuaciones conforme los resultados del diagnóstico o la evaluación, las estrategias planteadas y los acuerdos pactados, pues la confianza, el compromiso y el sentido de pertenencia de todos los intervinientes deben rondar el clima organizacional.

Sin duda, el trabajo concertado y en equipo, facilita el aprovechamiento de esfuerzos a nivel directivo y asistencial para el mejoramiento de la actividad contractual, siendo esta un eje primordial de la administración pública mediante la cual se ejecuta el presupuesto para el cumplimiento de las premisas Constitucionales de interés general y bien común.

Y para el cumplimiento de tales fines, es deber de quienes participan en las correspondientes auditorías internas plantear objetivos y propósitos puntuales, para que al momento de efectuarse un auditoría externa sea mínima la posibilidad de ocurrencia de los riesgos plenamente identificados, evaluados y estudiados y las medidas correctivas y preventivas hayan sido las más acertadas.

Así las cosas, se concluye que la auditoría interna resume una serie de actividades que procuran el desarrollo armónico, funcional y eficiente de las organizaciones donde los auditores, los auditados y los directivos son los autores del diagnóstico y el trabajo conjunto por persistir en el objeto para lo cual fueron creadas.³⁰

³⁰ Lazcano, J.M. 1995. El manejo de las organizaciones y su auditoría interna. Renueve su compromiso de alta gestión empresarial. México Comentarios acerca de la obra.

³⁰ Delgado. R. Página 1.: Contralor interno. PEMEX Gas y Petroquímica;

Es por esto que quienes se preparan académicamente para ejercer el control de las organizaciones no deben limitarse a la implementación, el diligenciamiento y el seguimiento de papeles de trabajo, ni a la socialización del marco jurídico aplicable en la materia, toda vez que estos deben ser interpretados, aplicados y fortalecidos de manera continua conforme el dinamismo de las organizaciones y las condiciones del mercado.

Lo importante es lograr un importante grado de interacción y participación de quienes hacen parte de la organización, toda vez que la ejecución de las tareas exigidas en procesos y procedimientos debidamente establecidos deben ser objeto de análisis y reflexión, pues de ellos depende que el funcionamiento de la organización corresponda a las necesidades del cliente y la optimización del servicio.

³⁰ Santillana, J.M. Contaduría Mayor de la Cámara de Diputados. Gobierno del Estado de México; Lic. Javier Sotres Ruano. Director general de modernización administrativa y sistemas. Gobierno del Estado de Morelos; Federico Coronado Brosig. Director Corporativo de Auditoría. Asesoría Corporativa CIFRA, S.A. de C.V.

BIBLIOGRAFÍA

Benavides, J. El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado.

Carrillo, J.M., Duque, R. 1999. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias: Mayo 13 de 1996. Rad. 30088. CP.. Rad. 14855. CP. Rad. 14943.

Constitución Política de 1991

Decreto 2474 de 2008

Delgado. R. Página 1.: Contralor interno. PEMEX Gas y Petroquímica;

García, J. 1994. Nuevo Régimen de Contratación Administrativa. 2ª Edición. p. 60-65.

Hammer, M. Y Champy, J. 1994. Páginas 13 y 14. Reingeniería. Editorial Norma. Colombia.

Hernández, A. 2006. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 15326.

Hernández., D 1999. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 14943.

Hoyos, R. (1999). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 11194.

Lamprea, P. 1999. Práctica Contenciosa y Administrativa., 2ª Edición. Santa Fe de Bogotá D.C.

Lazcano, J.M. 1995. El manejo de las organizaciones y su auditoría interna. Renueve su compromiso de alta gestión empresarial. México Comentarios acerca de la obra.

Ley 95 de 1890

Ley 80 de 1993

Ley 190 de 1995

Ley 1150 de 2007

Morris, D. y Brandon, J. 1994 Reingeniería, cómo aplicarla con éxito en los negocios. Editorial McGraw-Hill, Colombia.

Parra, G. Los Contratos Estatales Jurisprudencia - Doctrina Comentarios - Legislaciones. Santafé de Bogotá D.C, Cuarta Edición. Ediciones Librería El Profesional.

Pino Ricci, J. Régimen de las Entidades Territoriales. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Volumen 1.

Pino Ricci, J. 1996. Régimen de Contratación Estatal. 2ª edición. Universidad Externado de Colombia. Santa fe de Bogota D.C.

Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 17 de septiembre de 1994.

Santillana, J.M. Contaduría Mayor de la Cámara de Diputados. Gobierno del Estado de México; Lic. Javier Sotres Ruano. Director general de modernización administrativa y sistemas. Gobierno del Estado de Morelos; Federico Coronado Brosig. Director Corporativo de Auditoría. Asesoría Corporativa CIFRA, S.A. de C.V.