

**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**



Nombre del artículo:

EL RIESGO EN EL CONTRATO DE OBRA

Presentado por:

**MARÍA DEL CARMEN DÍAZ HERNÁNDEZ
MARTÍN AUGUSTO RIAÑO GONZÁLEZ**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ D.C.
2012**

**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**



Titulo del trabajo:

EL RIESGO EN EL CONTRATO DE OBRA

Presentado a:

**JHON JAIRO MORALES ALZATE
(Tutor Metodológico)
JAIRO SANDOVAL CARRANZA
(Tutor Temático)**

Presentado por:

**MARÍA DEL CARMEN DÍAZ HERNÁNDEZ
MARTÍN AUGUSTO RIAÑO GONZÁLEZ**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ D.C.
2012**

EL RIESGO EN EL CONTRATO DE OBRA

MARÍA DEL CARMEN DÍAZ HERNÁNDEZ* y MARTÍN AUGUSTO RIAÑO
GONZÁLEZ**

RESUMEN

La actividad del Estado, sobre todo la ligada al desarrollo y a la inversión se realiza principalmente a través de la contratación de obra pública, ejecutando proyectos de infraestructura vial, desarrollo urbano, entre otros, por ello, a la luz de la Ley 1150 de 2007 y del Decreto 734 de 2012, que consagra la obligación de establecer los riesgos en la contratación estatal, cabe preguntarse: ¿Cuál es el concepto de riesgo contemplado en el contrato de obra, y cuáles son los riesgos más comunes en esa actividad contractual?

Este artículo pretende dar respuesta al interrogante planteado a partir de una metodología empírica y práctica, de análisis de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, para arribar a unas conclusiones útiles para entidades públicas y contratistas del Estado.

Dentro del desarrollo de la investigación puede advertirse el concepto de riesgo como aquella circunstancia previsible, que debe ser mitigada por la parte en mejor posición de soportar (Fuente: Documento Conpes 3107 de 2001). Tratándose de contrato de obra, los riesgos son especiales asociados a la actividad constructiva, y deben tener en cuenta aspectos como la localización del proyecto, el contexto cultural, social y económico. Para ello, es importante un correcto ejercicio de planeación, de acuerdo con la metodología sugerida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través del Documento Conpes 3714 de diciembre de 2011. Es importante resaltar que una adecuada mitigación del riesgo, evita sobrecostos, desequilibrios contractuales y atrasos en las obras públicas, lo que impacta necesariamente en el desarrollo económico y social del país.

Palabras Claves: Contrato, Obra Pública, Riesgo, Planeación, Inversión, Previsibilidad, Recursos Públicos, Desarrollo, Principios, Equilibrio.

* Abogada. Estudiante de Especialización en Derecho Administrativo. Universidad Militar Nueva Granada. Mariac.dh@hotmail.com

** Abogado. Estudiante de Especialización en Derecho Administrativo. Universidad Militar Nueva Granada. Martinria2009@hotmail.com

ABSTRACT

State activity, especially related to development and investment is made primarily through public works contracts, implementing road infrastructure projects, urban development, among others, therefore, in light of Act 1150 of 2007 and Decree 734 of 2012, which establishes the obligation to establish the risks in government procurement, the question arises: What is the concept of risk covered by the contract work, and what are the most common risks in the contracting activity?

This article aims to answer the question posed from an empirical and practical methodology, analysis of legislation, case law and doctrine, to arrive at some conclusions for public entities and state contractors.

Within the development of the research can be seen as the concept of risk that foreseeable circumstances that must be mitigated by the party in a better position to withstand (Source: 3107 Document Conpes 2001). In the case of works contract, are special risks associated with construction activity, and must take into account aspects such as the location of the project, the cultural, social and economic. It is therefore important proper planning exercise, according to the methodology suggested by the Ministry of Finance, through December 3714 Document Conpes 2011. Importantly adequate risk mitigation, avoiding cost overruns, delays and contractual imbalances in public works, which necessarily impacts on the economic and social development of the country.

Keywords: Contract, Public Works, Risk, Planning, Investment, Predictability, Public Resources, Development, Principles, Balance.

INTRODUCCIÓN

La actividad contractual es uno de los instrumentos fundamentales para el desarrollo de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, regido por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 734 de 2012.

En este contexto, los contratos de obra pública son una herramienta esencial para el desarrollo social y económico del país, por lo que se hace necesario el análisis de aquellas contingencias previsible que pueden alterar la ejecución de los mismos, con el consecuente incremento en su valor inicial, provocando cargas adicionales a los recursos públicos.

Por lo tanto, es importante identificar los riesgos asociados al contrato de obra pública, entendiendo que estos son aquellas eventualidades previsible, que con un porcentaje amplio se presentan en esta modalidad contractual¹, evidenciando igualmente, algunas de las falencias en que incurre la entidad estatal al momento de asignar cada uno de ellos.

De esta forma, el problema de investigación se centra en resolver el interrogante: ¿Cuál es el concepto de riesgo contemplado en el contrato de obra, y cuáles son los riesgos más comunes en esa actividad contractual?

Para dilucidar estos interrogantes, la investigación parte de un concepto genérico del riesgo contractual, y a continuación se realiza la identificación

de los riesgos especiales del contrato de obra pública.

Uno de los instrumentos principales para el análisis planteado, es el Documento Conpes 3714 de diciembre de 2011, que regula y orienta en forma normativa y práctica, el tema de riesgos en la contratación estatal, desarrollado posteriormente por el Decreto 734 de 2012.

De esta forma, se realiza una clasificación práctica que aproxima un concepto general de riesgo contractual e identifica los principales riesgos especiales asociados al contrato de obra pública.

El presente artículo pretende ser una herramienta de análisis para las entidades públicas, contratistas y la academia, toda vez, que el contrato de obra pública, es el más recurrente en las entidades estatales, habitualmente son los más onerosos y por ende el que suscita amplias controversias, especialmente por adiciones no previstas, mayores cantidades de obra, y otras tantas eventualidades que han significado punto de quiebre del equilibrio contractual. Todo esto derivado de un deficiente ejercicio de planeación, entre otros, de los riesgos previsible propios de la actividad de obra, los que pueden ser mitigados con un correcto entendimiento del concepto que aquí se pretende desarrollar.

¹ Fuente: Documento Conpes 3714 de 2011.

METODOLOGÍA

a) Diseño

El trabajo se desarrolla con una metodología empírica y práctica, de análisis de la legislación vigente, la jurisprudencia y la doctrina pertinente sobre la materia, que permite arribar a unas conclusiones respecto al problema planteado.

b) Muestra

Los elementos de investigación, se recopilaron, clasificaron y analizaron en tres etapas:

1. Identificación y clasificación de legislación vigente:

Se identificaron como normas relevantes las previstas por la Ley 80 de 1993 “*Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública*”, la Ley 1150 de 2007 “*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*”, y el Decreto 734 de 2012 “*Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones*”.

2. Identificación y clasificación de Doctrina Nacional y Jurisprudencia Nacional sobre el tema:

Se identificaron como relevantes, el Documento Conpes 3714 de 2011, “*DEL RIESGO PREVISIBLE EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA*”, así como

los pronunciamientos jurisprudenciales contenidos entre otros en la sentencia del Consejo de Estado, Radicado 1997-04390-01; y Corte Constitucional, Aclaración de voto a la Sentencia C-037/00 del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

3. Lectura y análisis de la información recolectada, cuyos resultados se presentan en este artículo.

CONTENIDO

- 1) Antecedentes de la reforma.
- 2) El concepto genérico de riesgo.
- 3) El contrato de obra pública y sus riesgos especiales.
- 4) Conclusiones.

1. ANTECEDENTES DE LA REFORMA

La regulación de los riesgos en la contratación estatal, de manera genérica tiene consagración normativa sólo a partir de la Ley 1150 de 2007, debido a ello, y teniendo en cuenta el atraso por congestión judicial de la jurisdicción contencioso administrativa, no hay a la fecha pronunciamientos jurisprudenciales referidos a estudios de caso concreto, no obstante, teniendo en cuenta que los riesgos de la contratación estatal, están referidos a los principios de planeación y equilibrio económico, la jurisprudencia del Consejo de Estado, aunque no ha sido de una postura constante, sí ha efectuado algunos pronunciamientos que determinaron el punto de partida para la

consagración legislativa, y sirven de referente para la interpretación del tema planteado.

Por su parte, la doctrina si ha efectuado análisis sobre el posible impacto que la figura representa para los contratos estatales, analizando los efectos que la Ley 1150 de 2007 ha tenido en el principio de planeación, como herramienta para mitigar y prever los posibles costos adicionales en que se puede incurrir en la actividad contractual de obra, derivada de una inadecuada previsión y/o anticipación de los riesgos que pueden acaecer.

Al respecto, Becerra Salazar, (2008), señala sobre los antecedentes de la reforma que:

“(...) No se debe perder de vista que la obligación de configurar los riesgos en el contrato estatal, nace del deficiente manejo que del tema ha hecho el Estado Colombiano (...); así las cosas, (...), se ha considerado que el Estado ha asumido más riesgos de los que deberían corresponderle y en esa medida ha sufrido detrimentos que se hubiesen evitado con unas políticas de riesgo mejor diseñadas.”²

Así las cosas, la reforma parte de un presupuesto de transparencia, necesaria en la práctica contractual. A este respecto, el mismo autor Becerra Salazar (2008) agrega:

“Nace del afán de poner freno a las innumerables disputas surgidas en

torno a la curación del equilibrio financiero del contrato. En este sentido se pretende que las partes sepan a ciencia cierta en qué consisten y cuáles son los riesgos que le corresponden desde el momento mismo en que se cierra el proceso de convocatoria”³.

En efecto, ese fue el querer del legislador y del ejecutivo en su reglamentación, como se deriva de la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007 y del Documento CONPES 3714 de 2011, que aborda específicamente la metodología que se sugiere a las Entidades Estatales para la estructuración de los riesgos en la contratación estatal.

Así las cosas, la doctrina nacional coincide en que el propósito de la reforma, fue el de fortalecer la planeación contractual que hacen las entidades públicas, para procurar una mayor eficiencia en la adquisición de bienes y servicios. Conclusión a la que también han arribado diferentes análisis efectuados por instancias gubernamentales, particularmente los organismos de control. Al respecto ha indicado la Procuraduría General de la Nación (2011), que:

“La actividad contractual debe ser planeada, en tal medida, cada compromiso adquirido por una entidad pública debe responder a la ejecución del plan de compras adoptado, previa elaboración de los estudios previos que identifiquen las condiciones del contrato a celebrar y que permitan efectuar la

² Becerra Salazar, A.D. (2008) *Los riesgos en la contratación estatal*. Bogotá D.C., Editorial Leyer. P. 9.

³ Ibid. P. 9.

verificación y ponderación de la idoneidad de los oferentes”⁴.

Sobre ese mismo tópico, se han pronunciado quienes ejercen la actividad constructiva, por ejemplo en la Revista de Ingeniería de la Universidad de los Andes, el Vicepresidente de la Cámara Colombiana de la Infraestructura, Francisco Suárez Montaña (2008), plantea:

“La formulación de la Ley 1150 de 2007 es la culminación de una discusión jurídica sobre la necesidad de contar con una modificación al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, vigente con la Ley 80 de 1993. (...)

El tema del buen comportamiento de las entidades públicas para la conducción, manejo y adjudicación de procesos contractuales exitosos, es un tema que poco tiene que ver con la normatividad y que, por el contrario, alude a la aplicación de criterios de gerencia pública en la administración. (...)

*En dicho sentido, la Ley 1150 pretende solucionar el problema afirmando que la planeación precontractual se traduce en estudios y documentos que deberán acreditarse con antelación a la concesión del proyecto.”*⁵

⁴ Procuraduría General de la Nación. (2011). *Memorias del programa de capacitación en participación ciudadana y control social: En la garantía de derechos y en la contratación estatal*. Bogotá D.C. Pro-offset Editorial S.A. P. 97.

⁵ Suárez Montaña, F. (2008) *Consecuencias de la Promulgación de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 066 de 2008 para la selección de*

Por su parte, en la misma revista, Felipe de Vivero, esboza inquietudes adicionales sobre el real impacto que sobre aquellas pueda generar (2008):

“A lo largo de varios años, se hizo una crítica reiterada respecto al error que implicaba considerar que la ley era la que generaba la corrupción y que, por ende, modificándose su texto se lograría evitarla. (...) Sin embargo, contrario a lo afirmado por estos últimos, la Ley 1150 mantuvo como razón de ser la lucha contra la corrupción.

*De conformidad con las citas anteriores, no existe duda alguna acerca de que permaneció como objetivo el que la ley fuera un instrumento de lucha contra la corrupción. Y es allí donde fundamos una de nuestras grandes críticas, pues resulta ingenuo creer que con esta ley se lucha contra la corrupción, lo cual parecería partir de que es la ley la que domina al hombre y no el hombre el que aplica la ley.”*⁶

Por su parte, el sector privado, específicamente los proveedores de bienes y servicios, contratistas de obra pública, han presentado serios reparos a la forma cómo las entidades estatales ha abordado la confección de los riesgos de la actividad contractual, ejemplo de estas preocupaciones se recogen por José

ingenieros consultores. Revista de Ingeniería. Universidad de los Andes, 27, pp. 101-104.

⁶ De Vivero, F. (2008). *La regulación del proceso de selección del consultor: ¿Fuente de inseguridad jurídica?*. Revista de Ingeniería. Universidad de los Andes, 27, pp. 106-112.

Vicente Blanco Restrepo (2008), que a propósito del tema señala:

*“Una gran preocupación se está generándo (sic) entre los contratistas por la forma como las entidades estatales están 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 “aleas normal” (sic) del contrato o “riesgo empresarial”. (...) La norma es absolutamente clara al establecer que los riesgos que deben estimarse, tipificarse y asignarse son sólo (sic) los **previsibles**, (negritas del autor) 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. Pero las entidades parece que pasan por alto 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 (sic) de ocurrencia en el sitio de las obras sean nulas.*

Es por esto que terminan cometiéndose absurdos como por ejemplo 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.

La finalidad de la norma es que el contratista pueda incluir dentro de su estructura de costos los riesgos previsibles que puedan afectar la ejecución de las obras, pero si por esta

*vía las entidades comienzan a trasladarle tanto los riesgos previsibles como los imprevisibles, los precios de las obras se volverían inalcanzables para las entidades estatales (...)*⁷.

Del texto citado, pueden advertirse algunos errores tanto en las entidades estatales referenciadas por el autor, como en lo que el autor indica que no puede considerarse como un riesgo, de allí la necesidad de construir un concepto de riesgo, y de puntualizar los riesgos predicables de los contratos de obra, porque por su naturaleza, son diferentes a los de otras tipologías contractuales, en efecto, las entidades tienen unas matrices estándar, las cuales no varían de acuerdo a la tipología contractual, lo cual es equívoco, porque en la actividad constructiva, hay unos riesgos propios y especiales que deben identificarse.

2. EL CONCEPTO GENÉRICO DE RIESGO

De manera genérica, algunos autores han intentado aproximar un concepto sobre el riesgo en la actividad contractual, se ha dicho que este debe tener las siguientes características, conforme a la definición que se desprende del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007:

- Incierto o aleatorio.
- Concreto.

⁷ Blanco Restrepo, J.V. (2008). *SOBRE LA CONTRATACIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL*. Recuperado de: <http://contratacionestatal.blogspot.com/2008/11/so-be-la-distribucin-de-riesgos-en-la.html> Fecha de consulta: 12/05/2012.

- Lícito.
- De contenido económico.

Así mismo, la norma impone la necesidad la previsibilidad del riesgo, como característica *indispensable*, que ha sido definida por Manuel Sánchez (2009) como: “aquellas circunstancias que en razón a la naturaleza de la actividad, son de posible o de normal ocurrencia”⁸.

Es importante resaltar que esta exigencia de identificación, estimación y asignación de riesgos, se deriva entre otras de los principios de planeación y conmutatividad, en virtud de los cuales debe guardarse reciprocidad o equivalencia de las prestaciones entre los extremos de una relación contractual, y en consecuencia los desequilibrios de la ecuación, deben ser corregidos, evaluando siempre quien asumió el riesgo. Sobre este punto, ha señalado la Corte Constitucional (2001):

“En nuestro derecho positivo, al margen de la previsiones específicas que sobre la materia regulan los artículos 4°, 5°-1, 14-1 y 25 de la Ley 80 de 1993, el artículo 27 de ese mismo ordenamiento, a la manera de cláusula general, fija una fórmula que permite aplicar el principio de la equivalencia económica a todas las situaciones en que se pueda alterar o modificar la relación jurídico contractual por causas ajenas al contratista, (...).

No sobra reseñar, que el ejercicio legítimo de estas funciones confluye en el

⁸ Sánchez C, Manuel. Abogados Consultores & Asociados Ltda. (Ed.) (2009) *Régimen de Contratación Estatal: Modalidad de Licitación Pública*. Bogotá D.C.

objetivo único de reconocer a favor del contratista una indemnización o compensación, o la revisión administrativa o judicial del contrato, en todos aquellos eventos en que se afecte la base económica que ha sido pactada al momento de la celebración del contrato, evitando un enriquecimiento sin causa de la Administración y el empobrecimiento correlativo del particular”⁹.

En esta misma línea, el Consejo de Estado, ha reconocido el restablecimiento del equilibrio económico del contratista, cuando esa ecuación se altera por hechos o eventos no previsibles al momento de la suscripción del acuerdo contractual¹⁰.

Por su parte Becerra (2008), plantea una definición de previsibilidad del riesgo en la contratación estatal “*es previsible todo riesgo que de acuerdo con las reglas de la ciencia, con las experiencias y con los sucesos históricos es susceptible de ocurrir dadas las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se ejecutará un contrato*”¹¹.

Laura Reyes Yunis (2007), cita como antecedente de referencia obligada, el Documento Conpes 3107 de 2001, el cual puede ser considerado, a su juicio, una guía para la realización del ejercicio de asignación del riesgo en la actividad contractual:

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-892 de 2001.

¹⁰ Al respecto puede consultarse Sentencia del 18 de enero de 2012, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Expediente 1997-3489.

¹¹ Becerra,(2008). Ob. Cit. P. 17.

“(…) la ejecución idónea del contrato precisa de la previa determinación de los riesgos que asumirá cada una de las partes en el desarrollo de éste, para lo cual es necesario establecer las reglas y principios que determinarán la distribución de los mismos. En este sentido el artículo 4 de la reforma prescribió la obligación e identificar estas contingencias y asignarlas, pero no determinó los preceptos orientadores del proceso.

Bajo esta perspectiva, considero que encuentran plena aplicación los principios de asignación de riesgos expuestos en el documentos Conpes 3107 tantas veces citado, en el cual se establecieron dos presupuestos orientadores de esta labor: el primero, que la contingencia debe ser asumida por la parte que se encuentre en mejor capacidad de controlarla y administrarla; y, en segundo orden, esta debe ser soportada por aquel contratante que cuente con las mayores herramientas de mitigación del impacto del riesgo¹²”.

A este análisis debe agregarse la previsión conceptual realizada por el DOCUMENTO CONPES 3714 de 2011 citado, que evidenciando la confusión existente entre contratistas y entidades públicas, respecto del concepto de riesgo y los mecanismos para su identificación, estimación y tipificación, realizó varias precisiones conceptuales y metodológicas, luego de un ejercicio de identificación de los más frecuentes errores de las entidades estatales en esta materia, al respecto concluyó (2011):

“Los riesgos previsibles, son todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales. (...) Dichas condiciones deben hacer parte de los estudios y documentos previos del proceso de contratación de acuerdo a lo previsto en la normativa”.

Finalmente, y como referencia para el ejercicio de identificación de riesgos que deben hacer las entidades estatales, el documento Conpes 3714 de 2011 se ocupa de efectuar una clasificación de los riesgos, por su naturaleza:

- Riesgos Económicos.
- Riesgos sociales y políticos.
- Riesgo operacional.
- Riesgos financieros.
- Riesgos regulatorios.
- Riesgo ambiental.
- Riesgo tecnológico.

Aunque el documento CONPES no establece los riesgos por tipología contractual, a partir de esa clasificación, pueden efectuarse análisis para efectuar una aproximación conceptual con ese propósito.

¹² Reyes Yunis, L. (2007). *Ley de contratación administrativa. Reforma a la contratación estatal*. Bogotá D.C. Ed. Universidad del Rosario. P. 66.

3. EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y SUS RIESGOS ESPECIALES

El contrato de obra pública está definido por el artículo 32 numeral 1° de la Ley 80 de 1993, que señala:

“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 (...)”.

Teniendo en cuenta que de su definición se deriva que el contrato de obra pública implica una intervención material sobre inmuebles, este tipo de contratos son por regla general, extensos en el tiempo, y se desarrollan en diferentes fases así mismo, deben tener en cuenta aleas propias de la naturaleza, es por ello, que esta tipología contractual tiene unos riesgos propios y exclusivos, los cuales pueden agruparse en cuatro categorías, según la propuesta del autor Becerra (2008); es de anotar que el Documento Conpes (2011), propone una categorización más amplia, no obstante, se reitera que por la especificidad de la tipología contractual, es conveniente una distribución más puntual y referida exclusivamente a los eventos propios del contrato de obra:

- 1) *“Riesgos en la planeación y la ejecución de la obra”*¹³:

Dentro de esta categoría de riesgos, el autor Becerra Salazar (2008), identifica la entrega tardía

o defectuosa de estudios, diseños y planos.

Al respecto, consideramos que este tipo de riesgos son de alto impacto en la ejecución del contrato, porque es el punto de partida para la actividad constructiva, y deberá ser asignado a aquella parte obligada contractualmente a entregarlo, así si el contrato es de diseño y obra, será responsabilidad del contratista, por el contrario, si el contrato es sólo de obra, deberá la Entidad pública disponer de estos elementos previo al inicio de la ejecución del contrato, e incluso previo al inicio del proceso, al tenor de lo dispuesto por el artículo 25 numeral 12 de la Ley 80 de 1993, en desarrollo del principio de economía.

También ubica el autor citado, dentro de esta categoría, la entrega tardía de predios, o la disputa sobre los mismos, en estos eventos la asignación se realizará tal como se sugirió para el riesgo anterior.

Dentro de esta categoría, plantea Becerra Salazar (2008), que también pueden encontrarse los riesgos asociados a la insuficiencia o defectos en los materiales utilizados para la construcción, este es un riesgo asociado generalmente a la calidad del servicio, y por lo mismo, son usualmente imputados al contratista.

No obstante, la experiencia indica que debe tenerse en cuenta

¹³ Becerra Salazar (2008) Ob. Cit. P. 65.

que en la mitigación del riesgo también debe concurrir la entidad pública, a través de un correcto y acucioso ejercicio de supervisión.

Finalmente, el mismo autor, ubica en esta categoría los relacionados con la mano de obra, entre ellos se encuentran, la insuficiencia de personal calificado, el incumplimiento de subcontratistas, los accidentes de trabajo, entre otros asociados al personal destinado a la obra. Estos riesgos suelen ser asignados al contratista, pues compartiendo el planteamiento del autor, están dentro de la esfera propia de la gestión eficiente de su negocio; no obstante, la mitigación no puede derivarse sólo a garantías, sino que deben procurarse mecanismos adicionales para evitar que estas contingencias impacten los cronogramas y los costos de la obra.

Esta categoría de riesgos descrita, se asocia con lo que denomina el Documento Conpes (2011), como riesgos operacionales, entendiendo estos como *“aquellos riesgos asociados a la operatividad del contrato”*¹⁴.

2) *“Riesgos derivados de la fuerza mayor o el caso fortuito”*¹⁵:

Dentro de esta denominación Becerra Salazar (2008) plantea una subcategorización, para

diferenciar aquellos provenientes exclusivamente de la naturaleza, y aquellos donde media la intervención humana, por cuanto la posibilidad de resistir es mayor cuando estamos frente a los segundos, y en ocasiones los primeros escapan al requisito de previsibilidad que exige la norma, para hacer procedente su estimación, tipificación y asignación.

a. Riesgos de la naturaleza

Estos son los eventos típicamente naturales, donde no media la intervención humana. Sobre estos señala el documento Conpes (2011): *“(…) aunque pueden ser previsibles por su frecuencia o diagnóstico están fuera del control de las partes. Para la determinación de su existencia y/o previsibilidad, se podrá acudir a las autoridades públicas o entidades competentes en la recopilación de datos estadísticos o fuentes oficiales (INSTITUTO AGUSTÍN CODAZZI, INGEOMINAS, IDEAM, ETC).*

*Para el ejercicio de tipificación, estos se refieren a los hechos de la naturaleza que puedan tener un impacto sobre la ejecución del contrato, por ejemplo los temblores, inundaciones, sequías, entre otros, siempre y cuando los mismos puedan preverse.*¹⁶.

¹⁴ Conpes, ob cit. P. 20.

¹⁵ Becerra Salazar, ob. cit. P.71.

¹⁶ Ibid. P. 22.

Para no salirse de la órbita de lo previsible, deberá tenerse en cuenta en el ejercicio de identificación de los riesgos, que algunos de estos hechos de la naturaleza son razonablemente posibles en determinadas zonas del país, de acuerdo con los antecedentes del terreno, así como diversas circunstancias geológicas, entre otras, que deben identificarse en la etapa de estudios y diseños, así por ejemplo, aunque un temblor o terremoto no se puede prever, si hay zonas de intensa actividad sísmica, donde es apenas lógico, contemplar este riesgo.

En los demás eventos, se configuran fenómenos de fuerza mayor o caso fortuito, en los cuales no hay el componente de responsabilidad, porque por su definición, son hechos imprevisibles, tal como lo ha referido el Consejo de Estado, en sentencia del 11 de de Septiembre de 2003, de la Sección Tercera. Exp. 1995-00464-01.

Así mismo, frente al alcance de la fuerza mayor y el caso fortuito, la Corte Constitucional ha retomado, la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema de Justicia: “(...) [*e*]n (*sic*) general, por fuerza mayor o caso fortuito debe entenderse ‘el imprevisto que no es posible resistir, como el naufragio, el terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercido por un funcionario público, etc.’ (Art. 1º Ley 95 de 1890); es claro que estos hechos o

actos, u otros semejantes, que enuncia el legislador, requiere que sean imprevisibles o irresistibles, significando lo primero, un acontecer intempestivo, excepcional o sorpresivo; y lo segundo, imposible, fatal, inevitable de superar en sus consecuencias (Sentencia de revisión de 2 de diciembre de 1987, G.J. t. CLXXXVIII, pág. 332)”¹⁷.

b. Riesgos por actos humanos:

Dentro de esta categoría el autor citado, identifica eventos tales como: la huelga, el paro, la asonada, los ataques terroristas, etc.

Estos son identificados en el Documento Conpes (2011), como “*Riesgos Sociales o Políticos*”.

Estos eventos suelen escapar a la órbita del contratista, y por lo tanto, tal como lo plantea el autor Becerra Salazar (2008), suelen ser asignados a la entidad pública, no obstante, un correcto ejercicio de planeación, tal como lo sugiere el Documento Conpes (2011), debe consultar las fuentes oficiales de la zona, tales como las Fuerzas Armadas, las entidades gubernamentales territoriales, Defensoría del Pueblo, etc, para determinar mecanismos que disminuyan el impacto en la ejecución, en el evento en que ocurran.

¹⁷ Corte Constitucional Sentencia T-019/12.

3) Riesgos “económicos o legales”¹⁸:

Dentro de esta categoría de riesgos, tanto el Documento Conpes (2011), como el autor Becerra Salazar (2008), describen hechos asociados a la iliquidez del contratista, bien sea por problemas financieros al interior de su organización, o por retardo en los pagos por parte de la Entidad pública, así como cambios en los costos asociados (insumos, tasa de cambio, etc). En estos eventos, deberá tenerse en cuenta la causa del hecho, para la imputación, porque debe recordarse que el contratista, debe dentro del proceso selectivo, demostrar una capacidad financiera adecuada para la ejecución del contrato, y es allí donde las entidades deben tener extrema precaución, no sólo en el desarrollo de los términos para el proceso de selección, sino en las condiciones de los pagos, porque tal como se ha evidenciado en diferentes proyectos de importancia nacional, los contratistas han procurado anticipos, para financiar las obras, cuando en principio este tipo de pagos, son extraordinarios, porque se supone que aquellos deben contar con la solidez financiera requerida, que les permita ejecutar con idoneidad la obra.

Por otra parte, conforme al planteamiento de Becerra Salazar (2008), si se trata de eventos

derivados de cambios regulatorios (modificaciones normativas), son normalmente asignados a las entidades públicas, pues otra distribución pondría en peligro el principio de igualdad frente a las cargas públicas, así que normalmente estos eventos, son dilucidados bajo la teoría del hecho del príncipe, la cual tiene abundante desarrollo de la jurisprudencia nacional, pero en todo caso, deberá tenerse en cuenta que el evento debe necesariamente impactar el equilibrio económico del contrato, para que proceda la aplicación de la teoría referida¹⁹.

Finalmente, dentro de esta categoría, el referido texto de Becerra Salazar (2008), ubica el denominado riesgo ambiental, que no se sitúa dentro de los riesgos por hechos de la naturaleza, porque aquí no se trata de los impactos de los hechos de la naturaleza sobre la obra, sino de los impactos de la obra sobre la naturaleza, lo cual tiene un alto impacto y contenido social y económico.

Este tipo de riesgo es denominado por el Documento Conpes (2011), como: “*Las obligaciones que emanan de las licencias ambientales, de los planes de manejo ambiental, de las condiciones ambientales o ecológicas exigidas y de la*

¹⁸ Becerra Salazar (2008), ob. cit. P. 77.

¹⁹ Al respecto, puede consultarse Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera. 18 de Septiembre de 2003. Rad. 15119.

*evolución de las tasas retributivas y de uso del agua. (...)*²⁰.

4) Riesgos financieros y los derivados de la forma de pago:

Aunque se trata de una categoría que no es propuesta puntualmente por el Documento Conpes, ni por el autor pluricitado Becerra Salazar, consideramos importante agrupar una categoría de riesgos asociados a la forma de pago, ya que este elemento es sustancial en la ejecución.

Al respecto se precisa que los contratos de obra pública, suelen contratarse bajo dos tipos de esquemas financieros, a precios unitarios o a precio global. Cuando se trata de contratación a precio global, Becerra Salazar (2008)²¹ señala que deberá tenerse en cuenta la aplicación de lo previsto en el artículo 2060 del Código Civil, y por lo tanto, las variaciones de cantidades no afectarán el precio total de la obra, así las cosas, deberá tenerse en cuenta en la estimación de otras categorías de riesgos anteriores identificados, que algunos de ellos, por la forma de pago, deberán necesariamente imputarse al contratista, ya que los contratos a precio global implican un único valor, sin que importen las cantidades, ni los costos de materiales, ni de personal, entre otros.

²⁰ Ibid. P. 22.

²¹ Becerra Salazar (2008), ob. cit. P. 83.

Así mismo, la Entidad pública, en desarrollo de un correcto ejercicio de planeación, deberá establecer requisitos habilitantes acordes con el objeto y naturaleza del contrato, de tal manera que se garantice contar con proponentes y eventuales adjudicatarios con capacidad suficiente para asumir la ejecución del contrato.

En este sentido, el Decreto 1397 del 29 de junio de 2012, establece las condiciones para la exigencia de la capacidad residual en contratos de obra pública, llamando la atención que el propósito de este requisito habilitante, es contar con un proponente que esté en capacidad de cumplir con las obligaciones contractuales y en especial las de naturaleza financiera.

CONCLUSIONES

El contrato estatal es uno de los instrumentos idóneos para la satisfacción de necesidades públicas, y en este orden de ideas se constituye en un elemento esencial para el desarrollo social y económico. Así mismo, es un instrumento de intervención de la economía, de generación de empleo y por supuesto, herramienta para el cometido de los fines esenciales del Estado, consagrados en la Constitución Política, de allí que su correcta planeación y ejecución revista especial importancia e interés para la academia, para las entidades públicas y para la sociedad en general.

El contrato de obra pública, es por su propia naturaleza uno de los más importantes, dentro de las diferentes tipologías contractuales, y tal como se afirmó en el desarrollo de la presente investigación, suele tener etapas complejas, de larga duración en el tiempo, y con diversos impactos ambientales, económicos, sociales e incluso políticos, de allí que mantener una eficiente ejecución de los recursos públicos que en aquel se invierten es un propósito recientemente ponderado por el legislativo y el ejecutivo, desarrollado a través de la Ley 1150 de 2007, el Decreto Reglamentario 734 de 2012 y los lineamientos de política trazados en el Documento Conpes 3714 de 2011.

Es importante resaltar, que tal como lo anota el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, *“la gestión de riesgos hace parte integral de las buenas prácticas de contratación pública y está enmarcada en las directrices de disciplina y prudencia fiscal”*.

Así las cosas, y conforme a la propuesta metodológica propuesta por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tal como se explicó en detalle en el presente documento, hay categorías especiales de riesgos que pueden impactar la ejecución del contrato de obra pública, partiendo del concepto genérico de riesgo que establece el Documento Conpes *“entendido como todas aquellas circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato, y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo (...)”*.

Los riesgos especiales de los contratos de obra pública, pueden

agruparse en cuatro categorías especiales, sin perjuicio de la ocurrencia de otros eventos que en cada caso, y de acuerdo con las particularidades del contrato, pueden identificarse, a saber:

- 1) Riesgos en la planeación y la ejecución de la obra;
- 2) Riesgos derivados de la fuerza mayor o el caso fortuito;
- 3) Riesgos económicos o legales; y
- 4) Riesgos financieros y los derivados de la forma de pago.

En cada caso, sugerimos una forma de identificación y asignación, por su parte, el Documento Conpes 3714 de 2011, propone una metodología técnica para la estimación en cada caso, que constituye hoy en día el único referente estatal para su realización, debido a la inexistencia de pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema, debido a como se explicó lo reciente de la reforma.

En algunos años podrán realizarse balances sobre la efectividad de la metodología, sobre la base de la reducción de litigios referidos a desequilibrio contractual acaecidos por la ocurrencia de riesgos no identificados desde el inicio de la formación del contrato, así mismo, deberá analizarse la efectividad en la correcta ejecución de las obras, que han iniciado bajo el actual marco normativo, para determinar si este planteamiento técnico ha sido eficaz.

BIBLIOGRAFÍA

Becerra Salazar, A.D. (2008) Los riesgos en la contratación estatal. Bogotá D.C., Editorial Leyer.

Borja Ávila, R. (2009). Estudios jurídicos sobre contratación estatal. Biblioteca Jurídica Fernando Hinestroza V. 1. Bogotá D.C., Grupo Editorial Ibáñez.

De Vivero, F. (2008). La regulación del proceso de selección del consultor: ¿Fuente de inseguridad jurídica?. Revista de Ingeniería. Universidad de los Andes, 27.

Fajardo G., M. (2002). La misión de la contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. Tomo I. Bogotá D.C., Giro Editores Ltda., Dpto. Nacional de Planeación de Colombia.

Palacio H., J.A. (2003). La contratación de las Entidades Estatales. Cuarta Edición. Medellín, Librería Jurídica Sánchez.

Reyes Yunis, L. (2007). Ley de contratación administrativa. Reforma a la contratación estatal. Bogotá D.C. Ed. Universidad del Rosario.

Sánchez C, Manuel. Abogados Consultores & Asociados Ltda. (Ed.) (2009) Régimen de Contratación Estatal: Modalidad de Licitación Pública. Bogotá D.C.

Suárez Montaña, F. (2008) Consecuencias de la Promulgación de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 066 de 2008 para la selección de ingenieros consultores. Revista de Ingeniería. Universidad de los Andes, 27.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Corte Constitucional. (2000) Aclaración de voto a la Sentencia C-037/00 del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia C-892 de 2001.

Corte Constitucional, Sentencia T-019 de 2012.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Corte Suprema de Justicia. (1987).

CONSEJO DE ESTADO

Consejo de Estado. (2003). Radicado 15119.

Consejo de Estado (2003). Expediente 1995-00464-01.

Consejo de Estado (2007). Radicado 1997-04390-01.

Consejo de Estado (2012). Expediente 1997-3489.

FUENTES DE INTERNET

Alcaldía Mayor de Bogotá. (2011). Manual de Riesgos para la contratación estatal.

Recuperado de:<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sig/ProcedimientosYFormatos/MANUALES/2211200MA017.pdf>.

Fecha de consulta: 27/08/2012. Hora: 10:08

Blanco Restrepo, J. V. (2008). SOBRE LA CONTRATACIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Recuperado de: <http://contratacionestatal.blogspot.com/2008/11/sobeladistribucion-de-riesgos-en-la.html>. Fecha de consulta: 12/05/2012. Hora: 11:26

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2011). Metodología de valoración y seguimiento de riesgos en contratos estatales. Bogotá D.C. Recuperado de: [http://www.irc.gov.co/rc/es/riesgo/valoraciondepasivoscontingentes/Manual%20contractual%20\(17-08-2011\).pdf](http://www.irc.gov.co/rc/es/riesgo/valoraciondepasivoscontingentes/Manual%20contractual%20(17-08-2011).pdf). Fecha de consulta: 27/08/2012. Hora: 15:22

Sánchez Valderrama. (2011). De la estimación, tipificación y asignación de riesgos en la contratación estatal. Bogotá D.C. Universidad de la Sabana. Recuperado de: <http://intellectum.unisabana.edu.co:8080/jspui/bitstream/10818/1468/1/DIEGO%20FELIPE%20S%C3%81NCHEZ%20VALDERRAMA.pdf>. Fecha de consulta: 27/08/2012. Hora: 9:13

Consejo Nacional de Política Económica y Social (2011).

Procuraduría General de la Nación. (2011). Memorias del programa de capacitación en participación ciudadana y control social: En la garantía de derechos y en la contratación estatal. Bogotá D.C. Pro-offset Editorial S.A.

DOCUMENTOS

Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento Conpes 3714 de diciembre 2011. Del Riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública.

Consejo Nacional de Política Económica y Social (2001). Documento Conpes 3107. Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura.