

La planificación del riesgo en la etapa precontractual: Factor determinante del desarrollo y del equilibrio económico del contrato estatal



AUTOR

DIANA CAROLINA PEREZ LLANO

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de:

ABOGADA

Director:

EDNA MILENA MORALES VARGAS

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DERECHO

BOGOTÁ, 21 OCTUBRE DE 2020

“La planificación del riesgo en la etapa precontractual: Factor determinante del desarrollo y del equilibrio económico del contrato estatal”

Autor: Pérez Llano Diana Carolina*

Resumen.

El presente ensayo tiene como finalidad determinar la forma en la que una debida planeación del riesgo en la etapa precontractual reduce y mitiga el surgimiento de desequilibrios económicos en la ejecución del contrato estatal. Para ello, se establecerán los antecedentes de la planeación del riesgo, se identificará la jurisprudencia y normatividad, en materia del riesgo previsible dentro del contrato estatal, y finalmente, se justificará cómo un adecuado manejo del riesgo en la etapa precontractual permite la debida ejecución del contrato estatal.

Para desarrollar la planeación y los riesgos contractuales en la apertura contractual, la evolución que ha tenido a lo largo del tiempo, y su introducción en el ordenamiento jurídico, la experiencia de aplicabilidad a través de políticas públicas y leyes nacionales y cómo estas han ocasionado impacto en la administración pública y el interés general, se utilizó el método reflexivo, Para justificar que el adecuado manejo del riesgo en la etapa precontractual permite la debida ejecución del contrato estatal se utilizó el método argumentativo.

Como conclusión, la planeación del contrato y la planificación de los riesgos en la etapa precontractual son factores determinantes para el desarrollo del contrato estatal, estructurado a través de un sistema creado para mitigar y plantear el debido equilibrio económico contractual,

* Estudiante de derecho de la universidad Militar Nueva Granada Quien se encuentra optando a su título de abogada, trabajo de grado como resultado del diplomado en Contratación Estatal email: u0601179@unimilitar.edu.co

logrando satisfacer las necesidades que motivó a la administración para abrir un proceso de selección y satisfaciendo las contingencias que se presenten en la formación del contrato.

Palabras claves: Riesgo, Contrato estatal, planeación

Introducción

El contrato administrativo se consideró, en principio, como un tema lejano al derecho común debido a que todos los contratos celebrados se manejaban por la jurisdicción común o privada y, por lo tanto, había una clara distinción de estos. En ese sentido, las relaciones del Estado con los individuos y con otras entidades estatales estaban a cargo de la administración pública siempre y cuando existiese cláusulas exorbitantes en el contrato. De esta manera, al suscitarse controversias contractuales, no se tenía claridad sobre la jurisdicción competente para resolver.

En Colombia el derecho administrativo estuvo influenciado por el caso Terrier dado en Francia, considerado como un hito importante aplicable en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta que, hay una distinción marcada entre la jurisdicción privada y pública. No obstante, la Constitución de 1991 estableció que 1) la figura de la contratación estatal es por excelencia la forma en que surgen relaciones entre la administración y particulares y otras entidades estatales en materia contractual, y 2) el deber de selección objetiva de oferentes, cuya competencia es la jurisdicción del contencioso administrativo.

Con la creación de la ley 80 de 1993 como nuevo estatuto de contratación, se estableció el principio de equilibrio económico, el cual rige la contratación y mantiene viva la relación de contratante con contratado para llevar a cabo la ejecución del contrato de manera satisfactoria. El equilibrio económico del contrato implica que la debida planeación del contrato, la asignación tipificación y estimación de los riesgos previsible para la optimización de los recursos públicos y así evitar las controversias en etapas posteriores porque se dio paso a la creación de una política donde se permite desarrollar la adecuada identificación de riesgos, coberturas y la planeación con garantías de calidad desde el inicio hasta la liquidación del contrato.

Mediante este ensayo, se pretende identificar los antecedentes de la planeación del riesgo, identificar la jurisprudencia y normatividad, en materia del riesgo previsible dentro del contrato

estatal y justificar como un adecuado manejo del riesgo en la etapa precontractual permite la debida ejecución del contrato estatal.

Pregunta Problema:

¿Cómo incide la planeación y distribución del riesgo del período precontractual, en la mitigación de desequilibrios económicos dentro de la ejecución del contrato estatal?

Objetivo general

Determinar de qué forma, una debida planeación del riesgo en la etapa precontractual reduce y mitiga el surgimiento de desequilibrios económicos en la ejecución del contrato estatal.

Objetivos específicos:

- Establecer los antecedentes de la planeación del riesgo en el desarrollo del contrato estatal.
- Analizar el régimen jurídico, en materia del riesgo previsible dentro del contrato estatal.
- Evidenciar cómo un adecuado manejo del riesgo en la etapa precontractual permite la debida ejecución del contrato estatal.

Tipo de documento

Tipo de documento descriptivo porque se propone detallar o determinar dentro de la etapa precontractual la debida planeación del riesgo, la forma de mitigación para evitar el surgimiento de desequilibrios económicos al momento de empezar a desarrollar el contrato estatal y argumentativo porque se establecerán antecedentes que lleve argumentar la planeación del riesgo, a través de identificación de jurisprudencia y normatividad en materia de riesgo previsible dentro de la etapa precontractual y contractual del contrato.

Discusión

La República Colombia, como Estado social de derecho emanado de la Constitución Política de 1991, bajo sus principios orientadores reflejados en la prestación del servicio público de manera eficaz, donde establecen cargas al Estado que son objeto fundamental de su actividad. según Matallana (2015), El artículo 209 al referirse a la función administrativa, impone a las entidades estatales que están al servicio de los intereses generales el deber desarrollar sus funciones con fundamento en principios de igualdad, celeridad, economía, eficacia para cumplir los fines del Estado.

Para cumplir con dichas cargas, el Estado utiliza la contratación estatal como mecanismo de interacción con los particulares y el deber de selección objetiva en cada una de las actuaciones contractuales de las entidades públicas, por cuanto su aplicación no depende de la simple voluntad de la administración contratante “sino de la observancia de un procedimiento establecido por la ley encaminado a la materialización y expresión de la voluntad administrativa” (Escobar Gil, 1999, p 145).

Dentro de los análisis previos y especificaciones respecto a selección del contratante para la ejecución del contrato administrativo se establece un reglamento que será creado por los pliegos de condiciones de los cuales la doctrina y jurisprudencia del consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

El pliego de condiciones es un acto unilateral proferido por la entidad pública, con efectos jurídicos propios tanto en el proceso de selección del contratista como en los posteriores de celebración y ejecución del contrato; reglamenta las relaciones de quienes participan en el primero; es fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerdan y se ejecutan en los últimos; de allí que su naturaleza corresponda a la de un acto administrativo general. (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, (1 de agosto de 1991) Sentencia CE-SEC3- (CP Juan De Dios Hernández)

Según la doctrina, los pliegos de condiciones de condiciones deben expresar ontológicamente, los principios que rigen tanto la contratación estatal como aquellos que orientan la función administrativa, consagrados en los artículos 209 de la Constitución Política de Colombia y la ley 9 de 489 de 1998, procurando materializar la legítima aspiración colectiva según la cual el Estado, a través de esta herramienta de acción y de gestión administrativa, alcance la satisfacción de sus cometidos consagrados en el artículo 2 superior, en un contexto en

que todos aquellos colaboradores contratistas, a partir del presupuesto de una debida planeación, concurren al llamado de las entidades estatales, bajo la premisa de que en cada proceso de selección se harán tangibles los principios de responsabilidad, libertad de concurrencia, publicidad, transparencia, lealtad e igual, entre otros, y en este escenario, impregnado de tensiones que naturalmente se expresan en todo evento de sana contienda, el Estado logre objetivamente seleccionar la oferta más favorable a sus intereses, de conformidad con criterios de evaluación y ponderación adecuados, razonables y proporcionales.(González López, el pliego de condiciones en la contratación estatal, universidad externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2010,p. 43.)

Respecto del origen y antecedentes de la planeación dentro del contenido de los pliegos de condiciones del contrato estatal Expósito (2003) ha indicado que la planeación no solamente contiene las etapas anteriores al inicio del procedimiento de selección de contratistas por procedimientos de selección tradicional o excepcionales a la regla general de la convocatoria pública, sino además consagra las especificaciones de estos y su desarrollo hasta el acto de adjudicación. Según Dávila (2016) la administración requiere realizar un análisis previo tanto técnico como de mercado, con el fin de determinar la prioridad del contrato, los lineamientos y finalidades de su elaboración, la organización presupuestal y económica correspondiente a la magnitud del proyecto, la determinación de los riesgos previsibles y el nivel de alcance de los proyectos.

Sobre los análisis técnicos y de mercado la asignación de riesgos en el contrato, se considera que se debe “promover la ejecución de los proyectos a tiempo dentro del presupuesto estimado, sin sacrificar calidad”. (Benavides 2015)

La literatura internacional ha dilucidado el riesgo en la doctrina francesa El “Consejo de Estado Francés (1910) citado por Libardo Rodríguez (2011)

“Se manifestó respecto a la esencia de toda concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que le son procuradas al concesionario y las cargas que le son impuestas. Las ventajas y las cargas deben balancearse de manera de contrapesar los beneficios probables y las pérdidas previstas”.

El tribunal supremo (1988) citado por Joaquín Tornos (2017, p 373) España, la construcción de la teoría del riesgo tiene una base doctrinaria conectada con la cláusula *rebus sic stantibus* “estando así las cosas”, la cual nació en la jurisprudencia del tribunal supremo de España como consecuencia de la crisis económica que azotó al país en los años 2007 a 2015 que llevó a muchos contratistas a revisar el contenido de los contratos.

La jurisprudencia española ha sido enfática en conceptualizar el riesgo con el principio de equilibrio económico del contrato estatal como:

el equilibrio financiero en cualquier concesión es una fórmula excepcional que debe coordinarse con el principio de riesgo y ventura al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario, un seguro total que garantice al concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa y los traslade a la administración en su integridad vendría a restablecer un equilibrio.(Tribunal Supremo de Justicia español, Sala de lo Contencioso de lo administrativo, Sentencia del 25 de abril de 1986)

En Colombia, la concepción de riesgo fue desarrollada en el año 1993 a través de la ley 80, estableciendo en su artículo 27 que “el riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable en condiciones normales”. De acuerdo con lo anterior, el riesgo no es transferible o transable entre las partes.

El concepto de riesgo continuó su desarrollo en el artículo 4 de la ley 1150 del 2007, expresando que, “se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato pueden alterar el equilibrio económico contractual”. Fortaleciéndose en el decreto 734 del 2012 que sustenta el riesgo en el principio de equilibrio económico, el cual permite que las cargas entre las partes estén balanceadas y mantenidas en la ejecución del contrato.

El **decreto 734 de 2012** determinó la previsibilidad del riesgo, en el desarrollo de la concepción del contrato, donde las obligaciones de las partes permanecían inmóviles si llegaran a fallar las normas o los principios que fundamentaron la ejecución y satisfacción de este.

Esta norma fue derogada por el **decreto 1510 de 2013** donde se planteó el riesgo como un evento que podría llegar a generar efectos adversos en distintas magnitudes en el logro y

satisfacción en el proceso de contratación siendo este el conjunto de actividades desarrolladas o adelantadas por la entidad estatal. Estas actividades iniciarán en una etapa precontractual que contendría la planeación, dando estabilidad, mantenimiento y garantías de calidad a las partes del contrato y para lograr lo contratado a satisfacción el contrato celebrado. dicho concepto lo regulaba el sistema de compras y contratación pública.

El **decreto 1082 de 2015** intenta definirlo, sin embargo, no es clara su noción, teniendo en cuenta que no establece la previsibilidad de este. Asimismo, no prevé que el riesgo puede perturbar de manera grave y significativa el equilibrio económico del contrato, pues refleja la ausencia total de identificación y asignación del riesgo entre las partes, quedando inmóvil la ejecución o la iniciación del contrato, pues su manejo se confió a normas y principios creadas por el legislador que no dieron base para soportar las obligaciones emanadas del mismo. Al respecto, Benavides (2015) manifiesta que “el equilibrio se explica a la luz de la necesidad de la conservación de las condiciones inicialmente establecidas por las partes y se conecta con el principio de responsabilidad” (p.126 y 127).

El manejo del riesgo se dio desde una gestión implícita que partía de una división bilateral de limitación y configuración concreta del mismo, en el cual no se asumió un porcentaje, sino una distribución implícita de los riesgos derivado de ausencia de norma positiva donde las partes de una manera equitativa soportan los efectos nocivos que se derivan del contrato celebrado para realizar un verdadero ejercicio de gestión del riesgo, estipulado así en el manual de Colombia compra eficiente.

El Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), fijaba pautas, orientaciones y consejos para ser aplicados en el desarrollo del contrato, cuyos efectos no eran vinculantes. Esto ocasionó una preocupación fuerte en la administración, lo cual permitió que se desarrollará el Decreto 423 del 14 de marzo de 2001 donde se incluirían las disposiciones generales para crear una política de riesgo contractual de la administración, sometiendo a las entidades estatales a un régimen, que estaría formado por los principios e instrucciones que el gobierno estipula convenientes.

El diseño de esta política estaría orientado por CONPES, donde le designaría a las entidades asumir los riesgos propios de su carácter público y cumpliendo con el objeto social para el cual fueron creadas. Estas orientaciones son directrices de deben seguir las entidades para

estructurar proyectos con participación de capital privado y público en infraestructura, y de manera específica, en los riesgos que las partes puedan asumir contractualmente para cumplir sus obligaciones.

Los documentos CONPES consagraron la política de riesgo, estableciendo procedimientos para su tratamiento y distribución a la parte que mejor lo pueda tratar, evaluar, controlar y administrar. por otro lado, dispone de un mecanismo satisfactorio para la protección, mitigación y, diversificación de este, permitiendo reducir costos.

Esta política permitiría controlar los malos manejos que interrumpieron la debida ejecución del contrato, desarrollando la forma de tratar los riesgos en los contratos administrativos. Consolidando un régimen específico de distribución, establecido en el artículo 4 de la ley 1150 del 2007 de la siguiente manera:

La gestión explícita del riesgo donde obligará a las entidades estatales incluir en sus pliegos de condiciones la estimación, tipificación y asignación de riesgo donde tanto la entidad contratante como el contratista tiene la ineludible obligación de configurar bilateralmente el riesgo y determinar el manejo y administración que se le dará, evaluando el perjuicio que pueda ocasionar a la ecuación contractual.

Esta normatividad consagra un ejercicio de negociación entre las partes, donde se ordenó revisar y establecer de manera definitiva, bajo su autonomía, la distribución de riesgos. Al respecto, CONPES recomendó a las entidades crear su propia metodología de valoración del riesgo y trazar unos lineamientos generales que le permita crear una matriz de riesgo.

Colombia Compra Eficiente recomienda una matriz que incluye todos los Riesgos identificados del Proceso de Contratación. Estableciendo su clasificación, probabilidad de ocurrencia estimada, el impacto que pueda tener, la parte que debe asumirlo, los tratamientos que se puedan realizar y las características del monitoreo más adecuado para administrarlo. Los aspectos a tener en cuenta para estructurar una matriz eficiente es revisar los eventos que alteren la ejecución del contrato, el equilibrio económico, la eficacia del proceso de contratación y lo más importante el mejoramiento del plan de contingencias para reducir la posibilidad de litigios.

Jurisprudencia respecto del riesgo en el contrato estatal

Según González Rodríguez (1990) la distinción jurisdiccional se debe a la célebre decisión contenida en el Fallo Terrier de 1903, en el cual, el Estado francés señaló el contrato estatal como toda acción emanada de la voluntad del Estado de la jurisdicción administrativa, pero lo que respecta a la organización, manejo de los servicios públicos y el precio que debía pagar la administración a su cocontratante por la ejecución de las prestaciones pactadas. Dicha distinción no tomó fuerza hasta que se empezó a reconocer y regular las cláusulas exorbitantes del contrato común del derecho privado, donde se pusiera en riesgo el desarrollo del contrato con la entidad administrativa.

Respecto al desarrollo del contrato, el principio de riesgo y ventura en el contrato administrativo se constituye por:

Todos los supuestos de aumento del costo del contrato por cualquier causa, y la posibilidad de reconocer el efecto de las modificaciones en las condiciones contractuales se limitaba a casos excepcionales derivados del aumento de las prestaciones por orden de la administración. (Rodríguez, (2012) El equilibrio económico en los contratos administrativos. Bogotá Colombia, Temis).

A su vez, Colombia ha tenido una evolución en su jurisprudencia respecto de los vínculos contractuales de la administración, en la cual la relación de particular con entidad estatal se manejaba por la jurisdicción ordinaria, desconociendo totalmente la jurisdicción administrativa. Durante el siglo XX se reconoció la jurisdicción administrativa y comenzó a predominar el criterio de los actos de autoridad y de gestión, al momento de repartir competencias en materia de contratación estatal. (González Rodríguez, 1990)

El primer antecedente normativo sobre el riesgo en Colombia se da con la expedición de la ley 4 de 1964 artículo 11, donde dicta: “En los contratos a que se refiere el literal a) del artículo 2º, se pactará revisiones periódicas del precio alzado o de los precios unitarios, en función de toda variación de cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos”.

Posteriormente, con el surgimiento de la ley 36 de 1966 se dispuso el riesgo como todo reajuste de precios, cambios de especificaciones y otras causas imprevistas cláusulas que modifican el contrato celebrado y cualquier cambio necesita un contrato adicional.

La figura del riesgo en el contrato estatal se reconoció en los años setentas, en la cual el Consejo de Estado (1970) afirmó que el contrato administrativo se caracteriza por la existencia de cláusulas exorbitantes relacionada con el derecho común o la subordinación jurídica del particular a la administración. Sin embargo, en 1972, el Consejo de Estado, en ejercicio de su función meramente consultiva manifestó que:

El régimen jurídico del contrato administrativo descansa sobre dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia en favor de la administración de prerrogativas exorbitantes de derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del contratante respecto del equilibrio financiero considerado en el contrato.

A partir de entonces, se crea el decreto-ley 150 de 1976, uno de los primeros estatutos de contratación de la administración pública en Colombia, el cual prevé que la revisión periódica de los precios en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos.

Los primeros inicios del Consejo de Estado sobre la teoría del equilibrio económico en los contratos estatales se dieron en 1979. En este precedente manifestó que “el equilibrio económico es un sistema bastante práctico y equitativo que busca mantener el equilibrio entre las obligaciones y deberes de las partes, de común acuerdo y sin injerencias ajenas que puedan entorpecer y demorar su solución oportuna” (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección Tercera (6 de Junio de 1979) Sentencia 561-CE-SEC3-1979-06-18-(CP Osvaldo Abello Noguera).

Posterior a la jurisprudencia del consejo de Estado, la ley 19 de 1982, en sus artículos 6 y 8, consagró de forma mucho más expresa la figura del equilibrio contractual, al disponer que; una parte en caso de modificación de los contratos administrativos, ordenada por la misma administración por razón de interés general, que le generará mayores costos al contratista, éste tendrá derecho a que la administración se los reembolsará.

A su vez, el decreto -ley 222 de 1983, expedido con base en las facultades extraordinaria conferidas por la ley 19 de 1982, avanzó aún más en la consolidación de la aceptación del principio del equilibrio económico del contrato administrativo, bajo las disposiciones más importantes para su aplicación: i) cuando por interés público se hiciera indispensable la modificación de los contratos administrativos, entre otros requisitos, las entidades estatales

debían respetar las ventajas económicas que hubieren entregado al contratista, guardar el equilibrio financiero del contrato y reconocer al contratista los nuevos costos provenientes de la alteración. ii) pactarse la revisión periódica de precios teniendo en cuenta las variaciones que ocurrieran en los factores determinantes de los costos.

La jurisprudencia de lo contencioso administrativo siguió avanzando en su intervención en 1986, pronunciándose de la siguiente manera: “respecto a la calidad y derechos del cocontratante de la administración, en su calidad de colaborador de esta, cuestión que se traduce en el mantenimiento de las condiciones pactadas, es decir, en el mantenimiento del equilibrio económico del contrato”. (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección Tercera (4 de septiembre de 1986), expediente 1.677). “Con posterioridad siguiendo un mandato constitucional y con la finalidad de mejorar la normatividad del decreto-ley 222 de 1983, el congreso de la República expidió la ley 80 de 1993, como nuevo estatuto de contratación con la administración pública”. (Betancur, 1993, p 97)

Entre los aportes del nuevo estatuto de contratación se resalta el amplio reconocimiento de derechos de los cocontratantes, sin embargo, Matallana (2015) constata la regulación de la forma de presentación y evaluación de propuestas de los oferentes como procedimiento objetivo y transparente, cerrando el paso a cualquier consideración discriminatoria que puedan llevar a cabo las autoridades dentro de un proceso licitatorio. en efecto, la citada ley consagra, de manera amplia en su artículo 27, como un verdadero principio de la contratación administrativa, el de la ecuación contractual en los siguientes términos:

en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, según el caso, si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

En concordancia con el principio de la ecuación contractual y el equilibrio el Consejo de Estado estableció:

El equilibrio económico del contrato comporta para el contratista una compensación integral, completa, plena y razonable, de todos aquellos mayores costos en los que debió

de incurrir para lograr la ejecución del contrato. la pérdida del equilibrio financiero del contrato, situación que implica, en principio, para la entidad contratante, una obligación legal, contractual y jurídica de tomar las medidas necesarias para recuperarlo. (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección Tercera (9 de mayo de 1996) Sentencia CE-SEC3-EXP 1996-N 10151-(CP Daniel Suárez Hernández)

El concepto del equilibrio económico o financiero del contrato nació de la jurisprudencia y de la doctrina como una necesidad de proteger el aspecto económico del contrato, frente a las distintas variables que podrían afectar para garantizar al contratante y al contratista el recibo del beneficio pactado. Respecto del contratista, dicho equilibrio implica que el valor económico convenido como retribución o remuneración a la ejecución perfecta de sus obligaciones debe ser correspondiente, por equivalente, al que recibirá como contraprestación a su ejecución del objeto del contrato; si no es así surge, en principio, su derecho a solicitar la restitución de tal equilibrio, siempre y cuando tal ruptura no obedezca a situaciones que le sean imputables. (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección Tercera (24 febrero 2002) Sentencia -13001-23-31-000-1991-7829-01, (CP María Helena Giraldo Gómez).

La asignación de los riesgos en los contratos estatales se ha manifestado a través de la figura del equilibrio contractual, toda vez que se configuran los derechos de los cocontratantes y en el desarrollo del objeto del contrato, como se ha venido explicando desde los precedentes a la reciente legislación contractual. de hecho, con la expedición de la ley 1150 de 2007 se logró crear una política de distribución de riesgos previsibles, para los efectos previsibles en el artículo 4 de la ley se expresa:

Se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que, de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio económico del contrato, siendo el riesgo previsible en la medida que sea identificable y cuantificable.

La construcción y el desarrollo de la definición legal del riesgo no ha sido una noción acertada en el nuestra legislación, pero actualmente el decreto 1082 de 2015 define el riesgo como el “evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del proceso de contratación o en la ejecución de un contrato” (Decreto 1082, 2015,

art. 2.2.1.1.1.3.1), este concepto permite entender como la distribución de los riesgos son implícitos al desarrollo del contrato y de qué manera las partes deben soportar los efectos nocivos que se derivan del contrato celebrado emanado esto de las obligaciones que se han adquirido.

En los últimos y más recientes pronunciamientos del Consejo de Estado respecto del equilibrio contractual se ha manifestado:

Acá es preciso recordar que la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalgia funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su cocontratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.(Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección Tercera (13 de noviembre de 2018) Sentencia 25000-23-26-000-2006-00845-01(36862)-(CP Carlos Alberto Zambrano Barrera)

Manejo del riesgo

La planificación del riesgo en la etapa precontractual inicia desde el procedimiento de selección del contratista o de la celebración del contrato en el caso de contratación directa, esto para dar aplicación a los principios de legalidad y eficacia a la relación de obligaciones y derechos que se va a llevar a cabo. El contrato estatal “es esencialmente formalista en atención de certeza, claridad y seguridad, de modo que acá no opera el principio de la libertad de forma de manifestación del consentimiento para efectos de la celebración y configuración de este.” (Expósito, 2013, p, 28).

Al momento de la administración escoger al mejor oferente, ha recurrido a ciertos análisis previos para cubrir la necesidad y desarrollar las especificaciones necesarias para el contrato, dichos análisis suponen adelantar estudios previos, técnicos y los que se crean

necesarios para la elaboración de unos pliegos de condiciones que puedan certificar el buen desarrollo de un contrato administrativo según el artículo 8 de la ley 1150 de 2007 los pliegos de condiciones se realizan:

Con el propósito de suministrar al público en general de la información que le permita formular observaciones a su contenido, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento. la información publicada debe ser veraz, responsable ecuaníme, suficiente y oportuna. (Ley 1150,2007, art 8)

Los pliegos de condiciones deben contener el objeto por contratar que contiene la necesidad de manera determinada, el proceso de selección usado por la entidad, fundamento del proceso de selección; condiciones de presupuesto oficial o valor estimado del posible contrato a realizar, la justificación de los factores de selección, que se entiende a criterios a tener en cuenta al momento de ponderar y por último y lo que nos concierne en este punto es la distribución y asignación de riesgos (Ley 1150, 2007, art. 6).

Dichos análisis que supone la entidad administrativa adelantan son los lineamientos y finalidades de elaboración; la obtención de permisos y licencias de ley si así se requiere con el fin de evitar un conflicto con las labores propias de la entidad contratante; y principalmente, la delimitación de un presupuesto acorde con la realidad económica y correspondiente con la magnitud del contrato. Los riesgos previsible que se establecen en minutas para realizar el seguimiento por parte del contratista permiten que se mitiguen los errores u omisiones en la etapa contractual, que pueda afectar el desarrollo del contrato al presentarse alteraciones económicas mayor de las previstas que den paso al rompimiento del equilibrio económico. (Manual de buenas prácticas para la contratación pública, Bogotá, Departamento Nacional de planeación, 2004, p.9).

Según Dávila (2001) antes del conocimiento público de los procesos de selección, existe una fase preparatoria en la que interviene exclusivamente la administración, donde lo que se trata de realizar es lo necesario para que una vez seleccionado el contratista y celebrado el contrato, pueda ejecutarse de manera inmediata, evitando demoras por la ausencia de requisitos o condiciones necesarias para el cumplimiento del objeto. (p.195)

Respecto a los estudios y análisis previos, realizados por la administración, se estaría desarrollando un principio de oportunidad y de conveniencia para ejecutar un contrato en específico, toda vez que se están determinando las consecuencias fácticas y patrimoniales de su ejecución. (Expósito, 2013, p, 50).

El adecuado manejo del riesgo dentro de la planeación del contrato permite el desarrollo satisfactorio, toda vez que la administración lleva consigo una responsabilidad de prevención de enormes despilfarros del patrimonio público y la afectación de la prestación de servicios a su cargo, respondiendo a los principios de la contratación estatal siendo transparencia, economía y la eficacia.

La transparencia como principio, es el desarrollo del derecho a la igualdad, en donde todos los ciudadanos tienen el derecho al libre acceso de oportunidades y beneficios que ofrece el Estado de establecer reglas restrictivas que no estén plenamente justificadas por el interés general. A mayor número de oferentes, mayores posibilidades del Estado obtener la oferta más conveniente para la administración. (Consejo de Estado, Concepto (13 de mayo de 1967) - (CP Alberto Hernández Mora), citado por Rodrigo Escobar.

Respecto al principio de economía, pone de presente que el administrador estará obligado en las diversas etapas contractuales a no dar lugar a trámites o requisitos distintos a los contemplados expresamente, y de otro lado que los tramites contractuales habrá que adelantarse con austeridad de medios, tiempo y gastos a fin de no retardar la ejecución de obras o servicios y no perjudicar los intereses del Estado o del mismo contratista (Ley 80, 1993, art. 25).

La eficacia como uno de los principios enunciados se puede observar desde dos puntos de vista, por una parte se considera que el contrato estatal es eficaz cuando el mismo cumple propósitos públicos es decir, que su objetivo sea a garantizar el suministro de bienes y servicios que realmente requiera o necesite el Estado para el desarrollo del Estado social de derecho, por lo tanto, el contrato estatal debe estar asociado a una meta, objetivo, estrategia de un plan de Desarrollo cuando se trata de la ejecución de proyectos de inversión pública. El otro punto de vista de la eficacia se encuentra ya en el procedimiento de selección del contratista, en donde el Estado debe actuar de manera diligente y cuidadosa para lograr generar interés en los particulares de sus negocios, garantizando una adecuada concurrencia al

proceso para que esa alta participación le permite escoger entre todos, el mejor. (Matallana, 2015, pp, 71,72).

Dando una debida aplicación de los principios antes mencionados supone el cumplimiento de un deber legal respecto a los estudios y análisis previos mencionados, realizados por la administración, asegurando una idoneidad de la evaluación objetiva de los oferentes y propiciar decisiones objetivas desarrollando un principio de oportunidad y de conveniencia para ejecutar un contrato en específico, toda vez que se están determinando las consecuencias fácticas y patrimoniales de su ejecución.(Exposito,2013, p,50).

A forma de conclusión como se ha referido anteriormente el contrato estatal se caracteriza por no contar con la libertad de consentimiento de las partes, pues está sometido al imperio de unas condiciones dadas por la administración que según Santaella (2005) busca dar seguridad jurídica a lo pactado. Donde está mezclado las obligaciones y los deberes del contratante y el contratado y se resalta la importancia de los estudios previos para lograr el desarrollo del contrato en su totalidad dentro de los pliegos de condiciones, donde se tiene que prever los riesgos que se llegaran a presentar en el desarrollo del contrato con una debida valoración por cada una de las partes, ya que se tiene que considerar la mejor manera de mitigar los eventos que perjudiquen o desnaturalice el fin principal de celebración.

Esta prevención de riesgos en los estudios se da a través de mecanismos instaurados por las mismas partes y se deja expresado de manera clara la manera de distribución y calificación de cada uno, donde se muestra en gran plenitud no solo de forma cualitativa es decir expresado en forma descriptivo, sino también de forma cuantitativa que sería la materialización del riesgo en sí, estos escenarios son donde las partes juegan un papel importante para garantizar los derechos que se tienen en el ejercicio razonable de la configuración del riesgo y se cumplen con los principios de la contratación estatal economía, transparencia y eficacia.

La planeación y distribución del riesgo en un período precontractual.

Al ubicarnos en la etapa precontractual, (Matallana,2015) expone que el no cumplimiento de la obligación legal de elaborar unos adecuados estudios previos puede tener incidencias en el proceso de evaluación de las propuestas por cuanto impide la comparación subjetiva de este;

lo mismo que, si la entidad decide modificar durante el plazo de la licitación las especificaciones técnicas, igualmente violaría el principio de selección objetiva y el principio de igualdad, lo que podría conducir (p.422) a “la nulidad de la adjudicación del contrato toda vez que genera desequilibrio y la responsabilidad le es imputada a la administración”(Matallana,2001,pp 343 a 367).

La “planeación en términos generales, es la elección de gestiones, objetivos, estrategias, lineamientos, esquemas y procedimientos para lograr estos a partir de la adopción de un conjunto de medidas, así como la selección de un curso entre varias alternativas” (Expósito, 2013, P, 52).

Por otro lado, el Consejo de Estado expuso la planeación como,

La base de las funciones administrativas, ya que da lugar a que las demás funciones se puedan realizar; consiste en determinar por anticipado las metas y objetivos que se quieren cumplir, y además definir las tácticas para llegar allí, por lo cual es considerado el modelo teórico para actuar en el futuro (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección Tercera, Sentencia 1 de junio de 1995, expediente 7.326).

La falta de realizar una debida planeación o no realizarla trae consigo consecuencias que obstruyen el desarrollo del debido contrato celebrado, dando un posible paso al despilfarro público. Toda vez que, afecta la economía de la administración al soportar la carga en su totalidad por la falta del debido cuidado al prever lo previsible, es decir los riesgos y las cargas para cada parte, dándose una ruptura del equilibrio económico, siendo este:

Un principio consagrado por el legislador y avalado por la jurisprudencia y doctrina como un remedio que, de manera anticipada, ya prevé no sólo las alteraciones a que puede verse expuesto un contrato cuya ejecución se difiere en largos periodos, sino también determina la solución de esos trastornos. (Verano Henao, Sandra Patricia. “La distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio financiero”, en Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba (editores académicos), Contratos públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII

Jornadas de Derecho Administrativo (p.566), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017).

El equilibrio es una respuesta a las acciones propias desarrolladas en el contrato estatal, el mantenerlo es deber de la administración al momento de:

Configurar bilateralmente el riesgo y determinar el manejo y administración que le darán, obligación que se traduce en identificar los riesgos dándoles un valor o la estimación del perjuicio que pueden ocasionar a la ecuación contractual y en asignarlos a la parte que esté en mejores condiciones de conocerlo, mitigarlo y administrarlo. (Verano Henao, Sandra Patricia. “La distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio financiero”, en Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba (editores académicos), Contratos públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas de Derecho Administrativo (p.558), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017).

Al hablar de distribución del riesgo y planeación debida se refiere a quien va a asumir la carga contractual donde se apunta a establecer cómo y quién va a soportar la pérdida de la ventaja prevista por las partes en el contrato. y en efecto para (Expósito. 2013, p. 138) hablar de la duración del contrato comprende el tiempo desde el cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato hasta la fecha de la liquidación de este con una finalidad clara, el perseguir el interés general, produciendo plenos efectos jurídicos entre las partes contratantes.

A forma de conclusión la mala gestión de la planeación no solo afecta la economía del contrato, sino también se muestra la debilidad que se tuvo por parte de las partes al momento de celebrar el contrato pues no configuraron uno de los componentes esenciales a establecer dentro del mismo, como lo es el modelo de matriz las condiciones y obligaciones, donde se hagan reales las ocurrencias y pasos del desarrollo contractual, presentándose entonces sucesos no medibles e imprevisibles en rangos de gravedad, siendo estos altos, bajos y medios que traería como consecuencia la alteración de la ecuación contractual y la configuración de una débil planeación. Requiriendo así por parte de las entidades unos modelos que cuantifiquen la materialización de estos.

Conclusiones

De acuerdo con la formación del contrato administrativo dentro de la jurisdicción pública, y la órbita interna colombiana se ha tenido una evolución a tal punto que se ve de manera clara las distinciones con el contrato privado, toda vez que cuenta con cláusulas exorbitantes que lo caracterizan. Al formarse el contrato como respuesta a una necesidad de interés general emanada de una entidad estatal, se ve reflejada la condición de superioridad del Estado a través de las entidades administrativas ya que implementan procedimientos, estudios o sistemas para llevar a cabo dicha necesidad. Los estudios realizados cuentan con criterios que permiten de manera clara observar y especificar los puntos a tener en cuenta para desarrollar de manera eficiente y transparente el contrato, toda vez que permite condicionar las normas o reglas respecto de cada uno, como lo serían las condiciones económicas, técnicas, jurídicas, respaldado esto por el aval de la administración y seguido por el oferente para optar por ganar el contrato a desarrollar, de esto nace los pliegos de condiciones donde se especifica lo anterior mencionado.

Se ha logrado evidenciar en la celebración de contratos la debilidad de estimación, tipificación y valoración de los riesgos previsible ya que se insiste en diferenciar los riesgos como por ejemplo los que tienen origen en la esfera de la administración pública, es decir emanados de las entidades por sus diferentes condiciones en el poder, los riesgos propios que nacen de la constitución del contrato y un tercero los riesgos ajenos a las dos partes. esta clasificación deja en inestabilidad la aplicabilidad de la matriz de riesgo sugerida, toda vez que la administración determina la asignación del riesgo de manera general y no se centra en fortalecer los campos de cada tipo de riesgo dentro contrato en específico, asignando el riesgo a quien sea capaz de influenciar la probabilidad de ocurrencia o el que pudiese lidiar con la situación presentada, esto a través de parámetros de buenas prácticas donde estas están condicionadas al arbitrio del tipo de contrato y el trabajo a desarrollar creyendo cumplir con la prevención y debida tipificación pero sin muchas veces lograrlo ya que el fin de mantener el equilibrio contractual se ve obstruido a la espera es los requisitos de disposiciones básicas para continuar con el desarrollo en etapa de ejecución del contrato, dejando la etapa precontractual y de planeación.

Una posible inestabilidad que se verá manifestada en el transcurso del contrato y en la evaluación de los riesgos y obligaciones contingentes el uso de una herramienta o mecanismo de revisión eficiente y propuesto de manera objetiva y general por la administración permitiría que

la aplicación de la gestión del riesgo superara la debilidad de las entidades al momento de manera subjetiva formular modelos o matrices sugeridas por los documentos de Colombia compra eficiente , evitando de manera generalizada la perdida de grandes cantidades de dineros, por la graduación de los riesgos en alto medio y bajo de manera generalizada configurando problemas que demuestran la ausencia de una debida planeación contractual, la aplicación de una matriz general en los contratos estatales cubre la necesidad de la creación o aplicación de una política de distribución de riesgo eficiente pues impondría modelos que matemáticamente ya serian cuantificables a los riesgos ya planteados.

Referencias Bibliográficas

Benavides J. (2004). El contrato estatal. entre el derecho público y el derecho privado, 2da ed. Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia.

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección Tercera (6 de junio de 1979) Sentencia 561-CE-SEC3-1979-06-18- (CP Osvaldo Abello Noguera).

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección Tercera (24 febrero 2002) Sentencia -13001-23-31-000-1991-7829-01, (CP María Helena Giraldo Gómez).

Consejo de Estado, Concepto (13 de mayo de 1967) - (CP Alberto Hernández Mora), citado por Rodrigo Escobar.

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección Tercera (6 de junio de 1979) Sentencia 561-CE-SEC3-1979-06-18- (CP Osvaldo Abello Noguera).

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, (1 de agosto de 1991) Sentencia CE-SEC3- (CP Juan De Dios Hernández)

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección Tercera (4 de septiembre de 1986), expediente 1.677).

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección Tercera, Sentencia 1 de junio de 1995, expediente 7.326.

Congreso de la República de Colombia (29 de diciembre de 1998) ley (9 de 489) Diario Oficial No. 43.464.

Congreso de la República de Colombia (16 de julio de 2007) Ley (1150 de 2007) Diario Oficial No. 46.691.

Dávila V. (2016). Régimen jurídico de la contratación estatal. Bogotá, Colombia, Legis.

Decreto 1082 de 2015 “por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”

Expósito V. (2003). La configuración del contrato de la administración pública, 1 ed, Bogotá Colombia, Universidad Externado de Colombia

González M. (1990). La contratación administrativa en Colombia, 1 Ed, Bogotá, Colombia, jurídicas Wilches.

González L. (2010) el pliego de condiciones en la contratación estatal, Bogotá, Colombia. universidad externada de Colombia.

Manual de buenas prácticas para la contratación pública, Bogotá, Departamento Nacional de planeación, 2004,

Matallana E. (2015). Manual de contratación de la administración pública: reforma de la ley 80 de 1993, 4ta Ed, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia.

Montaña A. (2017) Contratos públicos y problemas perspectivas y prospectivas XVIII jornadas internacionales de derecho administrativo Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia.

Ospina F. (1998). Teoría general de contrato y del negocio jurídico, 5ta Ed, Bogotá Colombia, Temis.

Presidencia de la República de Colombia, (1974), Decreto (1150 de 1976).

Presidencia de la República de Colombia, (13 de abril de 2012) Decreto (734 de 2012)

Presidencia de la República de Colombia (17 de julio de 2013) Decreto (1510 de 2013)

Presidencia de la República de Colombia (3 de noviembre de 2011) Decreto (4170 de 2011)

Rodríguez L. (2012) El equilibrio económico en los contratos administrativos, 2 ed, Bogotá Colombia, Temis.

Tamayo J. (1990) La culpa contractual, Bogotá, Colombia, Temis

Tribunal Supremo de Justicia español, Sala de lo Contencioso de lo administrativo, Sentencia del 25 de abril de 1986.

Verano Henao, Sandra Patricia. “La distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio financiero”, en Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba (editores académicos), Contratos públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas de Derecho Administrativo (p.558), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017).