



La importancia del análisis del riesgo en la contratación oficial como herramienta de gerencia pública

Resumen

El riesgo como elemento connatural al ser humano se encuentra presente en todas las actividades que éste realiza. Por esto se puede definir que el riesgo es la probabilidad existente en todo lugar de que una situación que afecta de manera negativa al ser sujeta, la cual puede ser identificada, prevenida, controlada o resuelta, salvo los denominados riesgos catastróficos.

En consecuencia, el riesgo también está presente en las actividades de gerencia pública que implican la contratación oficial, por lo que se hace necesario crear mecanismos que permitan su mejor administración. Por lo tanto, se propone en el presente escrito la creación de un Comité Técnico Especializado Multidisciplinario de Análisis Integral del Riesgo, para que actúe en las audiencias de estimación, tipificación y asignación de riesgos que prevé el Estatuto de Contratación Estatal en materia de riesgo previsible e imprevisible, amén de evitar la responsabilidad extracontractual del Estado que la no asunción del riesgo previsible genera.

Palabras clave

Riesgo, garantía única de cumplimiento, responsabilidad civil extracontractual, imprevisibilidad, contingencia.

Adrian Tovar Devia⁷²

Recibido: 28/06/2018 Aceptado: 3/12/2018

Introducción

Una de las situaciones que hasta el siglo xvii pasó de manera desapercibida durante la evolución del ser humano y de las sociedades, cuando se presentó el gran incendio de Londres, entre el 2 y el 4 de septiembre de 1666, y que se tiene como referente más inmediato del origen formal del contrato de seguros, es aquella que entre las diferentes contingencias que se presentaban de manera espontánea, accidental, deliberada o fortuita en la vida de las personas, amenazas que fueron denominadas por los teóricos de la materia como: el riesgo.

El riesgo se encuentra presente en todos los aspectos de la vida e incumbe a todos sin excepción alguna. Por ello, no es osado definir el riesgo como la probabilidad existente, en todo lugar, de que una situación que afecta de manera negativa suceda, pero que

72 Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia, Especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Sergio Arboleda, candidato a Magister en Derecho de Seguros de la Universidad Pontificia Javeriana. Asesor del Despacho de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales, PGN, Colombia. Correo electrónico: tovar74@yahoo.es - atovar@procuraduria.gov.co



la mayoría de las veces puede ser identificada, prevenida, controlada o resuelta, salvo los grandes desastres naturales o los denominados riesgos catastróficos.

Para otros, el riesgo es la probabilidad que existe de que una amenaza ocurra y produzca un daño o desastre. También se puede definir como el conjunto de circunstancias que representan una posibilidad de pérdida.

Algunos conceptúan con acierto que el riesgo es la incertidumbre de que ocurra una pérdida económica (Rizzi Cicci Sara, “El Riesgo” año 2012, <https://www.monografias.com/trabajos40/el-riesgo/el-riesgo.shtml>). También se encuentran otras muchas definiciones que concluyen lo mismo: el carácter aleatorio y azaroso que tiene el riesgo y sus desfavorables consecuencias. (Diccionario Enciclopédico Vox 1. © 2009 Larousse Editorial, S.L., <https://es.thefreedictionary.com/riesgo> define el riesgo como la contingencia o la proximidad de un daño. Cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro.)

Al respecto, en Colombia, el artículo 1054 del Código de Comercio define el riesgo de la siguiente manera: “*Denomínese riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador*”.

En igual sentido, el inciso final del artículo 2.2.1.1.1.3.1: “Definiciones” del Decreto 1082 del 2015, estableció: “Riesgo: 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”.

Así las cosas, las actuaciones de la Administración Pública no se encuentran exceptuadas de este fenómeno natural y social de la humanidad, en las que se incluyen las actividades de gerencia pública que se derivan de la contratación estatal. Por tal motivo, se pretende como objetivo general de la presente reflexión, enseñar que la contratación oficial no es ajena al análisis integral del riesgo ni a los mecanismos de cobertura que existen para su control y administración, como herramientas eficientes de la gerencia pública, con el fin de prevenir la responsabilidad extracontractual de la Administración.

Ahora bien, como objetivo específico se busca dejar propuesta la creación de un mecanismo de gerencia pública que contribuya, en mayor medida, al análisis del riesgo en los contratos estatales.

Justificación

En la etapa precontractual del proceso de la contratación pública se encuentra la denominada audiencia de estimación, tipi-

Abstract

The risk as a natural element to the human being is present in all the activities that he performs. For this reason, it is possible to define that risk is the probability existing everywhere that a situation that affects negatively to happen, which can be identified, prevented, controlled and/or resolved, except for the so-called catastrophic risks.

Consequently, risk is also present in public management activities that involve official contracting and it becomes necessary to create mechanisms that allow a better management of it. Therefore, in the present writing, we propose the creation of a Specialized Multidisciplinary Technical Committee for Integral Risk Analysis to be used in the Hearings of estimation, classification and allocation of risks that provides for the statute of state contracting in matters of foreseeable risk and unforeseeable, in addition to avoiding the non-contractual liability of the State that the non-assumption of the foreseeable risk generates.

Keywords

Risk, single guarantee of compliance, extra-contractual civil liability, unpredictability, contingency.



ficación y asignación de riesgos, que se realiza en cumplimiento del mandato legal contenido en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, y en el artículo 4.º de la Ley 1150 de 2007; concordantes con el artículo 220 del Decreto Ley 019 de 2012, y los artículos 2.2.1.1.1.6.3 –“Evaluación del riesgo”– y 2.2.1.2.1.1 –“Audiencias en la licitación”– del Decreto 1082 del 2015, en la que se lleva a cabo la identificación y valoración de los riesgos previsible de cada contrato, a fin de que estas contingencias sean mitigadas, controladas, prevenidas y tratadas de manera oportuna y previsible, pues la esencia de la administración del riesgo es la de evitar que este se materialice y, en caso de que ello suceda, poderlo controlar y eliminar, en el mejor de los casos.

En esta audiencia se designa a la parte contractual que tendrá a cargo la responsabilidad de llevar a cabo todas las medidas tendientes a prevenir y mitigar el riesgo, utilizándose para dicho análisis, que debería ser integral, herramientas como las matrices de riesgos, los procesos, las auditorías, los documentos Conpes y los mecanismos de cobertura que existen, como las pólizas de seguro.

Esta actividad de la etapa precontractual del proceso del contrato oficial tiene una importancia trascendental en la medida que no solamente previene y administra el riesgo, sino que, en desarrollo de este ejercicio, se coadyuva en la prevención de la responsabilidad extracontractual del Estado, que, por la ejecución

de la contratación administrativa, se pueda llegar a presentar.

En la audiencia también se debe determinar la forma de sortear los riesgos que se logren identificar, los cuales son variados según la clase de contrato que se vaya a estructurar. Una de estas maneras de administración y control de los riesgos es a través de un contrato de seguro contenido en una póliza, que con, sus diferentes coberturas, puede amparar la mayoría de las contingencias estimadas en la audiencia de valoración de riesgos.

Esta clase de póliza es una de las formas de garantizar el cumplimiento del contrato estatal que el estatuto de la contratación pública establece en el artículo 2.2.1.2.3.1.2 del Decreto 1082 del 2015, cuya denominación es precisada por el artículo 2.2.1.2.3.1.7 *ibidem* como “Garantía de cumplimiento”. (En el Decreto 1510 de 2013 se llamaba “Garantía única de cumplimiento”).

No obstante, a la fecha se cuenta con dos tipos de garantías adicionales a la póliza de cumplimiento estatal, las cuales son: el patrimonio autónomo y la garantía bancaria, según se prescribe en el mismo artículo 2.2.1.2.3.1.2 –“Clases de garantías”– del Decreto 1082 del 2015 antes referido, en el que, a diferencia de los anteriores decretos reglamentarios 4828 del 2008, 734 del 2012 y 1510 del 2013, no se señala como garantías del contrato estatal a la fiducia mercantil en garantía,

el endoso en garantía de títulos valores, el depósito de dinero en garantía y las cartas de crédito stand by expedidas en el exterior, que la anterior reglamentación establecía, reduciendo a tres las clases de garantías vigentes como manera de cubrir los riesgos propios del contrato oficial.

Entre los riesgos a cubrir, también se encuentra la responsabilidad civil que puede producir la ejecución de los contratos administrativos, fijándose en el Decreto 1082, que sean cubiertos mediante la póliza de responsabilidad civil extracontractual que ofrecen las compañías de seguros legalmente instituidas en el país.

Ahora bien, la no identificación de uno de los tantos riesgos previsible que se presenta en la contratación pública, puede llegar a generar la responsabilidad del Estado por la ocurrencia de una contingencia no amparada mediante la póliza de cumplimiento estatal antes dicha. Es decir, se presenta un riesgo no estimado en el análisis previo que se efectuó a través de la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos durante la etapa precontractual del proceso contractual, lo que produciría la responsabilidad extracontractual de las partes, pues de suyo son las consecuencias y resultados de los actos llevados a cabo con ocasión de la ejecución del contrato, y por esto la importancia del análisis integral del riesgo en la audiencia de estimación, tipificación y asignación como mecanismo idóneo de la gerencia pública.



El concepto de riesgo previsible lo entregaba con anterioridad la misma normatividad del estatuto de contratación estatal vigente para esa época, como se podía estudiar en el artículo 2.1.2 del Decreto 734 de 2012, en el que se establecía que el riesgo previsible son todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato tienen la potencialidad de alterar su equilibrio económico, pero que dada su previsibilidad, se regulan en el marco de las condiciones inicialmente pactadas en los contratos, y se excluyen así del concepto de imprevisibilidad de que trata el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. Se indicaba que el riesgo sería previsible en la medida que fuera identificable y cuantificable, en condiciones normales.

Sin embargo, aunque esta concepción brilla por su ausencia en el Decreto 1082 del 2015, (que derogó todos los anteriores decretos que hasta el 1510 de 2013 estuvieron vigentes), no significa que tales asunciones del riesgo no sean tenidas en cuenta en las diferentes etapas de la contratación administrativa, en especial, en la audiencia de estimación de riesgos, que sigue siendo aplicada por los manuales de contratación de las entidades del Estado, las circulares y resoluciones que expide Colombia Compra Eficiente.

El concepto de riesgo imprevisible se encuentra establecido en el Documento Conpes 3714 del 2011, en la página 15, que a su vez trae a colación un aparte del concepto del 13 de

agosto de 1999, expediente 1952 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, a saber:

Respecto de los ‘riesgos imprevisibles’, el Consejo de Estado ha sostenido que la teoría de la imprevisión es aquella que ‘regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: 1) un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, 2) una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y 3) un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible.

Corolario de lo antes dicho, en la praxis jurídica y técnica de las audiencias de estimación, tipificación y asignación de riesgos que las entidades públicas efectúan, especialmente en los procesos de contratación concernientes a temas de guerra, como la construcción de armamento, munición, barcos y aviones, al igual que en los contratos relacionados con la exploración y explotación minera o demás recursos naturales, y en la concesión del uso y explotación del radioespectro del espacio electromagnético, se presentan casos en los que se sufren contingencias no previstas, y los problemas jurídicos de responsabilidad estatal no se dan a esperar.

Esta falta de previsión de riesgos en el contrato estatal, se puede llegar a presentar debido a la falta de idoneidad de quienes

en las instituciones del poder público tienen la tarea de analizar las contingencias potenciales del contrato administrativo, o porque se ha pasado por alto esta importante labor en ejercicio de muchos quehaceres institucionales, o por negligencia, o por corrupción administrativa, e incluso puede pasar desapercibida por parte de los mismos proponentes que asisten a la mencionada audiencia.

Surge entonces la necesidad de encontrar soluciones a dicho problema, que no solamente son de índole jurídica, sino que incumben al carácter técnico especializado que el conocimiento en la administración del riesgo implica, así como en la materia sobre la cual se pretenda contratar.

Por ello la idea de proponer la creación de un Comité Técnico Especializado Multidisciplinario de Análisis Integral del Riesgo, para que sea implementado en estas audiencias, que se encargue de estudiar cada una de las posibles amenazas que trae inmerso el servicio o actividad por contratar, con el ánimo de evitarle a la Administración Pública el detrimento de su erario, que causan las demandas que por responsabilidad extracontractual pueden ser objeto de sanción, o por los altos costos que pueden generar estas imprevisiones en su control.

Este Comité estaría conformado al menos por dos asesores jurídicos expertos en contratación administrativa, por un experto en análisis integral del riesgo, un representante del área o dependencia de la entidad

que busca realizar la contratación, un experto en la materia del objeto contractual, una persona experta en el área financiera y en el tema presupuestal de la entidad, y por un delegado de cada uno de los proponentes inscritos, que harían las observaciones del caso como lo estipulan la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 del 2015.

Ahora bien, es preciso señalar que el proceso de identificación, estimación, tipificación y asignación de los riesgos del contrato administrativo como tal, de manera puntual, fue implementado a través de la Ley 1150 de 2007, con el objetivo de incorporar y sanear, en el proceso contractual, todos los riesgos previsibles que pudieran determinarse en el contrato público, para lo cual los servidores estatales a cargo de dicho cometido tendrían que valerse de las reglas de la experiencia, del conocimiento y de los referentes históricos que sobre el objeto del contrato se tuvieran para desarrollar dicha tarea.

Por consiguiente, el gerente público tiene que valorar si se cuenta por parte de los asistentes a esta audiencia, con la idoneidad, la eficacia y las competencias necesarias para lograr la estimación correcta de los riesgos y su adecuada mitigación y administración, pues la inoperancia de expertos o la incompetencia de los agentes estatales en el desarrollo de estas tareas es lo que contribuye a que se llegue a configurar por parte del Estado una responsabilidad susceptible de ser sancionada por la jurisdicción contencioso administrativa,

cuando estos riesgos pudieron haber sido previstos de haberse tenido la participación de un equipo multidisciplinario de expertos idóneos y competentes que los hubiera identificado de manera oportuna en ejercicio de una buena gerencia pública.

Lo antes dicho conlleva a que sea relevante la creación de un Comité Técnico Especializado Multidisciplinario de Análisis Integral del Riesgo como parte integral del principio de planeación y del principio de previsibilidad que se exige en el Estatuto de Contratación Administrativa dentro de la etapa precontractual de estimación, tipificación y asignación de riesgos.

Para apreciar mejor la trascendencia de este Comité, en lo atinente a los dos institutos jurídicos referidos, –los principios de planeación y previsibilidad–, y las consecuencias que produce tanto su desatención como la indebida aplicación o ausencia del análisis integral del riesgo, se trae a colación la sentencia 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464), de 1.º de febrero de 2012, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso administrativo del Consejo de Estado, mediante la cual se desató un recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, siendo actor el señor Domingo Barragán Urueña y accionada el Fondo Nacional de Caminos Vecinales, a través del medio de control de reparación directa, por hechos acaecidos entre noviembre y diciembre de 1998 y el 19 de febrero de 1999.

Se trata de un daño anti-jurídico por falla en el servicio producido por trabajadores del Fondo Nacional de Caminos Vecinales a la finca Buenavista, propiedad del señor Domingo Barragán Urueña, por deslizamiento de tierra (taludes) como consecuencia de la construcción de la carretera veredal El Bosque-El Moral, del municipio de Chaparral, Tolima.

En esta sentencia, se rescatan los siguientes apartes conceptuales del principio de planeación, que, como ya se dijo, está integrado también por la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos, que si bien es cierto, no es mencionada de manera literal, se puede inferir del texto transliterado que el tema de la valoración del riesgo se encuentra implícito en los aspectos técnicos, presupuestales, jurídicos y económicos del contrato objeto de sentencia.

El principio de la planeación o de la planificación aplicado a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y la legalidad, procurando recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los

objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal, desconociendo en consecuencia fundamentales reglas y requisitos previos dentro de los procesos contractuales; es decir, en violación del principio de legalidad.

La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato. Es aquí, en este período, donde el principio de legalidad se manifiesta de manera más intensa por actuar en forma de vinculación positiva a la ley, es decir, porque las exigencias del legislador son especialmente expresas y claras para el operador.

Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación deducimos que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas.

Sujeción de la actividad estructuradora de la administración al

principio de la planeación. (Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tesis Doctoral. El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Universidad Carlos III de Madrid. <http://hdl.handle.net/10016/8339>.)

Ahora, en cuanto al principio de previsibilidad, la sentencia citada señala que este se ve afectado cuando no se realiza una estimación debida de los riesgos del contrato administrativo en su etapa precontractual; por ello el ponente de la sentencia le da la connotación de deber legal y funcional esencialmente sustancial a la actividad de estimar, tipificar y asignar los riesgos de la contratación oficial, como se puede estudiar seguidamente:

El principio de la previsibilidad⁷³

El contrato del Estado por expresa disposición legal está sujeto al principio de la previsibilidad o de contingencias plenas, que tiene como postulado básico el de la estructuración previsiva del contrato estatal y la asunción planeada y proporcional de riesgos por las partes negociales. Resulta consecuente entonces enten-

der que todo el proceso de planeación del contrato se materializa y cumple en cuanto a la estructuración del negocio del Estado como conmutativo, en la medida en que se respete y de cumplimiento a los postulados del principio de la previsibilidad. El principio en cuestión implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional entre las partes intervinientes, de los riesgos o contingencias del contrato⁷⁴, de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan a futuro impactar la conmutatividad, en consecuencia, el equilibrio surgido al momento de proponer o contratar, que de no ser previstos y sujetos a mecanismos adecuados y oportunos de corrección durante la ejecución del contrato, puedan generar en situaciones causantes de desequilibrio económico⁷⁵.

La previsión se transmuta en una norma vinculante para

73 Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tesis Doctoral. El contrato de concesión de servicios públicos. coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Universidad Carlos III de Madrid. <http://hdl.handle.net/10016/8339>.

74 Gaspar Ariño Ortiz. Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, pp 127 y ss.

75 De manera general puede consultarse en torno a los riesgos en los contratos públicos: Marcos Augusto Perez. O risco no Contrato de Concessão de Serviço Público, Editora Forum, Belo Horizonte, 2006; María José Vañó Vañó. El Contrato de "Project Finance". Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; Raúl Enrique Granadillo Ocampo. Distribución de los Riesgos en la Contratación Administrativa, Astrea, Buenos Aires, 2000; José Luis Benavides. Riesgos Contractuales. Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red, Redeti, No. 10, 2001.



las administraciones públicas responsables de la contratación estatal, convirtiéndose en un claro deber funcional en la materia dirigido a la protección de los intereses generales y públicos, obligando a los estructuradores de los contratos para que incorporen dentro de los mismos, la totalidad de medidas administrativas y financieras necesarias para que los riesgos previsibles no se materialicen, o de ocurrir los mismos, se mitiguen adecuadamente. Se trata de un deber sustancial y no meramente formal⁷⁶.

El riesgo en consecuencia se coloca en el centro de la actividad previsora como determinante de la estructuración de los contratos estatales, en cuanto su identificación y asignación sobre bases de proporcionalidad reduce el excluyente mundo de la imprevisión, reducto de contingencias inexploradas haciendo previsible, luego materia de la relación negocial, lo que antes estaba en el ámbito de las tinieblas y sujeto a los avatares de criterios jurídicos fundados en consideraciones de imprevisibilidad⁷⁷.

76 Hugo Palacios Mejía. La cláusula de Equilibrio Contractual y sus Efectos en los Contratos de Concesión, Concesiones en Infraestructura, Ministerio de hacienda, Coinvertir, Corporación Andina de Fomento, Bogotá, 1996, pp. 14 y 15.

77 Manuel Guillermo Sarmiento García. La Teoría del Riesgo y la Responsabilidad Civil, en Estudios de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 201. "Por riesgo se entiende la contingencia de un daño, o sea, la posibilidad que al obrar se produzca un daño, lo cual significa que el riesgo envuelve una potencialidad referida esencialmente al daño, elemento éste que estructura todo el derecho de responsabilidad...".

Lo anterior implica, para efectos de consolidar la previsibilidad y en consecuencia darle un tratamiento proporcional al riesgo o contingencia en los contratos estatales, efectuar entre otras las siguientes tareas administrativas: Identificación de factores que pueden frustrar los resultados previstos de un negocio; identificación de variables que influyan de alguna manera en la afectación a los resultados esperados en todos sus aspectos; utilización de la mejor información posible, la más confiable y de mejor calidad en torno al correspondiente negocio, incluso la surgida de antecedentes históricos contractuales de la entidad; manejo y evaluación de información conocida, procesada y alta calidad; evaluación de diferentes escenarios en torno a la probabilidad de ocurrencia de contingencias; identificación de las particularidades de cada riesgo para determinar los mecanismos tendientes a mitigar su impacto.⁷⁸

78 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2004, febrero 26. Exp. 14043. "...La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato, según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Y es el contratista el que libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebrar el contrato predeterminado. Como se indicó precedentemente, los riesgos externos, extraordinarios o anormales, configuran la teoría de la imprevisión y, por tanto, deben ser asumidos, con las limitaciones indicadas, por la entidad. De manera que la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido corresponde al alea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente

Nótese en estos últimos apartes de la sentencia bajo examen, la importancia de fondo que representa la tarea de estimar y valorar los riesgos en materia de contratación estatal, a tal punto que es elevada a la categoría de deber sustancial, y no meramente formal, por lo cual se entiende, que en materia contractual el principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal también es aplicable, por lo cual, las actividades de valoración del riesgo, las cuales se llevan a cabo en la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos, pasan a ser un aspecto trascendental en la etapa precontractual del contrato público.

Lo antes reseñado, de la sentencia traída a colación, son los fundamentos básicos de los conceptos teóricos de la estimación y asignación del riesgo inmersos en los principios de planeación y previsibilidad aplicables a la contratación oficial.

En el caso de la jurisprudencia arriba expuesta, respecto de la responsabilidad extracontractual del Estado, al no preverse lo previsible, bajo los postulados precontractuales vistos, la administración es susceptible de imputación de responsabilidad. Así se estudia en esta sentencia, pues el Consejo de Estado encontró que el municipio de Chaparral, Tolima, también era

la ecuación económica del contrato, en su perjuicio. Es por lo anterior que deben precisarse las obligaciones asumidas por el contratista en cada caso para definir el alea normal del contrato, esto es, los riesgos normales que asumió...".



responsable del daño causado al demandante, determinando que su responsabilidad no era absoluta, como lo pretendía hacer valer la demandada, sino que era compartida con el Fondo Nacional de Caminos Vecinales. Sobre el particular, en dicha sentencia se expuso:

Sin embargo, no le asiste razón a la demandada, Fondo Nacional de Caminos Vecinales, respecto a que "...es el municipio de Chaparral quien debe asumir en forma exclusiva los perjuicios causados al demandante..."⁷⁹, pues su responsabilidad se ve directamente comprometida en la ocurrencia del daño, de una parte, i) por la omisión del Fondo en el ejercicio de inspección y vigilancia, manifiesta y evidente, en que incurrió respecto de su contratista por la inobservancia de las obligaciones legales que le competía referidas a la correcta, oportuna y adecuada construcción de la obra pública denominada Carretera Veredal del Bosque - el Moral, Municipio de Chaparral, según contrato de obra pública No. 73-0384-0-98.

Y de otra, ii) en razón a que el Fondo de Caminos Vecinales no observó o lo hizo de forma deficiente, un deber que legalmente le correspondía, esto es, se sustrajo, por omisión, de la recta observancia de las funciones que

el ordenamiento jurídico le impuso. En efecto, el Decreto 1212 de 1994, normatividad vigente para la época de los hechos, establecía en su artículo 3º que,

ARTÍCULO 3o. El Fondo tendrá a su cargo, en cooperación con los departamentos y municipios o distritos, el fomento de la construcción, el mejoramiento y la conservación de caminos vecinales o de carácter regional, de acuerdo con los planes y programas generales del Ministerio de Transporte y con las autorizaciones que las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales otorguen,....

Asimismo, iii) la demandada omitió el deber de observar las obligaciones que le imponía la Resolución 0142 de 1996 proferida por ella misma, al tiempo que vulneró los principios de planeación y previsibilidad contractual, en especial aquella en la que se demandaba a la entidad territorial a que

...Cuando se trate de proyectos de construcción o mejoramiento de caminos, deberá solicitar a las autoridades de control de los recursos naturales renovables, el estudio previo de impacto ambiental o certificado en el que conste que el área favorecida con la obra no lo requiere (...) PARAGRAFO.- La ENTIDAD TERRITORIAL deberá aportar los anteriores documentos dentro de los treinta (30) días siguientes al perfeccionamiento del convenio" pues a pesar de no haber sido aportado el referido documento por el Municipio de Chaparral - Tolima procedió a iniciar y llevar casi hasta su culminación la obra pública denominada

Carretera Veredal de El Bosque - El Moral." (Resaltado y subrayado no es del ponente).

Entiéndase, en este último párrafo transcrito, como riesgo ambiental, que aunque no es descrito de manera expresa y precisa, no se puede desconocer que se está hablando de una tipología de riesgo propia de las obras públicas de construcción de carreteras, de tal suerte que la desatención de esta disposición administrativa afectó considerablemente los principios de planeación y previsibilidad mencionados.

Luego, la no previsión del riesgo ambiental por el impacto que causaría en los ecosistemas la construcción de dicha carretera interveredal, generó la responsabilidad extracontractual del Fondo Nacional de Caminos Vecinales y del Municipio de Chaparral, Tolima, hechos debidamente probados en el transcurso del proceso que dieron paso al fallo por parte de esta corporación de manera favorable para el actor, como seguidamente se puede analizar.

"Para la Sala, resulta plenamente demostrada, partiendo de este marco normativo, así como de los hechos probados en el expediente, la omisión en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, la que resultó determinante en la producción del daño antijurídico consistente en el deslizamiento de tierra que destruyó los bienes inmuebles del demandante, lo que es atribuible fáctica y jurídicamente al Fondo,

79 En virtud de la cláusula tercera del Convenio Interadministrativo de Cofinanciación 73-0115-0-98 celebrado entre el FNCV y el Municipio de Chaparral, el cual establece que serán a cargo del municipio las indemnizaciones derivadas de la destrucción de mejoras o de la ocupación permanente o transitoria de los predios requeridos para la ejecución de la obra, accesos, campamentos, extracción y depósito de materiales.



como quiera que en cabeza de éste se encontraban radicadas tales obligaciones. Luego, para la Sala cabe afirmar que en el presente caso no hay duda que se atribuye la responsabilidad por el daño antijurídico y los perjuicios ocasionados al actor, específicamente con ocasión de la destrucción de los bienes del señor Domingo Barragán Urueña, al Fondo de Caminos Vecinales.

Sin embargo, si bien la Sala advierte que cabría endilgarle directamente responsabilidad del daño antijurídico causado sobre los bienes del demandante al Municipio de Chaparral - Tolima, lo cierto es que en atención a la figura jurídica como fue vinculado al proceso el ente territorial y en acatamiento de la garantía de la no reformatio in pejus, esta Subsección se ve limitada a reiterar, en este aspecto, el contenido de la decisión que se impugnó pues al modificarla el apelante único resultaría desfavorecido o desmejorado haciéndole más gravosa la condena impuesta por el *a quo*.

En consecuencia, se dispondrá que respecto del pago de la condena que efectúe el Ministerio de Transporte como sucesor procesal del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, este podrá exigir el reembolso de la misma al Municipio de Chaparral - Tolima.

En relación con la llamada en garantía COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS «CONFIANZA S. A.», se tiene que en el escrito de respuesta al llamamiento acepta la existen-

cia de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. RCE 02-1-0769849 con una vigencia comprendida desde el 29 mayo de 1998 al 1 de marzo de 1999 e invoca se le reconozca la exclusión del amparo por «inexigibilidad de la póliza por expresa exclusión de hechos demandados» y «Máximo valor asegurado - deducible»

Sobre el particular, no se tendrá en cuenta la deprecada exclusión comoquiera que no obra en el expediente la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. RCE 02-1-0769849 suscrita por las partes, sin embargo, se tendrá por realizado el riesgo asegurado para efectos de la indemnización y cumplimiento de la obligación del asegurador, teniendo en cuenta la confesión de la apoderada, realizada en el escrito de contestación al llamado en garantía de conformidad con el artículo 1046 del Código de Comercio.

En consecuencia, a esta entidad aseguradora le corresponde asumir el monto del valor asegurado correspondiente que no es otro que reembolsar a la entidad condenada, una vez cancele lo ordenado por la jurisdicción, el monto máximo del valor asegurado de acuerdo con las cláusulas pertinentes del contrato de seguro.

La Sala señaló que la compañía aseguradora debía pagar la indemnización correspondiente al beneficiario de la póliza de responsabilidad civil extracontractual por el mismo

monto que tenga que indemnizar el Fondo Nacional de Caminos Vecinales al señor Domingo Barragán Urueña, hasta por el límite máximo del valor asegurado. Lo anterior podría hacer pensar, que sí hubo una valoración del riesgo, o, más bien, que esta valoración fue resultado de la práctica mecánica del llenado de requisitos para el inicio de ejecución de un contrato administrativo, en la que no se tuvo un minucioso análisis integral técnico y especializado del riesgo, por lo que la realidad previsible y no prevista en la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos, causó que el siniestro presentado no estuviera cubierto por la garantía de cumplimiento. Se infiere también que las apreciaciones tenidas en cuenta para la suscripción de dicha garantía, léase póliza de cumplimiento estatal, no fueron lo suficientemente eficaces e idóneas para una buena administración del riesgo, respecto a su identificación, cualificación y cuantificación.

Finalmente, el fallo del Consejo de Estado declaró la responsabilidad del Ministerio de Transporte como sucesor procesal del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, condenando a pagar al señor Domingo Barragán Urueña 90.306.713 pesos por concepto de perjuicios materiales. También condenó al Municipio de Chaparral, Tolima, a pagarle al Ministerio de Transporte (sucesor) el valor que el Ministerio debía pagarle al demandante..., deduciendo el valor correspondiente al asegurado, y condenó a la Aseguradora de Fianzas Confianza



S. A., a reembolsar al Ministerio de Transporte, luego de que esta pagará lo ordenado, el monto máximo del valor asegurado.

Teniendo en cuenta que éste es tan solo uno de los muchos casos en que la Administración se ha visto afectada por una deficiente o nula estimación y valoración de los riesgos de la contratación oficial, resultado de una regular gerencia pública, es dable manifestar que si se utilizara una herramienta robusta de análisis integral del riesgo, las condenas por responsabilidad extracontractual del Estado y los altos costos del resarcimiento de perjuicios que se pagan, podrían verse al menos minorizados, si no fuera posible evitarlos totalmente, protegiéndose con esto el erario público y cumpliéndose en mayor medida con el mandato constitucional de los fines esenciales del Estado a cargo del gerente público.

Antecedente de la Garantía de cumplimiento

La Administración ha hecho necesaria y obligatoria la suscripción de la póliza de cumplimiento estatal, que anteriormente se denominaba por los Decretos 4828 del 2008, 734 del 2012 y 1510 del 2013 “Garantía única de cumplimiento”, tipo de póliza que fue creada por la Ley 225 del 12 de diciembre de 1938: “*para garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares*”, según se prescribe textualmente en el artículo 2.º *ibídem*, mandato

legal que se fue desarrollando a través de la Ley 80 de 1993 y su Decreto reglamentario 679 de 1994 de esa fecha; la Ley 1150 de 2007 y su Decreto reglamentario 4828 de 2008 para ese entonces y los posteriores decretos 734 de 2012 y 1510 del 2013, hoy derogados por el Decreto 1082 del 2015, en el que también se establece a la póliza de cumplimiento estatal como una de las formas de garantizar el contrato administrativo con la finalidad de asegurar la correcta ejecución de los contratos públicos, así como también se prescriben otras tipologías de pólizas que se pueden tomar para cubrir los riesgos que se presentan en las diferentes etapas de la contratación estatal, es decir, tanto en la parte precontractual, de ejecución y poscontractual.

Estos riesgos asegurables se dilucidan con mayor precisión en el Decreto 1082 del 2015 en el artículo 2.2.1.2.3.1.1 –“*Riesgos que deben cubrir las garantías en la contratación*”–, cuando textualmente señala que:

El cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las Entidades Estatales con ocasión de (i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, deben estar garantizadas en los términos de la ley y del presente título.

Nótese entonces que el primer punto hace alusión a la

parte precontractual del contrato administrativo, el segundo a las etapas contractual y poscontractual, y el tercero a la responsabilidad extracontractual que el ejercicio de la contratación pública implica, esta última amparada mediante una garantía independiente de la póliza de cumplimiento oficial, pero interrelacionada con esta, que se denomina póliza de responsabilidad civil extracontractual, según se tiene en la normatividad reglamentaria vigente.

Comité Técnico Especializado Multidisciplinario de Análisis Integral del Riesgo

Sin embargo, no todos los riesgos son estimados de manera correcta ni determinados en la audiencia de estimación y asignación de riesgos, como debería realizarse por parte de expertos en análisis y administración del riesgo, lo que hace necesario la implementación de esta herramienta de gerencia administrativa: el Comité Técnico Especializado Multidisciplinario de Análisis Integral del Riesgo, a fin de que el ejercicio de la administración de las contingencias contractuales sea eficaz y oportuno, y permita la identificación de todos los riesgos que razonablemente puedan ser concebidos en cada una de las tipologías de contratación estatal que existen.

Por lo anterior, al hablarse de Comité, se entiende que obedece a un cuerpo colegiado que delibera hasta lograr consenso en materia de amena-

zas, debilidades y riesgos; en su tratamiento, tonificación y distribución; y en la asignación (traslado) de estos a una de las partes contractuales, y su forma de mitigarse o controlarse.

Cuando se hace referencia a que sea de orden técnico, se busca que sus integrantes sean profesionales altamente capacitados en diferentes materias necesarias para una adecuada valoración integral del riesgo; ellos pueden ser contadores, economistas, analistas de riesgos propiamente dicho, analistas políticos, abogados, empleados con vasta experiencia y trayectoria en el tema específico a contratar, etc.

Especializado, porque los profesionales que han de participar en este proceso de análisis, tales como: ingenieros, contadores, economistas, financieros, administradores de empresas o administradores públicos y abogados, entre otros, necesarios de acuerdo al objeto contractual, deberán ser al menos especialistas o magísteres, cada uno en su ámbito profesional requerido, y, además, tener este mismo nivel de estudio en la estructuración de negocios contractuales (Dirección y/o Gerencia de Proyectos) y en el análisis integral del riesgo (Administración y/o Gerencia del Riesgo).

En el sentido de la presente propuesta, es mejor que este cuerpo colegiado técnico espe-

cializado sea multidisciplinario, conformado por profesionales de diferentes disciplinas según se requiera para cada clase de contrato, a fin de lograr una más detallada identificación y determinación de los riesgos contractuales.

Por último, se dice que es integral, porque no podrá fundarse solamente en el concepto de un experto, sino que el Comité deberá deliberar teniendo en cuenta la experticia, minucia y conocimiento de cada experto, de conformidad con la necesidad que amerite el contrato en análisis, para poder establecer todas las clases de riesgos que podría llegar a tener un contrato, entre estos, el riesgo biológico, geográfico, ambiental, político, jurídico, laboral (seguridad social y prestaciones), de seguridad industrial, riesgo económico (equilibrio del contrato, variación de precios en los materiales de construcción o servicios por prestar, impuestos, etc.), que el equipo multidisciplinario tendrían la misión de detectar y prever de manera oportuna.

Si en cada entidad del Estado se propugnara implementar esta herramienta de gerencia pública aquí propuesta, se lograría optimizar recursos y proteger el fisco nacional.

Conclusiones

La correlación existente entre la contratación estatal y el

análisis integral del riesgo, que se presenta en la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos en la etapa precontractual del proceso de la contratación oficial que se surte, es de gran importancia para los gerentes públicos como administradores de recursos del Estado, pues de ello depende en gran medida que la entidad resulte o no condenada por la responsabilidad extracontractual que una indebida o nula evaluación del riesgo puede generar o incurrir en los altos costos que sobre la marcha implica mitigar estos riesgos no estimados oportunamente.

Esta conciencia que el gerente público ahora tiene respecto de la importancia que subyace en el análisis integral del riesgo permite pensar en la conveniencia de la implementación del Comité Técnico Especializado Multidisciplinario de Análisis Integral del Riesgo, en las diferentes gerencias de administración estatal o en las dependencias encargadas de ello, para que juntos, como un alto equipo de trabajo multidisciplinario, logren en la audiencia referida la más completa e integral identificación, estimación, tipificación y asignación de riesgos, bajo altos estándares de calidad, eficiencia y eficacia, mecanismos y herramientas útiles de la gerencia pública que previene litigios y el detrimento de los dineros públicos.

Bibliografía

- Los Riesgos en la Contratación Estatal, Becerra Salazar Álvaro Darío, Editorial Leyer, Bogotá 2008.
- El seguro de cumplimiento en la contratación administrativa, Penagos Botero Andrea, Tesis de Grado para Título de Abogado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, primera edición, Bogotá D. C. año 2005.
- El Contrato Estatal en el Contexto de la nueva Legislación, Yong Serrano Samuel, editorial Ibáñez, primera edición, Bogotá 27 de julio de 2012.
- Rizzi Cicci Sara, “El Riesgo” año 2012, <https://www.monografias.com/trabajos40/el-riesgo/el-riesgo.shtml>
- Diccionario Enciclopédico Vox 1. © 2009 Larousse Editorial, S.L., <https://es.thefreedictionary.com/riesgo> define el riesgo como la contingencia o la proximidad de un daño. Cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro.
- Documento Conpes 3714 del 2011, p.15.
- Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tesis Doctoral. El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Universidad Carlos III de Madrid. <http://hdl.handle.net/10016/8339>.
- Gaspar Ariño Ortiz. Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, pp 127 y ss.
- De manera general puede consultarse en torno a los riesgos en los contratos públicos: Marcos Augusto Pérez. O risco no Contrato de Concessão de Serviço Público, Editora Forum, Belo Horizonte, 2006; María José Vañó Vañó. El Contrato de “Project Finance”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; Raúl Enrique Granadillo Ocampo. Distribución de los Riesgos en la Contratación Administrativa, Astrea, Buenos Aires, 2000; José Luis Benavides. Riesgos Contractuales. Revista del Derecho de la Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red, Redeti, No 10, 2001.
- Palacios Mejía, Hugo (1996). La cláusula de Equilibrio Contractual y sus Efectos en los Contratos de Concesión, Concesiones en Infraestructura, Ministerio de hacienda, Coinvertir, Corporación Andina de Fomento, Bogotá, pp. 14 y 15.
- Sentencia 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464), actor Domingo Barragán Urueña, demandado Fondo Nacional de Caminos Vecinales, Acción de Reparación Directa, sentencia de fecha 01 de febrero de 2012, subsección c, Tercera Sección, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.