

**ANÁLISIS DE LA AUDIENCIA DE ESTIMACIÓN, TIPIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN
DE RIESGOS PREVISIBLES COMO REQUISITO DE PARTICIPACIÓN EN LA
CONTRATACIÓN ESTATAL**

LAURA PAULINA SERNA CASTAÑEDA

EDUAR YOHANY FRANCO HENAO

LUIS FERNANDO VILLA VELÁSQUEZ

**INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**

PROGRAMA DE DERECHO

ENVIGADO

2018

**ANÁLISIS DE LA AUDIENCIA DE ESTIMACIÓN, TIPIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN
DE RIESGOS PREVISIBLES COMO REQUISITO DE PARTICIPACIÓN EN LA
CONTRATACIÓN ESTATAL**

Presentado por:

LAURA PAULINA SERNA CASTAÑEDA

EDUAR YOHANY FRANCO HENAO

LUIS FERNANDO VILLA VELÁSQUEZ

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADO

Asesor temático:

PEDRO JUAN MONTOYA GALLEGO

Asesor metodológico:

HENRY JOSE DEVIA PERNIA

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

PROGRAMA DE DERECHO

ENVIGADO

2018

Hoja de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Envigado, noviembre de 2018.

DEDICATORIA

A nuestros hijos y familiares, que son lo más maravilloso que Dios nos ha brindado, para que este esfuerzo les sirva de ejemplo en sus vidas.

A nuestros padres, quienes con su alegría y amor incondicional nos enseñaron lo importante que es la vida.

A nuestros amigos y seres queridos, por su apoyo incondicional brindado en esta meta de nuestras vidas, que nos permite ser mejores humanos por el bien común.

AGRADECIMIENTOS

Los autores manifiestan su agradecimiento:

A Dios por ser el principio y fin de sus vidas, que les permite pensar, creer y obrar.

A nuestros hijos, con quienes comparten la alegría y el deseo de seguir construyendo sueños.

A nuestros padres, por ser guías en la construcción de un mundo mejor.

A los profesores Pedro Juan Montoya y Henry Devia por su apoyo en este proceso académico e investigativo.

A mis amigos y compañeros de la Institución Universitaria de Envigado (IUE).

A los profesores del programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas por brindarnos conocimiento y caminos en la investigación.

Mil gracias

1. Tabla de contenido

2. INTRODUCCIÓN.....	12
3. CAPITULO 1.	16
3.1. Planteamiento del problema.	16
3.2. Formulación del problema.	17
4. OBJETIVOS.....	18
4.1. Objetivo general.	18
4.2. Objetivos específicos.....	18
5. JUSTIFICACIÓN.....	20
6. METODOLOGÍA.....	23
6.1. Enfoque de investigación.	23
6.2. Tipo de investigación.	23
6.3. Técnicas e instrumentos de recolección de información.....	24
6.4. Fuentes.	24
6.5. Impacto y resultados esperados.....	25
7. CAPÍTULO 2.	27
7.1. Devenir histórico de la contratación estatal en Colombia.....	27
7.2. Contratación estatal en Francia.	31
7.3. Contratación estatal en Italia.....	35
7.4. Contratación estatal en Inglaterra.....	36

7.5. España	37
7.6. Contratación estatal Estados Unidos	39
7.7. Modalidades de contratación pública.....	47
Licitación pública.	48
Selección abreviada:	50
Concurso de méritos:	51
7.8. Principios jurídicos de la Contratación Estatal	56
7.9. Ecuación contractual	66
7.10. Imprevisión como principio general del derecho	72
7.11. Aspectos jurídicos, doctrinales y jurisprudenciales de la audiencia de riesgo.	73
Ley 80 de 1993:	74
Ley 1150 de 2007:	74
Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) 3714:.....	76
Decreto 1082 de 2015:.....	82
Decreto Ley 4170 de 2011:	83
Manual para la identificación y cobertura del riesgo en los procesos contractuales –	
Colombia Compra Eficiente – M-ICR-01.	84
Sentencia -23-36-000-2013-01717-01, Consejo de Estado, MP: Jaime O. Santofimio:.....	86
7.12. Los riesgos en la contratación estatal (Ley 1150 de 2007 art 4)	87
Requisitos de participación.....	90

Requisitos habilitantes	92
Requisitos de evaluación.	96
8. CAPITULO III	98
8.1. Revisión del carácter de obligatoriedad de la audiencia de riesgos en los procesos contractuales de los municipios del área metropolitana del valle de aburra.	98
8.2. Herramientas para la exigencia de la obligatoriedad de la audiencia de riesgos.	99
Manual de contratación.	99
8.3. Responsabilidad e idoneidad de la matriz del riesgo.	103
La responsabilidad en la proyección de la matriz del riesgo previsible.	104
La responsabilidad en el seguimiento y actualización de los riesgos previsibles	106
La responsabilidad frente a los riesgos en la liquidación del contrato	106
8.4. Respuesta oportuna a las observaciones de los procesos de los interesados.....	109
8.5. Respuesta oportuna a requerimientos o derechos de petición (Ley 1755 de 2015 y ley 80 de 1993 artículo 25, numeral 5).	110
8.6. Metodología para la identificación, evaluación, asignación del tratamiento de riesgos previsibles.....	110
Cronograma del proceso contractual, visita técnica y audiencia de aclaración a los pliegos de condiciones.	111
8.7. Evidencias	111
Registro de asistentes:	113
Control inicio audiencia de tipificación, estimación y asignación de los riesgos.	114

Evidencias de la capacidad de los asistentes.	115
Manual Colombia compra eficiente o ntc- ISO 31000: 2018.....	11

RESUMEN

Esta monografía tiene por objeto central, determinar las implicaciones jurídicas que se tiene para la realización de la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles en la contratación estatal por parte de las entidades públicas que les aplica la ley 80 de 1993, en especial lo referente a la viabilidad jurídica para que la asistencia de los interesados al proceso pueda ser determinada como obligatoria y así legitimarse como requisito de participación. Para ello, se realiza un análisis de las posibles fuentes que generan obligaciones jurídicas en Colombia al respecto, analizadas en el marco de las diferentes modalidades de contratación estatal determinadas en el estatuto de la contratación estatal.

Palabras clave: Audiencia, riesgos previsibles. contratación estatal, requisito de participación, obligatoriedad, modalidad de contratación.

ABSTRACT

The main purpose of this monograph is to determine the legal implications for the realization of the audience for estimating and assigning foreseeable risks in government procurement by public entities that are subject to Law 80 of 1993, especially with regard to the legal viability so that the assistance of the interested parties to the process can be as well as obligatory and thus legitimate as a requirement of parity. For this purpose, an analysis of the possible alternative sources of credit in Colombia is made, it is analyzed in the framework of the different forms of government contracting within the framework of the state contracting statute.

Key words: Meeting audience, foreseeable risks, government contracting, participation requirement, mandatory, type of government contract.

2. INTRODUCCIÓN

El siglo XXI, será recordado por sus acciones y reivindicaciones en torno a la consagración de los derechos de los ciudadanos en el marco del Estado Social de Derecho. Frente a esta situación, nos encontramos hoy con dos grandes paradojas al momento de la contratación de la administración pública; la primera obedece a que el Estado debe garantizar el cubrimiento de las necesidades básicas de la población, cimentadas en el marco de los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos y ambientales; en segundo lugar, las empresas (públicas y privadas), particulares, organizaciones no gubernamentales y sociedad en general, deberán ser corresponsables en los procesos de contratación estatal, en la distribución y en la destinación de los recursos públicos, orientados al bien común de la sociedad y su población.

Frente a estos planteamientos, surge la necesidad de cuestionarnos ¿Por qué es importante realizar la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos? ¿Cuáles serían los mecanismos de regulación para evitar desequilibrio económico en la contratación estatal para la optimización de los recursos públicos? ¿Por qué es importante que el o los interesados asistan y participen en la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos? ¿Existen vacíos en la normatividad de la contratación estatal en relación de la obligatoriedad de asistencia a la

audiencia de estimación de riesgos por parte de los interesados como requisito de participación para la presentación de oferta o propuesta?

Teniendo en cuenta lo establecido en los aspectos anteriores, esta investigación apunta a dar respuesta principalmente a la siguiente pregunta problematizadora: ¿Cuáles son las implicaciones jurídicas para que la asistencia a la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos previsible sea un requisito de participación para los interesados en un proceso de contratación estatal?

Por lo anterior, es importante que la academia y el Estado tomen medidas para evitar los sobrecostos de los recursos públicos por la materialización de riesgos previsible específicos y de los que no se determinaron con claridad, las responsabilidades de las partes en la ejecución de contratos estatales, toda vez que estos pudieron ser identificados, valorados, tipificados y asignados en la audiencia que fue creada por la Ley para ello.

El presente trabajo representa un gran valor teórico y práctico porque atiende los riesgos previsible de la contratación de la administración pública, actividad crítica y sensible en el cuidado y aprovechamiento de los recursos públicos. Esta mirada objetiva, marca un punto

diferenciador sobre los procesos de contratación al hacer un análisis minucioso en la obligatoriedad de la asistencia a la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles de acuerdo con la modalidad de contratación que aplique y las necesidades de la entidad estatal, expresadas en los documentos de estudios previos y pliegos de condiciones (o sus equivalentes).

Desde lo factico y epistemológico, la investigación servirá como referente para que las entidades públicas, sometidas en la Ley 80 de 1993 y Decretos reglamentarios, argumenten jurídicamente, como parte de planeación contractual, los elementos mínimos básicos que orienten la participación y desarrollo de las audiencias de estimación, tipificación y asignación de riesgos. Asimismo, para los interesados que desean contratar con el Estado o aquellos en calidad de contratistas, asociados o cooperantes, puedan participar en la revisión activa de los riesgos previsibles, que una vez tipificados y asignados, determinan la responsabilidad de las partes para evitar, transferir, controlar, mitigar o asumir el riesgo; todo esto asociado a la correcta destinación de los recursos públicos atendiendo a los principios establecidos en el artículo 123 y 209 de la Constitución Política de Colombia.

De este modo y en caso de viabilidad del análisis jurídico, se podrán proporcionar lineamientos básicos para que los entes públicos, regulados por la Ley 80 de 1993 y decretos reglamentarios, integren las condiciones y especificaciones respecto de la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos, por lo cual, podrían ajustar sus procedimientos, estudios

previos, convocatorias públicas y pliegos de condiciones (o sus equivalentes); a fin de exigir la obligatoriedad de asistencia a la audiencia de estimación, tipificación y asignación del riesgo como requisito de participación para la presentación de propuestas u ofertas. Además, permitiría fundamentar jurídicamente las respuestas a observaciones que surjan al respecto en los procesos contractuales, en las etapas previstas en los cronogramas de estos.

Desde lo metodológico, servirá como marco referencial para comprender la importancia de la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos y sus efectos en la revisión de las condiciones, especificaciones, obligaciones, presupuesto, plazo, entre otros. En este sentido, se facilitarán unas indicaciones metodológicas básicas que permitan generar seguridad jurídica y económica de la contratación estatal por los involucrados en el proceso contractual.

En el campo de las ciencias jurídicas y políticas, constituye una herramienta teórico-práctica, pues enfatiza que la contratación de la administración pública debe incorporar, dentro de la etapa precontractual, la audiencia de estimación, tipificación y asignación del riesgo como requisito obligatorio en la modalidad de licitación pública, según numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Asimismo, será un aspecto de sensibilización para todos los servidores públicos que intervienen en los procesos de selección de contratistas o aquellas que tenga implementada y certificado su sistema de gestión de calidad según el Modelo Integrado de Operación y Gestión y NTC-ISO 31000:2018 con orientación de sus procesos a la gestión de los riesgos.

3. CAPITULO 1.

3.1. Planteamiento del problema.

El siglo XXI, será recordado por sus acciones y reivindicaciones en torno al reconocimiento de los derechos de los ciudadanos en el marco del Estado Social de Derecho. Frente a esta situación, nos encontramos hoy con dos grandes paradojas al momento de la contratación de la administración pública; la primera obedece a que el Estado debe garantizar el cubrimiento de las necesidades básicas de la población, cimentadas en el marco de los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos y ambientales; en segundo lugar, las empresas (públicas y privadas), particulares, organizaciones no gubernamentales y sociedad en general, deberán ser corresponsables en los procesos de contratación estatal, en la distribución y en la destinación de los recursos públicos orientados al bien común de la sociedad y su población.

Frente a estos planteamientos, surge la necesidad de cuestionarnos ¿Por qué es importante realizar la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos? ¿Cuáles serían los

mecanismos de regulación para evitar desequilibrio económico en la contratación estatal para la optimización de los recursos públicos? ¿Por qué es importante que el o los interesados asistan y participen en la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos? ¿Existen vacíos en la normatividad de la contratación estatal en relación de la obligatoriedad de asistencia a la audiencia de estimación de riesgos por parte de los interesados como requisito de participación para la presentación de oferta o propuesta?

Por lo anterior, es importante que la academia y el Estado tomen medidas para evitar los sobrecostos de los proyectos en los que se afectan los recursos públicos por la materialización de riesgos previsible específicos y de los que no se determinó con claridad la responsabilidad de las partes en la ejecución de contratos estatales, toda vez que estos pudieron ser identificados, valorados, tipificados y asignados en la audiencia que fue creada por la Ley para ello.

3.2. Formulación del problema.

Teniendo en cuenta lo establecido en los aspectos anteriores, esta investigación apunta a dar respuesta a la siguiente pregunta problematizadora: ¿Cuáles son las implicaciones jurídicas para que la asistencia a la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos previsible sea un requisito de participación para los interesados en un proceso de contratación estatal?

4. OBJETIVOS.

4.1. Objetivo general.

Analizar la obligatoriedad de la asistencia en la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles, como requisito de participación en procesos de contratación estatal.

4.2. Objetivos específicos.

- Identificar la evolución del ordenamiento jurídico en Colombia frente a la realización de audiencia de estimación, tipificación y asignación del riesgo en el marco de la contratación estatal.

- Analizar los factores determinantes de la obligatoriedad en la asistencia de los interesados a la audiencia de estimación, tipificación y asignación del riesgo en las distintas modalidades de contratación estatal sometidas al estatuto de la contratación estatal.
- Enunciar las herramientas eficaces para la identificación, evaluación, asignación y tratamiento de los riesgos previsibles en el proceso de la contratación estatal.

5. JUSTIFICACIÓN.

El presente trabajo representa un gran valor teórico y práctico porque atiende los riesgos previsibles de la contratación de la administración pública, actividad crítica y sensible en el cuidado y aprovechamiento de los recursos públicos. Esta mirada objetiva, marca un punto diferenciador sobre los procesos de contratación al hacer un análisis minucioso en la obligatoriedad de la asistencia de los interesados a la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles de acuerdo a la modalidad de contratación que aplique y, las necesidades de la entidad estatal especificados en los documentos del proceso en la etapa precontractual.

La contratación pública representa una parte sustancial de los flujos del comercio mundial y también constituye una parte importante del producto interno bruto (PIB), de las economías nacionales: 10 al 25% en Colombia. En la Unión Europea la contratación pública se ha estimado en un 16% del Producto Interno Bruto (European Commission, 2015). Para tener un primer acercamiento al orden de magnitud de esta actividad en Colombia, en el año 2014 se suscribieron 827.465 contratos estatales por valor superior a 196 billones de pesos. Esta cifra representa más del 20% del PIB esperado para 2014, según datos del Sistema Electrónico de Contratación Pública,

(SECOP, 2015); consolidando a la contratación pública como una de las actividades económicas más importantes del país. (Betancur, 2015, p. 11)

Desde el punto de vista práctico y epistemológico, la investigación servirá como referente para que las entidades públicas, sometidas a la Ley 80 de 1993 y Decretos reglamentarios, argumenten jurídicamente, como parte de la planeación contractual, los elementos mínimos básicos que orienten la participación y desarrollo de las audiencias de estimación, tipificación y asignación de riesgos. Asimismo, para los interesados que desean contratar con el Estado o aquellos en calidad de contratistas, asociados o cooperantes, puedan participar en la revisión activa de los riesgos previsibles, que una vez tipificados y asignados, determinan la responsabilidad de las partes para evitar, transferir, controlar, mitigar o asumir el riesgo; todo esto asociado a la correcta destinación de los recursos públicos y atendiendo a los principios establecidos en el artículo 123 y 209 de la Constitución Política de Colombia

De este modo y en caso de viabilidad del análisis jurídico, se podrán proporcionar lineamientos básicos para que las entidades públicas, sometidas a la Ley 80 de 1993 integren las condiciones y especificaciones respecto de la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos, por lo cual, podrían ajustar sus procedimientos, estudios previos, convocatorias públicas y pliegos de condiciones (o sus equivalentes); a fin de exigir la obligatoriedad de asistencia a la audiencia de estimación, tipificación y asignación del riesgo como requisito de

participación para la presentación de propuestas u ofertas. Además, permitiría fundamentar jurídicamente las respuestas a observaciones que surjan al respecto en los procesos contractuales.

Desde lo metodológico, servirá como marco referencial para comprender la importancia de la participación en la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos y sus efectos en la revisión de las condiciones, especificaciones, obligaciones, presupuesto, plazo, entre otros. En este sentido, se facilitará una propuesta metodológica que permita generar seguridad jurídica y económica de la contratación estatal por los involucrados en el proceso contractual.

En el campo de las ciencias jurídicas y políticas, constituye una herramienta teórico-práctica, pues enfatiza que la contratación de la administración pública debe incorporar, dentro de la etapa precontractual, la audiencia de estimación, tipificación y asignación del riesgo como requisito obligatorio en la modalidad de licitación pública. Asimismo, debe ser tarea de sensibilización para todos los servidores públicos que intervienen en los procesos de selección de contratistas o aquellas que tenga implementada y certificado su sistema de gestión de calidad Modelo Integrado de Operación y Gestión y NTC-ISO 31000:2018 con orientación de sus procesos a la gestión de los riesgos.

6. METODOLOGÍA.

6.1. Enfoque de investigación.

La presente investigación es de carácter cualitativo, con características descriptivas, propositivas. En ese orden de ideas y siguiendo la estructura del trabajo de investigación este presenta tres momentos en sus objetivos, los dos primeros harán un recorrido diacrónico y sincrónico sobre el ordenamiento jurídico aplicable a las audiencias de estimación de riesgos previsibles en la contratación de la administración pública a la luz del régimen de contratación estatal vigente. El último gran momento permitirá dar elementos para la implementación de herramientas en las etapas precontractual y contractual de identificación, evaluación, asignación y tratamiento de los riesgos previsibles en el proceso de la contratación estatal.

6.2. Tipo de investigación.

La investigación ha de desarrollarse en forma descriptiva y propositiva. Permite conocer el devenir histórico de la contratación de la administración pública y sus incidencias en las audiencias de estimación de riesgos.

6.3. Técnicas e instrumentos de recolección de información.

Para el trabajo, se utilizó la revisión documental, la cual se caracterizó en fuentes de información primaria y bases de datos (libros, sentencias, leyes y decretos) predominantemente.

6.4. Fuentes.

Se utilizó en este trabajo de investigación fuentes de primer orden: Constitución Política de Colombia de 1991; Ley 80 de 1993; Ley 1150 de 2007, Ley 1474 del 2011, Decreto Ley 019 de 2012, Ley 1882 del 2018, Decreto 1082 de 2015, Manuales y Guías de Colombia Compra Eficiente, Ley 1508 de 2012 y base de datos académicas. Se tendrán las referencias bibliográficas

como jurisprudencia, leyes y doctrinas sobre el tema a investigar, la cual servirá de soporte para analizar e interpretar todo lo concerniente al problema de investigación aquí planteado.

6.5. Impacto y resultados esperados.

Con este trabajo se busca contribuir al desarrollo de estrategias e implementación de herramientas para la identificación, evaluación, asignación y tratamiento de los riesgos previsibles en el proceso de la contratación estatal. Además, conceptuar sobre el problema jurídico asociado y la negativa e inconformidad de los posibles interesados al momento de asistir a este tipo de audiencias como requisito para presentar sus propuestas en procesos de contratación estatal y sin conocer, necesariamente, las implicaciones jurídicas al respecto bajo el fundamento factico y jurídico de ser contrario a los principios de igualdad, eficacia y transparencia. Paralelamente, las entidades públicas, como parte de la planeación de los procesos y documentos precontractuales, determinen como requisito de participación la asistencia obligatoria de personal idóneo a la audiencia de estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles con el fundamento factico y jurídico del principio de legalidad, responsabilidad, economía, eficacia, planeación, autonomía de la voluntad en contratos y transparencia.

De esta forma, se pudo generar un escrito monográfico que aporte a la discusión sobre el objeto de estudio. Por tanto, se dio cumplimiento a los diferentes objetivos propuestos en el anteproyecto, los cuales se ampliaron a través de esta monografía y de un artículo de síntesis elaborados como requisito para optar al título de abogado de la Institución Universitaria de Envigado.

7. CAPÍTULO 2.

7.1. Devenir histórico de la contratación estatal en Colombia.

En primer lugar, parafraseando la ley 80 de 1993, en su artículo 32 define el contrato estatal como aquellos actos jurídicos generadores de obligaciones, celebrados por parte de las entidades públicas, descritas en el artículo 2 del mismo estatuto, con particulares, dónde las partes se rigen por el principio de autonomía de la voluntad, del mismo modo que presenta varias clasificaciones tales como contrato de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública. Es igualmente un contrato bilateral, en el que ambas partes se obligan y oneroso ya que reciben utilidades y se gravan recíprocamente. A continuación, los antecedentes de esta figura.

El contrato estatal, es una figura jurídica que propende por materializar los fines del Estado y satisfacción de las necesidades básicas insatisfechas, mediante la adquisición de bienes y

servicios, según Castro, García, & Martínez, que se remonta al derecho romano, en el cual en la República (la cosa pública) lo concibió como un método para:

Gestionar los servicios públicos a través de los denominados “*societas publicanorum*”, los cuales cumplían funciones públicas por encargo, y eran escogidos por el censor a través de un procedimiento especial denominado “*tributum ex censu*”, bajo una serie de condiciones establecidas en documentos, llamados “*Lex Locationis*” (2010, p.49).

Adicionalmente, el texto la contratación estatal de Castro, García, & Martínez (2010), señala que el desarrollo evolutivo del concepto del contrato de lo público, surge en las monarquías medievales de España, a partir de la Ley V, del título V, de la partida V de las VII partidas; y en la Ley IV del título XIV del libro V de la novísima recopilación, en las cuales pueden referenciarse disposiciones especialmente dedicadas al régimen de las almonedas (contratos celebrados por los alcaldes).

En el derecho romano, se ideó un método para los servicios públicos, a través de entes: “*societaspublicanorum*, los cuales cumplían funciones públicas por encargo del Estado romano, y eran escogidos por el censor a través de un procedimiento especial denominado *tributum ex censu*,

bajo una serie de condiciones establecidas en documentos, llamados *LexLocationis*" (Rodríguez, 2011, p. 9).

El poder del Estado era solamente represor y se encontraba al servicio del soberano (el monarca), caracterizado por no someterse a las normas jurídicas. A partir de la Revolución Francesa de 1789, la Administración recae al servicio del ciudadano (pueblo) y su actividad queda sujeto al ordenamiento jurídico. Estos mandatos públicos en su devenir dieron pie a la creación del derecho administrativo.

Encontramos vestigios antiguos del contrato público en el derecho romano. Que se configuraba como una forma de concesión (uso de publicanos, concesiones fiscales de carreteras, puentes, etc.), estos contratos se hicieron necesarios por razones tanto políticas como económicas, el poder público no puede soportar los costos a veces muy altos, de construcción de infraestructura importante.

Por consiguiente, observamos que el derecho público ha estado siempre concadenado con el ciudadano, ofreciendo herramientas que faciliten la contratación estatal y la colaboración en el cumplimiento de los fines del Estado. Por lo anterior, debe hacerse una diferenciación entre acto administrativo, en el cual no interviene el ciudadano, sino que es una manifestación unilateral de

la voluntad de la administración para crear efectos jurídicos, contrario al contrato estatal en el que confluyen varias voluntades, la del interesado y la de la administración:

Desde un punto de vista académico, puede afirmarse que, en un Estado de Derecho, el acto administrativo y el contrato son las dos modalidades típicas de actuación para la realización de los fines del Estado. En principio, la Administración, titular subordinado del poder en virtud del principio de legalidad, actúa mediante actos y procedimientos unilaterales: ordena, autoriza, prohíbe, manda, cesa, sanciona, expropia. En todos estos casos, si bien ha de actuar con arreglo a un procedimiento y un régimen jurídico definido, la Administración actúa como poder y ejerce su autoridad. En palabras de Otto Mayer, «la Administración manda unilateralmente». En otras ocasiones, el Estado social sobre el que descansa, en gran medida, el bienestar de los ciudadanos («la procura existencial», que decía Forsthoff) necesita no sólo privatizar su régimen jurídico, sino contar también con el concurso de la iniciativa privada para la provisión de bienes y prestación de servicios para sí o para los ciudadanos. (Ruiz, 2008, p. 4)

De acuerdo con lo anterior, el concepto de Estado ha estado en constante evolución al bienestar de los ciudadanos, evidenciado en su cúspide cronológica del Estado Social de Derecho, el cual a diferencia del Estado liberal clásico reconoce que los derechos de los ciudadanos son vulnerados no sólo por las actividades realizadas, sino también por las omisiones del poder público, por lo que el Estado constitucional y democrático es altamente interventor. La cuestión es

que las sociedades contemporáneas resultan ser mucho más complejas en sus relaciones, las necesidades crecen y el Estado se torna insuficiente, de ahí que, conforme al principio de colaboración, los particulares puedan realizar obras y prestar servicios a través de la contratación estatal.

7.2. Contratación estatal en Francia.

Encontramos tres situaciones que obligaron a la creación de normas particulares en torno a las obligaciones entre los particulares y el Estado: En primer lugar, la regulación de los “*travauxpublics*” los cuales eran realizados por particulares miembros de los “*corps des ingenieurs des ponts et chaussees*” pero se financiaban a través del cobro de peajes cuya recaudación y custodia correspondía en el antiguo régimen a los oficiales de la Casa Real, y luego de la Revolución Francesa en la dirección de puentes y caminos que se convertiría en el Ministerio de Trabajos Públicos. (Ruiz, 2008)

Estos “*travauxpublics*” eran realizados a partir de tres modalidades bastante similares a los contratos públicos actuales: los “*Marches de gre a gre*” (Ruiz, 2008), donde se celebraba el contrato sin necesidad de adjudicación por motivos de urgencia; y la “*concession de travauxpublics*” en la que un empresario se obliga a ejecutar un trabajo dirigido al público, pero en lugar de ser pagado por la administración, obtiene el derecho a explotar el servicio al cual se destina, durante un intervalo de tiempo. (Ruiz, 2008)

En segundo lugar, la necesidad de proteger los numerosos bienes públicos del imperio, especialmente las minas en las colonias y aun en el propio territorio francés, motivó la creación de normas especiales relacionadas con su descubrimiento y concesión, actividades en las que participaban el Estado y los particulares, pero imperaba el interés general. En este sentido, si bien la jurisprudencia mayoritaria del siglo XIX admitía que estos pleitos debían ser conocidos por la jurisdicción civil, ya se habían reconocido eventos en los cuales podía ser competente el Consejo de Estado francés por abuso de poder del Estado. (Ruiz, 2008)

Por último, las relaciones obligacionales entre el Estado y los particulares se multiplicaron ante la proliferación de nuevos servicios y su cesión a los particulares, situación que llevó a la regulación especial de algunos servicios, como sucedió con la telefonía entre los años 1879 a 1889, la energía eléctrica para la fuerza motriz, los ferrocarriles, y la construcción de puentes con peaje en las grandes vías. Especial mención cabe hacer a la legislación sobre las concesiones de ferrocarriles, dentro de la cual ya se permitía la creación de sociedades concesionarias para la prestación del servicio ferroviario de interés público. (Ruiz, 2008)

A pesar de que estas regulaciones reconocían la naturaleza especial de aquellos eventos en los cuales se creaban obligaciones entre los particulares y el Estado, en la mayoría de los casos las controversias derivadas de estas relaciones eran decididas por la jurisdicción ordinaria, hasta que a principios de siglo el Consejo de Estado francés decidió reconocer la autonomía de los contratos públicos en diversos fallos dentro de los cuales cabe destacar los fallos Terrier (6 de febrero de 1903), Therond (4 de marzo de 1910), Sociétés des Grands Mille (31 de julio de 1912) y Société Générale armements (23 de diciembre de 1921), con el objeto de sustraer su conocimiento de los tribunales civiles. (Ruiz, 2008)

Años más tarde, la doctrina de Los contratos públicos se formó gracias al estudio realizado por Jeze en los tomos IV y V de su obra *Principes généraux du droit administratif* y al aporte de Laubadere en su *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, los cuales retomaron muchas de las ideas expuestas por la doctrina administrativa del siglo XIX en relación con aspectos tales como el concepto y el funcionamiento de los marchés publics y de las concesiones. (Ruiz, 2008)

Jeze (Ruiz, 2008), señaló que eran contratos administrativos aquellos celebrados para asegurar el funcionamiento de un servicio público y sometidos a reglas especiales en materia de competencia (pues deben ser concluidos por un agente público competente) y motivación (no pueden concluirse sino tienen en cuenta el interés general), por ello concluyó que estos contratos se inspiran en las ideas generales del derecho privado pero se combinan con las necesidades del funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos. (Ruiz, 2008)

Por su parte, Laubadere (Ruiz, 2008) afirmó que la mayoría de los contratos administrativos revestían características especiales derivadas de la existencia de cláusulas exorbitantes como la terminación o la modificación unilateral, situación que los dota de una naturaleza particular pero que no los excluye de ser considerados como contratos, pues constituyen un acuerdo de voluntades que produce obligaciones.

Contra estas opiniones, la escuela realista francesa señalaba que todos los contratos que lleva a cabo la administración pública están sometidos a la legislación común. En este sentido, Duguit afirma (Ruiz, 2008), que no hay diferencia en cuanto al fondo entre un contrato civil y un contrato de la administración, porque en sus elementos intrínsecos un contrato siempre tiene los mismos caracteres y los mismos efectos, la diferencia estaría solamente en el tribunal competente por razón del interés público, similar a lo que sucede en relación con los contratos civiles y los comerciales.

Esta posición fue duramente criticada por Jeze (Ruiz, 2008), quien señala que “Si los tribunales administrativos son competentes para los contratos administrativos, es porque se trata de aplicar un régimen jurídico especial; el carácter esencial de los contratos administrativos es que se someten a un conjunto de reglas especiales”. En los años posteriores, la doctrina francesa ha continuado reconociendo la autonomía de los contratos públicos, situación que ha influenciado la promulgación de normas especiales sobre los marchés publics, regulados en principio por la Ley de 17 de julio de 1964 y en la actualidad por el Decreto 15 de 2004. (Ruiz, 2008)

7.3. Contratación estatal en Italia

En Italia, la consagración de reglas especiales en materia de contratación de las administraciones públicas también se debió a la regulación de los trabajos públicos, los cuales se realizaban especialmente a través de los denominados contratos de la Ley 2245 de 20 de marzo de 1865, y el reglamento de 5 de mayo de 1895. En estos contratos se llevaban a cabo dos procedimientos paralelos: uno dirigido a la formación de la voluntad contractual y regido por el derecho privado, y otro llevado a cabo entre la autoridad contratante y la entidad que ejerce el control sobre ésta, regido por el derecho administrativo. Esta regulación fue aplicada especialmente a las concesiones ferroviarias, las cuales, además de estar regidas por la Ley 2245 de 20 de marzo de 1865, también se regulaban por la Ley de 2 de abril de 1905. (Ruiz, 2008).

Años más tarde se expedirían el Real Decreto 2440 de 18 de noviembre de 1923 (sobre la contabilidad del Estado). El Decreto Ley 526 de 10 de mayo de 1925, la Ley 100 del 31 de enero de 1926, y la Ley 2783 de 9 de diciembre de 1928, a través de las cuales ya se consagraban tres formas de selección de contratistas: la *licitazione*, la *trattativa privata* y el *appalto* concurso, dentro de los cuales se exigía la realización de *un gara* o concurso, el cumplimiento de unas *capitulati generali*, y La participación en todo el proceso de organismos denominados *corpiconsultivitecnici*. (Ruiz, 2008)

Sin embargo, en la doctrina italiana la situación fue diferente, pues la actividad contractual de la administración se consideró como un acto de gestión al cual le era aplicable el derecho privado, fundado en la capacidad jurídica privada de las entidades públicas como personas jurídicas. En este sentido, los esfuerzos se encaminaron a la identificación de los contratos públicos a las figuras civiles. En este orden de ideas, el contrato de derecho administrativo no está regulado directamente en la ley, y por ello lo asimila al contrato de asociación. (Ruiz, 2008).

7.4. Contratación estatal en Inglaterra.

En el derecho inglés no se reconocía la autonomía de los contratos públicos, por ello, los contratos de la Corona se sometían a las reglas del derecho común (common law) y al conocimiento de los tribunales ordinarios. Sin embargo, esta tendencia comenzó a cambiar con la creación de un órgano arbitral especial, encargado de dirimir las controversias relacionadas con su ejecución, y con el reconocimiento paulatino de reglas especiales aplicables a la contratación pública. (Ruiz, 2008)

En este sentido, ya para mediados del siglo XX la problemática de no poder aplicar prerrogativas especiales a la administración en la posguerra, situación que sólo era atenuada por el reconocimiento del principio según el cual una autoridad pública jamás podrá aceptar obligaciones contractuales que puedan interferir con sus poderes y sus obligaciones reglamentarias. (Ruiz, 2008).

En el ámbito doctrinal, se han reconocido los fallos del sistema del mercado para regular las situaciones en las cuales el Estado actúa como cliente, tales como la imperfección de la información de la cual dispone el gobierno, la inexistencia o insuficiencia en el mercado de múltiples bienes y servicios, la influencia que tiene en el precio la posición de monopolio que tiene el gobierno para su adquisición y el proveedor para su distribución, y la necesidad de garantizar una verdadera competencia entre los proponentes que excluya la colusión entre ellos, factores a los cuales pueden agregarse la necesidad de maximizar la inversión del gasto público, la tutela de los derechos de los beneficiarios de los bienes y servicios adquiridos y de los contratistas públicos, así como el aseguramiento de los proyectos de desarrollo económico y de la integridad de la administración. (Ruiz, 2008)

En el ámbito jurídico, fue necesaria la adaptación del *common law* a reglas especiales creadas por organismos internacionales, Organización Mundial del Comercio (OMC), el *United Nations Commission for International Trade Law* (Uncitral) y la Unión Europea (UE) sobre los contratos celebrados por el gobierno. En este contexto nace el concepto de *public procurement*, definido como la adquisición por cuerpos públicos, así como también por departamentos gubernamentales y las municipalidades, de los múltiples bienes y servicios que requieren para sus actividades. (Ruiz, 2008)

7.5. España

La contratación pública en España estableció los contratos, servicios y obras públicas en un primer momento con la realeza y fue evolucionando en el transcurrir de los años con los cambios estructurales en la sociedad que conllevaron a cambios en el ordenamiento. Otros antecedentes importantes en la legislación de la contratación de las administraciones públicas en España fueron la regulación en materia de vías públicas, que permitió que las carreteras de servicio público pudieran ser construidas y exploradas por particulares o compañías mediante concesiones para el reintegro de los capitales invertidos; la legislación minera, que reguló la posibilidad de otorgar concesiones para explotación de minerales y cuyas controversias se decidían por la vía gubernativa o por la jurisdicción contenciosa según el derecho administrativo español, y la concesión a particulares de la construcción y el mantenimiento de vías férreas.

Otros aspectos fundamentales en el análisis del origen del contrato administrativo en España fue la formación de la jurisdicción contencioso-administrativa y la posterior remisión a la misma de los contratos celebrados por la administración. “El párrafo 3 del artículo 8 de La Ley de 2 de abril de 1845, dentro de los cuales se asignaba al Consejo Real conocimiento de las demandas sobre el cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados directamente por el Gobierno o por direcciones generales de los diferentes ramos de la administración civil. (Punzón & Sánchez, 2012, p. 7)

En 1963, la contratación estatal española del administrativo se tornó en una especie de contrato, afirmando que esta figura no es exclusiva del derecho civil, y que su análisis dentro del

derecho administrativo requiere de una doble exigencia: tener en cuenta las peculiaridades funcionales de la administración como organización colectiva manifestadas especialmente en la existencia de reglas especiales para la formación del contrato (competencia, habilitación, fiscalización elección del contratista y formalización del contrato), y su giro peculiar y propio que implica la modulación de reglas especiales sobre su ejecución, cumplimiento y extinción. En la actualidad, la categoría de los contratos de la Administración es defendida por casi la totalidad de la doctrina española. Sin embargo, cabe destacar que la naturaleza del contrato administrativo no se constituye por el consentimiento de las partes sino por el acto administrativo de adjudicación. (Punzón & Sánchez, 2012)

7.6. Contratación estatal Estados Unidos

Desde 1809 se dictaron leyes para establecer procedimientos de subasta como reglamentación general en la adjudicación de los contratistas para evitar que los congresistas adjudicaran contratos a sus amigos, sin embargo durante el siglo XX comienzan a establecerse excepciones a esta regla, primero en materia de contratos bélicos a través de la *Aaned Services Procurement Act* de 1947, y luego en relación con los contratos de la administración civil en la *Federal Property and Administrative Services Act* de 1949. Con posteridad a estas leyes se expidieron la *Federal Acquisition Regulation* (FAR) que constituye un código general sobre contratación pública, y en 1984 la *Competition in Contracting Act* instauró el General Services

Administration Board of Contract Appeal (GSABCA), con el objeto de conocer los recursos interpuestos por la contratación pública. (Punzón & Sánchez, 2012).

Por lo anterior, se puede afirmar, que los contratos administrativos nacieron como resultado evolutivo de las fallas y ausencia del intervencionismo del Estado en ejercicio de la función administrativa, lo cual trajo como consecuencia la transformación de las actuaciones públicas para el desarrollo y beneficio de la sociedad. El devenir histórico del contrato administrativo se proyecta inicialmente desde el Estado moderno de la revolución francesa (Bercoff, s.f.) dónde suponía la menor intrusión posible del Estado en los asuntos de orden privado y del quehacer de los ciudadanos. Esto, a su vez, concatenado y en sinergia con la revolución industrial del siglo XIX, hizo emerger la estructura social y política que conocemos hoy como liberalismo, en lo político, y capitalismo salvaje, en lo económico, cuya consecuencia generó en la sociedad situaciones sociales insostenibles y explotación sostenida de la población obrera.

Así mismo, tras estos movimientos revolucionarios y otros que acontecieron en la humanidad, el concepto de Estado de Derecho empieza a transformarse a lo que hoy conocemos como Estado Social de Derecho, es decir, un ente en el que subyace el interés colectivo por el particular. Para tal objetivo, el Estado promueve el ejercicio de los derechos fundamentales (Constitución Política de Colombia de 1991) y adquiere una función garantista de limitación del poder público. Por lo tanto, podemos evidenciar lo que señala la Corte Constitucional:

La concepción clásica del Estado de derecho no desaparece, sino que viene a armonizarse con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el punto de

fusión. Así, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le aúna la efectividad de los derechos humanos que se desprende del concepto de lo social. El respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro lado, constituyen las consecuencias prácticas de la filosofía del Estado social de derecho. En este sentido el concepto de Estado social de derecho se desarrolla en tres principios orgánicos: legalidad; independencia y colaboración de las ramas del poder público para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado; y criterios de excelencia. (C-449, 1992).

Este avance del Estado, requiere una mayor intervención de la administración pública, ya que lo que busca esa cláusula social es precisamente trascender del Estado liberal clásico, en el que el Estado cumplía con sus fines, únicamente con abstenciones en la vida económica e individual de la persona, se consagraban o reconocían escasamente derechos sociales, como los que debe prestar la administración, valiéndose del principio de colaboración para que los particulares también participen, como otro de los rasgos constitucionales y democráticos, para lo cual Betancur afirma lo siguiente:

La actividad contractual se origina en la intervención del Estado para satisfacer el funcionamiento de los servicios públicos; y se justifica en la medida en que se racionalice y optime la inversión de recursos públicos en la adquisición de los bienes y servicios y en la contratación de las obras públicas que se requieren para garantizar el bienestar de las comunidades y la efectividad de los principios, derechos y deberes de los administrados (2015, pp. 66-67).

Las sociedades modernas presentan incontables, así como complejas relaciones entre individuos, debido al desarrollo de la industria y el crecimiento económico, por ello se hace difícil para el Estado prestar o garantizar a cabalidad la totalidad de las prestaciones para satisfacción de los derechos de los administrados, por ello se hace necesario que estos colaboren con la administración, ejecuten obras, presten servicios, suministren bienes a favor de una retribución, es la función de la contratación estatal.

Sin embargo, un alto porcentaje de los egresos públicos se efectúa mediante el elemento de la contratación pública, siendo el contrato estatal el medio idóneo para gestionar los recursos orientados a la realización de labores, adquisición de bienes y asistencia de servicios que satisfacen las necesidades básicas de la población, donde se establecen con claridad los derechos y deberes del negocio jurídico de la Administración como un sujeto en condición de casi igual con los contratistas particulares.

Desde los inicios de la República en Colombia el legislador reguló la escogencia de contratistas y algunas cláusulas de la formalidad estatal, en el marco la teoría general del contrato, esto es bajo el ordenamiento jurídico civil y comercial, no por la jurisdicción ordinaria. Lo que llevo a que la tímida regulación normativa realizada por el legislador fuera suplida por la rama ejecutiva, en uso de facultades otorgadas por el congreso desde el año 1873 hasta los años 40's, de acuerdo a lo expresado por el Congreso de la República:

El Código Fiscal de 1873 que ya regulaba la institución de la caducidad, como una forma atípica de poner fin a varios de los contratos del Estado; la Ley 53 de 1909, que reitera esta facultad y que consagra algunas exigencias administrativas; la Ley 110 de 1912, Código Fiscal Nacional que se refiere a la licitación o concurso como procedimiento de selección de contratistas y a sus excepciones; la Ley 130 de 1913, nuestro primer estatuto procesal contencioso administrativo que ratifica el concepto de actos de mero derecho privado de los contratos; la Ley 105 de 1931, que entrega el conocimiento de las controversias contractuales a la justicia común; y la Ley 167 de 1941, que reitera lo referente a la cláusula de caducidad y a la revisión administrativa de los contratos del Estado por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa y deja en manos del juez ordinario el conocimiento del contrato y sus controversias. (Exposición de motivos, Ley 80, 1993).

A esta normatividad, entre las décadas de los 40's a los 70's en Colombia, se presentó una permanente necesidad de expedición de normas particulares y especiales, como es el caso de la reglamentación de algunos de los aspectos como autorizaciones, aprobaciones y revisiones de tipo administrativo, siendo legislado el código de minas y normas referentes a trámites para la utilización de recursos mineros y a disposiciones especiales para esa tipo de actos, como la llamada “reversión”, que se fundamenta por un contrato estatal. (Exposición de motivos, Ley 80, 1993).

Posteriormente, como lo referencia el Congreso de la República (Ley 80, 1993), la reforma constitucional de 1968 en concordancia con el Decreto Ley 528 de 1964, los asuntos de controversias contractuales “administrativas” pasan a ser potestad del contencioso administrativo,

que dicta normas sobre organización judicial y competencia y expresa en sus artículos 30 y 32 las competencias de la sala de lo contencioso administrativo y de los tribunales administrativos en única instancia. Como consecuencia del acto legislativo, se expiden los Decretos Ley 1050 y 3130 de 1968 por el presidente, diferenciando los contratos que celebraba el Estado y sus instituciones públicas acordando también con otros entes. (Exposición de motivos, Ley 80, 1993).

En 1973 se expidió la Ley 2ª en la que se otorgan facultades al presidente de la República para expedir el estatuto contractual en el ámbito nacional, sin que dentro del término habilitado lo hubiese realizado, requiriéndose de la Ley 28 de 1974, donde nuevamente se otorga dicha facultad y esta vez, como consecuencia, se realizó la regulación normativa a través del Decreto Ley 1670 de 1975. Este estatuto tuvo un pliegue en el orden nacional y continuando vigentes y aplicables las disposiciones civiles y comerciales del contrato, toda vez que no enmarcó la totalidad de los aspectos de la contratación pública. (Exposición de motivos, Ley 80, 1993).

Es de señalar, que el decreto expedido por el gobierno no logró su propósito, fue motivo de críticas y también surgió la necesidad de modificarlo, por lo cual se presentaron en varias legislaturas varios proyectos que buscaban ajustar la institucionalidad del estado y finalmente, no lograron convertirse en Leyes de la república. Lo que condujo a un consenso general en la necesidad de expedir un nuevo estatuto que abarcara la solución para la problemática existente en temas de contratación pública. (Exposición de motivos, Ley 80, 1993).

Con la llegada de la Constitución de 1991 se establecieron los principios administrativos (artículo 209), elementos de transparencia, asociados a las inhabilidades para la contratación (artículos 122 y 126) y se consagró la obligación del Congreso para expedir el estatuto general de la contratación pública y en especial de la administración nacional (artículo 150, inciso final). Al respecto, el Congreso manifestó que es necesario un nuevo estatuto de contratación estatal, porque:

Como se ha visto, los juristas y estudiosos del derecho se concentraron en los últimos veintidós años en la crítica de los estatutos contractuales y en la definición del "contrato administrativo", para diferenciarlo del "contrato del derecho privado", los jueces, por su parte, no sólo se ocuparon de ello sino también de separar la materia administrativa contractual de los asuntos del mero derecho privado existentes en tales actos. Adicionalmente, la administración se vio rodeada de obstáculos y pleitos que la obligaron a buscar atajos para substraerse de las Leyes de la contratación pública. (Exposición de motivos, Ley 80, 1993).

Lo anterior permite la aprobación (Exposición de motivos, Ley 80, 1993), sanción y promulgación de la Ley 80 de 1993: Régimen de la Contratación Estatal, contiene las siguientes características:

- Universalidad del estatuto.
- Fin de la contratación estatal.
- Autonomía de la Voluntad Normatividad del Acuerdo.
- Formalidad de los contratos.
- Contratos estatales.

- Categorización de los contratos estatales.
- Derechos y deberes de las partes.
- Competencia y capacidad negociar.
- Particularidad de las ofertas.

Como parte de la evolución normativa de la contratación pública desde la Ley 80 de 1993 a la fecha se destaca no solo las leyes que modifican el Régimen de Contratación Estatal, sino el decreto único reglamentario vigente y los manuales y guías de Colombia Compra Eficiente. Al realizar una búsqueda normativa al respecto se identifican los siguientes y principales referentes de interés que pueden estar asociados al objeto que se desarrollará con mayor detalle en la investigación. Estos son:

- Ley 1150 de 2007: Medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. (Ballesteros, 2013, p. 23)
- Ley 1474 del 2011: Normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. (Ballesteros, 2013, p. 23)
- Decreto Ley 019 de 2012: Normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. (Ley 1150 de 2007)

- Ley 1508 de 2012: Régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.
- Decreto 1082 de 2015: se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. (Ballesteros, 2013, p. 23)
- Ley 1882 del 2018: Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.
- Manuales y Guías de Colombia Compra Eficiente: Documentos de referencia o de obligatorio cumplimiento que se publican por esta entidad y que hacen parte los referentes en los procesos contractuales.
- Circulares de Colombia Compra Eficiente: Circulares que son publicadas en el portal de la entidad y que son de referencia o de obligatorio cumplimiento por las entidades estatales en sus procesos de contratación. Son de gran utilidad, porque además conceptúan sobre aspectos de alto interés de aplicación de los Manuales y Guías publicados.

7.7. Modalidades de contratación pública

Las modalidades de contratación pública es el proceso que realiza la administración dependiendo de la clase de contrato a realizar; de conformidad con la Ley 1150 del 2007 estipulado en el artículo 2 las modalidades de selección y el Decreto 1082 del 2015 así: “La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa e invitación pública de mínima cuantía”

atendiendo a cada una de sus causales. No obstante, y de acuerdo a la nueva regulación normativa se comienza a generar referencia a otra modalidad de contratación que es regulada por la Ley 1508 del 2012, hoy reglamentada por el Decreto 092 de 2017, la cual se refiere a la contratación con las Asociación Publico Privadas (APP). Las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011, 1508 de 2012 y el Decreto 1082 de 2015 se han determinado las siguientes modalidades de contratación estatal:

Licitación pública.

Entendemos la licitación pública como el procedimiento en el que una entidad formula públicamente la convocatoria para quienes estén interesados en presentar ofertas a dicha convocatoria en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable, de acuerdo a las estipulaciones del pliego de condiciones que sea más favorable, según el análisis de la entidad, para el desarrollo de los fines del Estado.

En ese mismo sentido, la licitación debe acogerse a la observancia de dos principios medulares, el primero de ellos, es la libre concurrencia, que deberá ser entendida como la posibilidad de oposición entre todos los oferentes; y la igualdad entre los proponentes, dada en que la entidad estatal garantizase desde el comienzo del proceso licitatorio hasta la formalización del contrato, las mismas facilidades para quienes desean presentar sus ofertas lo hagan sobre bases idénticas. (Sentencia C 949 de 2001)

La naturaleza jurídica y normatividad de esta característica de contratación se encuentra en la Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007 que estableció en su artículo 2 que: “la escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 de dicho artículo”.

Habida cuenta, que al tenor de lo establecido en la Ley 80 de 1993, el plazo de una licitación pública es “el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre”, resulta evidente, que las modificaciones del mismo, tienen también una incidencia directa en la oportunidad de las acciones administrativas posteriores al cierre de la licitación, de índole precontractual, hasta arribar a la terminación de esta. Dicho con otras palabras, la extensión en el tiempo del plazo de la licitación pública genera una extensión también en el tiempo del acto de adjudicación. Como se observa, el plazo de la licitación pública no es en sí mismo, una finalidad de la administración que desea celebrar un contrato es tan solo un requerimiento que debe estar contenido en los pliegos de condiciones o términos de referencia, para efectos de dar desarrollo a los principios que orientan la función administrativa y de manera específica la contratación estatal. El fin último de la administración pública, en un caso como el que se estudia, es celebrar un contrato y para ello seleccionar un contratista, y no establecer un plazo, éste es tan solo un instrumento para cumplir la finalidad máxima, conforme a los principios y reglas que orientan la actividad negocial de las administraciones públicas. Por este motivo, la extensión de los plazos de una licitación pública, sin duda alguna, puede llegar a alterar el momento e inclusive la forma como se adjudique a un proponente un contrato, pero en sí misma considerada no trasciende los efectos mediáticos propios de una

decisión de este tipo. (Consejo de Estado, Sentencia 11001-03-26-000-2004-00004-01 (26649) de 2007)

Selección abreviada:

La ley 1150 del 2007, establece que la selección abreviada en los bienes y servicios de características técnicas uniformes: entendido en los términos del literal a) del artículo 2 como: “bienes y servicios de común utilización por parte de las entidades son aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos” (Ley 1150, 2007).

En el objeto de la selección abreviada también encontramos la subasta inversa y el procedimiento de menor cuantía. La subasta inversa, entendida como la circunstancia de la selección abreviada para adquirir servicios de características técnicas y uniformes en las cuales los oferentes interesados realizan lances con sus ofertas de precio en las condiciones del proceso hasta presentarse la propuesta con menor valor económico el cual deberá ser seleccionado por la entidad. Esta modalidad o circunstancia deberá atender a las reglas generales (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015).

El procedimiento de menor cuantía, entendido al tenor del literal b, del artículo 2: “se realiza en razón a los valores relacionados, en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresadas en salarios mínimos legales mensuales para la selección.” (Ley 1150, 2007).

En referencia a estos parámetros y con la información actualizada al año 2018 deberá efectuarse esta modalidad atendiendo a los siguientes lineamientos presupuestales, según sean las circunstancias fácticas de la entidad contratante:

PRESUPUESTO ANUAL DESDE EN SMLMV	PRESUPUESTO ANUAL HASTA EN SMLMV	MENOR CUANTIA EN SMLMV	VALOR 2018
	MAS DE 1.200.000	1.000	781.242.000
850.000	1.200.000	850	664.055.700
400.000	850.000	650	507.807.300
120.000	400.000	450	351.558.900
0	MENOS DE 120.000	280	218.747.760

Fuente: Valores para el año 2018 en procesos de menor cuantía, autoría propia

Concurso de méritos:

El artículo 32 en el inciso segundo, establece las actividades taxativas que son objeto de esta modalidad de contratación, por lo que señala:

Los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para

programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, son los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. (Ley 80, 1993)

Esta modalidad también es definida por el artículo 2 en el numeral 3 de la Ley 1150 de 2007 como: “la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación.”

A lo anterior, podemos enunciar que éste procedimiento de licitación contribuye a elegir el mejor proponente para la entidad estatal y el bien común, dado que se busca las mejores competencias y cualidades en criterios económicos y que se orienten con los principios y estándares de calidad de la ODS (Objetivos del Desarrollo Sostenible) y planes de gobierno.

La entidad contratante deberá seleccionar sus contratistas a través de esta modalidad para la prestación de servicios de consultoría establecidos por el legislador en el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. La modalidad de la mínima cuantía en la contratación surge a la vida jurídica con el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 que establece que: “deberá surtirse dicho procedimiento para la adquisición de aquellos contratos que no excedan el 10% de la menor cuantía independientemente de su objeto”. Lo anterior surge con fundamento en el principio de celeridad garantizando el debido proceso y atendiendo a la regulación normativa consagrada en el Decreto 1082 de 2015.

Esta modalidad de contratación se caracteriza por simplificar algunas etapas, manteniéndose la aplicación de la contratación estatal en consideración a la Ley 1474 de 2011, artículo 94. Algunas diferencias de esta modalidad son:

- Estudio previo simplificado.
- No hay proyecto o pliego de condiciones.
- Existe una invitación pública.
- No hay audiencia de aclaraciones.
- Es posible no exigir garantías dependiendo el objeto y debidamente motivada.
- La firma de la invitación hace las veces de acta de apertura.
- Único criterio de selección (precio más favorable).
- El contrato consta de la oferta y la carta de aceptación de la misma.
- No se exige Registro Único (RUP).

La contratación directa se encuentra establecida en el artículo 2.2.1.2.1.4.1, que permite a las entidades estatales adquieran bienes y servicios bajo esta modalidad, no obstante, el artículo exige que:

La Entidad Estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales (a) y (b) del artículo 2.2.1.2.1.4.3 (Decreto 1082, 2015)

La contratación directa dice el Manual de Contratación y Supervisión es una “modalidad de contratación excepcional, por lo que su aplicación es de carácter restrictivo. La Ley de contratación pública en Colombia, prevé de manera taxativa los eventos en los cuales es procedente esta modalidad de contratación”. (2015, p. 72).

La Ley 80 de 1993 en el artículo 24 y la subsección 4 del Decreto 1082 de 2015, establecen como causales para la adquisición en la prestación de servicios a través de la contratación directa las siguientes:

Urgencia manifiesta; Contratación empréstitos; Contratos interadministrativos: obligaciones contractuales deben tener relación directa con el objeto de la entidad ejecutora; Sector defensa; Desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; Encargo fiduciario entidades en Ley 550, con entidades financieras públicas; Cuando no existe pluralidad de oferentes en el mercado; Servicios profesionales y apoyo a la gestión o trabajos artísticos específicos; Arrendamiento o adquisición de inmuebles.

En la actualidad la doctrina ha considerado las Asociaciones Público-Privadas como una modalidad de contratación adicional y diferente para que las entidades territoriales adquieran los recursos y satisfagan las necesidades de los ciudadanos, lo cual tiene fundamento jurídico en el inciso 2 del artículo 355 de la Constitución, el cual señala lo siguiente:

(...) El gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo (...)

Esta modalidad de contratación es regulada en la Ley 1508 de 2012 y hoy reglamentada por el Decreto 092 de 2017, en donde se establecen los lineamientos para que la administración pública a través de tres posibilidades pueda adjudicar los procesos de contratación a las entidades privadas sin ánimo de utilidad. A su vez, el citado Decreto establece que se deberán aplicar las normas generales del sistema de contratación pública y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades dispuesto por la Ley 1474 de 2011.

Uno de los principales motivos de crítica a la gestión contractual se refiere al volumen de contratos que se realizan en forma directa, eludiendo los procesos de selección que la ley contempla. Para evitar esta mala práctica, la Ley 1150 de 2007 disminuyó las causales que permitían acudir a esta modalidad y, además se exige que se expida un acto administrativo que justifique la contratación bajo esta modalidad (Decreto 734 de 2012, artículo 3.4.1.1.),

excepto para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión y en los contratos de empréstitos y los del sector defensa que requieren reserva. (Hitscherich y Herrera, 2012, p. 26).

7.8. Principios jurídicos de la Contratación Estatal

Para efectos del desarrollo del objetivo general de este trabajo de grado es importante precisar que en el estudio del derecho encontramos que este no subsiste por si solo con la aplicación de normas o reglamentaciones que ordenen o regulen las acciones de la comunidad en general, por lo tanto, surge una exigencia para que el sistema jurídico establezca una nueva forma de dinamizar el derecho en busca de una aplicabilidad más ágil y efectiva. Es por esto que surge la aplicación de principios que orienten y den los lineamientos básicos o generales que deben seguir las normas jurídicas, es decir, se concibe en la materialización del derecho que en cualquier regulación normativa que se haga existe un punto donde nace a la vida jurídica la conceptualización de preceptos básicos que deben ser regulados posteriormente por las normas jurídicas.

Es por ello por lo que para el desarrollo de lo que queremos demostrar en este trabajo se hace necesario que exista esa conceptualización del término “principio”, toda vez que con su aplicación se generan más posibilidades de hacer más efectivo y adecuado el uso del derecho en las necesidades de la sociedad, las cuales deben ser cubiertas en gran parte por el Estado.

Los principios son mandatos de optimización que ordenan cumplir determinada situación atendiendo a las posibilidades materiales con las que se cuentan en un momento dado, se diferencian de las reglas en su estructura. Mientras las reglas son criterios de todo o nada, que pueden ser cumplidas o incumplidas, dado A debe ser B, los principios contienen una estructura de hacer determinada conducta x en tanto sea posible. Los principios determinan la dirección e interpretación de las restantes normas, en la contratación pública direccionan cada una de las etapas de la relación contractual. (Robert Alexy, 1988)

El cumplimiento de los fines del Estado se da paulatinamente con la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo de los diferentes niveles, nacional, departamental, distrital y municipal; de conformidad con los artículos 339 a 344 de la Constitución, que faculta a las entidades asociadas a dichos niveles, para celebrar contratos con recursos de los respectivos presupuestos. La celebración de estos contratos debe cumplir con los principios básicos de: “legalidad, igualdad, libre concurrencia, buena fe, imparcialidad, economía, celeridad, eficacia, publicidad, moralidad administrativa, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, libertad de empresa, debido proceso, planeación y presupuesto, contradicción, prevalencia del interés general, participación y control ciudadano, equidad y valoración de costos ambientales” (Suárez, 2010, p.25, citado por Betancur, 2015, p. 16).

La contratación pública está regida obligatoriamente por principios constitucionales, legales y jurisprudenciales. Los principales a considerar al respecto son, en primer lugar, el de igualdad, por el cual las reglas de los pliegos deben establecerse procurando la libertad de la convocatoria de los interesados, la selección abierta y objetiva del contratista, y la imparcialidad dentro de todo el proceso de contratación. Este criterio, ha sido desarrollado en el artículo 209 de la Constitución Política, La Ley 1437 de 2011, la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia. A lo anterior se puede señalar lo siguiente:

El principio de la igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, tiene una doble finalidad: de una parte, como garantía de imparcialidad para los administrados y de protección de sus intereses y derechos, que se traduce en la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas, irrazonables y desproporcionadas para participar, de suerte que los interesados cuenten con idénticas oportunidades en un proceso de contratación; y de una parte, también como garantía para la administración, toda vez que su rigurosa observancia incrementa la posibilidad de obtención de una pluralidad de ofertas y, por ende, de una mejor selección del contratista y de la propuesta más favorable. (Consejo de Estado, 2007, citado por Betancur, 2015, p. 16)

Otro de los principios elementales de la contratación estatal es el de moralidad, entendido como la institucionalización de la administración pública y la prevención del desvío de poder por intereses particulares que afecten el normal funcionamiento de los intereses estatales, es desarrollado por la Constitución y la Ley, haciéndolo vinculante para las entidades estatales en sus

actuaciones administrativas. (Ley 1437 de 2011 y artículo 209 de la constitución política de Colombia).

Del mismo modo, el principio de eficacia tiene una connotación constitucional y legal (artículo 209 constitución política de Colombia y Ley 1437 de 2011), y de este se emana que el contrato estatal debe ser el resultado de un fin, para el cumplimiento de un plan, meta u objetivo y producto de un proceso de contratación diligente.

Los recursos, que no son únicamente económicos, sino industriales y de tiempo son valiosos, por lo que la administración debe contratar de acuerdo con los medios más económicos posibles para cumplir con un objetivo determinado. Es dónde cobra importancia el principio de economía, que exhorta a que los procedimientos y recursos estatales que permeen las actuaciones administrativas deberán ser racionalizados y optimizados atendiendo al principio de austeridad de tiempo, medios y gastos, tal y como fue consagrado por la Constitución, la Ley 1437 del 2011 y la Ley 80 de 1993.

Por su parte, el principio de celeridad busca que el Estado desarrolle sus actividades, satisfaga las necesidades de la manera más pronta posible, o cuanto menos en la manera más oportuna posible. Tiene su fundamento en la constitución, artículo 209, y la Ley 1437 de 2011, y su fundamento está en que la administración pública deberá ejercer su función a través de procedimientos pertinentes y evitando al máximo el entorpecimiento injustificado.

En este orden de ideas, el principio de imparcialidad indica que la función administrativa debe despojarse de intereses particulares que generen privilegios ajenos a los intereses del estado, este principio es consagrado en el artículo 209 de la constitución política de Colombia y desarrollado en la Ley 1437 del 2011.

Por su parte, el principio de publicidad manda a que el Estado garantice el acceso a la información sobre sus actuaciones administrativas, el derecho de contradicción y atender a la voluntad de las partes, este principio, subyace en el artículo 209 de la Constitución y la Ley 1437 de 2011.

Del mismo modo, el principio de buena fe es entendida como la presunción de que las actuaciones administrativas están permeadas por la rectitud de las conductas, no obstante, por tratarse de una presunción legal admite prueba en contrario, debe entenderse que este principio surge a partir de la Ley 1437 de 2011 y es desarrollado por la jurisprudencia, a pesar de no estar consagrado como principio constitucional, es vinculante en las actuaciones de la administración pública.

De acuerdo con el principio de transparencia, del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, se dispone que en virtud de este principio deba efectuarse la escogencia del contratista. Este principio engloba el derecho de contradicción, la publicidad de las actuaciones de la administración, la motivación de los actos y los criterios de adjudicación.

Para Gómez & González, el principio de transparencia: persigue garantizar que, en la formación del contrato, con plena publicidad de las bases del proceso de selección y en igualdad de oportunidades de quienes en él participen, se escoja la oferta más favorable para el cumplimiento de los intereses de la administración, de suerte que la actuación administrativa de la contratación sea imparcial, alejada de todo favoritismo y, por ende, extraña a cualquier factor político, económico o familiar. (2016, p. 61)

Por lo anterior puede verse, que el principio de transparencia es inseparable de los “principios de igualdad, libre concurrencia, imparcialidad, selección objetiva y proporcionalidad, siendo fundamental en la consecución del interés general y en la protección del patrimonio público” (Suárez, 2010, citado por Betancur, 2015, p. 19)

Habría que decir también que, el principio de economía, según el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, atiende a que las normas de escogencia de los contratistas cumplan lo señalado en el pliego de condiciones, para asegurar la selección más favorable de la propuesta más favorable dentro de los términos establecidos para las diferentes etapas de la selección, austeridad de tiempo, medios y gastos. Lo anterior se adelantará con sujeción a la constitución, la Ley y la jurisprudencia.

De otro lado, el principio de responsabilidad es creado por la Ley 80 de 1993 en el artículo 26 que enmarca a que los servidores públicos cumplan los fines de la contratación, vigilen la

correcta ejecución del contrato. Así mismo, deben proteger los derechos y patrimonio de la entidad, del contratista y de aquellos que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Las formalidades de la contratación en la administración pública deben proveer atendiendo los principios de eficiencia y eficacia con el objetivo de lograr una gestión contractual. Para ello, las entidades territoriales a través de la oficina correspondiente y en armonía con las demás dependencias administrativas, deberán planear la programación de la contratación en aras de proveer a la entidad de los medios idóneos para el progreso de los proyectos contenidos en los planes de desarrollo, bien sea, municipales, departamentales o nacionales, y para ello deberá atender a las anteriores modalidades de contratación descritas, dependiendo de las reglas y atendiendo a cada una de las causales definidas en la Ley dependiendo del servicio o bien a adquirir.

Además de garantizar la facultad de participar a los proponentes con méritos para hacerlo y de contribuir al fortalecimiento empresarial, el principio de la libre competencia fomenta la oposición entre proponentes, la competencia y la libertad de mercados; facetas de las cuales se beneficia la administración con la recepción de propuestas más favorables, disminuyendo al mismo tiempo las probabilidades de aparición de prácticas colusorias entre contratistas. El Consejo de Estado (2003), ha dicho al respecto: “El derecho a la igualdad en los contratos estatales se plasma en el derecho a la libre competencia u oposición. (Betancur, 2015, p. 17)

El principio de selección objetiva permite a la entidad pública otorgar la oportunidad a los oferentes de realizar, en un marco de competitividad ofertas para colaborar en la ejecución de los fines estatales, de manera que al momento de seleccionar el contratista la administración no tenga en cuenta criterios subjetivos, este principio limita la autonomía de la voluntad al momento de seleccionar.

Con este deber de selección objetiva que se encuentra explícitamente establecido en los artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y 5 de la Ley 1150 de 2007, se infiere que con el establecimiento de requisitos y condiciones se pretende alcanzar múltiples beneficios para entidad contratante y proponentes, por ejemplo, identificar la oferta más favorable para la entidad, proscribir de los pliegos de condiciones motivaciones subjetivas, establecer requisitos proporcionados al alcance y valor del objeto a contratar, satisfacción del interés general y prevención de la corrupción. (Betancur, 2015, p. 19)

Al momento de realizar la selección se tienen en cuenta por parte del poder público las condiciones en las ofertas que resulten más favorables, se favorecerá la experiencia, el precio en la prestación de bienes y servicios, el plazo en el que se compromete a realizarlo, los estudios realizados para garantías en la economía de los recursos públicos. Esto garantiza la igualdad negativa, al posibilitar la competencia en el marco del mercado, dónde se opta por los mejores precios ofrecidos y el oferente más capacitado, según el juicio realizado por la entidad.

“(…) la selección del contratista debe ser objetiva, a propósito de la cual precisa que tal finalidad se concreta cuando recae sobre el ofrecimiento más favorable a los intereses de la entidad pública y a los fines buscados con la contratación, sin que prevalezcan en dicha escogencia factores de índole subjetiva”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007, citado por Mantilla, 2014, p.13).

La naturaleza asociativa del ser humano conlleva a que se someta a un conjunto normativo, al ordenamiento jurídico, que representa el interés general en las leyes. Esto aplica con mayor fuerza a la relación jurídica contractual en dónde una de las partes es el soberano, el Estado, dónde si bien el desarrollo de la negociación se determina desde las leyes civiles, éstas son cuestiones supletivas en caso de las normas de derecho público, como es el Estatuto General de la Contratación.

Una de las bases de un Estado social de derecho, es el hecho de que prevalece el interés general sobre el particular, tal y como lo mandan multiplicidad de normas positivas en la Constitución Política de Colombia y en la ley 80 de 1993; y más específicamente el artículo 1 de nuestra Carta que indica que Colombia es un Estado fundado en la prevalencia del interés colectivo, por lo que, en palabras del constituyente en el artículo 58, el interés privado deberá ceder al interés público o social. (Orrego, 2012, p. 12)

Adicionalmente se precisa que, para efectos de análisis dentro de este trabajo monográfico y los principales ejemplos, han sido desarrollados alrededor de la entidad territorial denominada

“Municipio que surge a partir de la ley 136 de 1994, toda vez, que se establecen las normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, y en el entendido del artículo 1 de la citada ley:

El municipio es la entidad territorial fundamental de la división político-administrativa del Estado, con autonomía política, fiscal y administrativa, dentro de los límites que señalen la Constitución y la ley y cuya finalidad es el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población en su respectivo territorio.

Por lo anterior, el legislador consagra que para el ejercicio de la administración municipal la organización y el funcionamiento de los municipios se desarrollarán con arreglo a los postulados que rigen la función administrativa, expresados en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991, y regulan la conducta de los servidores públicos, y en especial; con sujeción a los principios de eficacia, eficiencia, publicidad y transparencia, moralidad, responsabilidad e imparcialidad.

Es preciso resaltar que el estado en razón a la principalística emanada de la Constitución Política de Colombia desde su artículo 209 la cual se desarrollan en la ley 136 de 1994, tiene gran responsabilidad en cada una de sus actuaciones lo que hace más rigurosa la aplicación de la ley, es decir, las entidades estatales no deberán desconocer los preceptos legales para evitar incurrir en faltas por omisión legal, no obstante, quien este facultado para aplicar la ley en representación del estado, no podrá desconocer por ningún motivo los principios que rigen la materia.

Por esa razón debe entenderse que en el caso que nos ocupa de la obligatoriedad de la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos, es completamente acertado pensar que los servidores públicos están facultados para exigir la obligatoriedad de la asistencia a los interesados en el proceso de contratación, esto en aplicación a los principios consagrados para el funcionamiento de la administración municipal, sin olvidar, que a su vez puede darse exigibilidad al cumplimiento de principios generales de la contratación estatal que también permiten que se exija este requisito dentro del proceso de contratación en aras de garantizar la efectiva inversión de los recursos públicos.

7.9. Ecuación contractual

La ecuación contractual tiene la finalidad de lograr que las partes contractuales lleven a cabo relaciones igualitarias, sin imponerse una a la otra parte, en la medida que respeten los derechos y cumplan con sus deberes que la ley les señala, derivado del contrato estatal. Se, el principio de autonomía de la voluntad de las partes, así como los derechos y deberes legales expresados en la ley 80/93, aportando conceptos doctrinarios sobre el tema. Así las cosas, la ley 80 consagra que la ecuación contractual es:

Artículo 27. De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o

de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

La ecuación contractual, se deriva en primer lugar del contrato estatal como la fuente de la que emanaran los derechos y obligaciones tanto del contratista como de la administración pública, que permitirá la equivalencia entre las partes, lo que la ley 80 de 1993, denomina ecuación contractual. Para ello se hace necesario entrar a indagar, para un posterior análisis, sobre el contrato estatal como el eje esencial en la contratación estatal.

En primer lugar, parafraseando la ley 80 de 1993, en su artículo 32 define el contrato estatal como aquellos actos jurídicos generadores de obligaciones, celebrados por parte de las entidades públicas, descritas en el artículo 2 del mismo estatuto, con particulares, dónde las partes se rigen por el principio de autonomía de la voluntad, del mismo modo que presenta varias clasificaciones de contrato definidas en el Estatuto General de la Contratación Pública.

Desde la jurisprudencia, puede citarse la sentencia 25000-23-36-000-2013-01717-01 del Consejo de Estado (2017), en la cual el sujeto dicha corporación determino respecto del rompimiento de la ecuación económica del contrato estatal que:

“Tanto la entidad contratante como el contratista deben determinar o prever la ocurrencia de circunstancias o acontecimientos que potencialmente puedan generar un ruptura del equilibrio económico del contrato, previamente a su suscripción, con base en aspectos tales como la probabilidad de producción en otros contratos similares, las condiciones en las que efectivamente pueden producirse, entre otras, para que de ésta manera se pueda determinar a quién le corresponde asumirlos y por qué y que medidas pueden adoptarse para mitigar los efectos de su producción”.

Lo cual permite inferir que con la obligación que tienen tanto como contratistas como las entidades, de discutir la tipificación, estimación y asignación de riesgos, se permite a las entidades estatales exigir el cumplimiento de la asistencia a la audiencia en que se debaten los riesgos previsibles, esto entendiendo que solo habrá lugar al equilibrio económico por las causas, motivos o circunstancias surgidos al momento de proponer o de contratar. Adicional a esto la sección tercera de la Sala Plena Contenciosa Administrativa argumenta:

La conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse. (Consejo de Estado, Sentencia 2013-01717/54614 de febrero 8 de 2017).

No hay duda de que la definición de la ley 80 está inspirada en la noción de acto jurídico, institución de indudable raigambre civil, que representa la manifestación de una o más voluntades orientadas a producir determinadas consecuencias jurídicas. El contrato encarna una especie del acto jurídico bilateral, que exige por tanto el acuerdo de voluntades.

Para el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) es relevante el ejercicio propuesto en la ley 1150 de 2007 respecto a “los riesgos previsibles, toda vez que como se afirma en el documento 3714 esto:

“Busca extrapolar el ámbito del equilibrio económico de los contratos, los riesgos previsibles plenamente tipificados, estimados y asignados por las partes de un contrato estatal, con el fin de que hagan parte de las condiciones del mismo. De esta forma, los riesgos

previsibles tienen un tratamiento propio regido por las reglas consignadas en el contrato, incluyéndolos así dentro de la ecuación contractual, con lo cual, en caso de acaecer en la ejecución del contrato no afectarían el equilibrio económico y, por tanto, no procedería su restablecimiento”.

Como complemento de lo anterior se precisa que la ley 80 de 1993 trae consigo una serie de derechos y deberes, enunciados tanto para las entidades como para los contratistas o interesados en procesos de contratación, para las primeras en razón a lo dispuesto por el artículo 30 en el numeral 4 que expresa que en la licitación:

“Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas interesadas en el proceso se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. En la misma audiencia se revisará la asignación de riesgos que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva”.

Lo anterior deja claro que es una obligación de las entidades de generar este espacio para dar cumplimiento a la gestión del riesgo conforme la ley 1150 de 2007, no obstante, también se configura un deber de los interesados de “colaborar con las entidades contratantes en lo que sea

necesario para que el objeto contratado se cumpla”, esto según el artículo 5, numeral 2 de la ley 80 de 1993.

Se precisa que quienes quieran contratar con el estado deberán entender que no hay lugar a la ecuación contractual por eventos que pudieron ser previstos desde el momento en que surge el proceso de contratación, es decir, solo habrá lugar al restablecimiento económico del contrato, en los términos en que nació a la vida jurídica el mismo, lo cual obsta para precisar que la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos, se hace obligatoria la asistencia de las partes interesadas en el proceso de contratación estatal, para determinar las condiciones en que se perfeccionará y ejecutará el contrato estatal, esto para evitar desequilibrios económicos que no podrán ser asumidos por el Estado, por no configurar una causal necesaria para el restablecimiento a través de la ecuación contractual. Por el contrario, deberá ser asumido por el contratista quien fue llamado en la etapa precontractual para definir situaciones que podrían ocurrir de acuerdo con el objeto contratado y los documentos previos publicados por la entidad contratante.

Se configura un argumento más para que las entidades estatales en sus procesos de contratación exijan la asistencia obligatoria por parte de los interesados a la mencionada audiencia, esto en el entendido de que el contratista será quien deberá justificar el desequilibrio económico y no podrá hacerlo en situaciones que pudiendo haber sido previstas desde el inicio del contrato, no fueron estimadas, tipificadas y asignadas, por lo que no hace parte integral del contrato estatal, lo

cual se explica en que no podrá restablecerse el equilibrio contractual, toda vez que no nació dicha situación con el perfeccionamiento del contrato estatal.

La ecuación contractual o el equilibrio económico se relaciona con la obligatoriedad en la asistencia a la audiencia de riesgos, en el entendido que la ecuación contractual busca la igualdad o equivalencia de las partes del contrato cuando se rompe por causa no imputable a quien resulte afectado, la audiencia de riesgos busca, justamente, asignar la responsabilidad en caso de materialización por lo cual no podría declararse un desequilibrio contractual a causa de una correcta gestión de los riesgos previsibles. es aquí donde la teoría de la imprevisibilidad es la base jurisprudencial para fundamentar las situaciones donde se configure y tipifique los requisitos o los elementos jurídicos del desequilibrio de ecuación contractual.

7.10. Imprevisión como principio general del derecho

Tiene indudable nexo con el deber de restaurar el equilibrio contractual en su contenido patrimonial. Se sustenta jurisprudencialmente sobre un criterio diferente al de caso fortuito o fuerza mayor, puesto que esta última hace imposible el cumplimiento del contrato y exime el cumplimiento de las prestaciones. Es causal liberatoria del deber jurídico. Exonera de responsabilidad y su aplicabilidad se respalda en la imprevisión, es decir, en el acaecimiento o surgimiento de circunstancias excepcionales.

7.11. Aspectos jurídicos, doctrinales y jurisprudenciales de la audiencia de riesgo.

La estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles es la garantía a la administración pública, de que eventos que han de afectar patrimonialmente serán establecidos con anterioridad en el pliego de condiciones y el contrato estatal. Es un requisito de planificación de los procesos de contratación estatal regulados por el artículo 2.2.1.1.2.1.1. Del decreto 1082 del 2015 el cual consagra que, en los Estudios y documentos previos:

Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección... (Decreto 1082 del 2015)

Para la realización de dicho fin, de que la administración proteja las arcas de los recursos público, es necesario la realización de la audiencia de asignación de riesgos, la cual además de ser de obligatorio cumplimiento debe quedar estipulada en el pliego de condiciones, en esta audiencia se efectúa la deliberación entre el interesado y la entidad estatal, para fijar el contenido de los riesgos.

En el desarrollo de este trabajo monográfico es indispensable conocer y asimilar las regulaciones normativas dictadas en materia de contratación administrativa, específicamente, en la regulación que se dicta sobre la tipificación, estimación y asignación de los riesgos en los procedimientos de contratación que realicen las entidades estatales, toda vez que se han presentado

constantes reformas cuyo objetivo principal ha sido garantizar la transparencia y legalidad de los contratos perfeccionados por cada entidad, entre los cuales se encuentran los siguientes preceptos legales:

Ley 80 de 1993:

Dentro de la estructura que se señala en el Estatuto General de la contratación pública, dispone la generalidad de reglas y principios, dentro de lo preceptuado en el artículo 30, establecía específicamente que en la modalidad de selección objetiva de licitación pública:

4. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. En la misma audiencia se revisará la asignación de riesgos que trata el artículo 4 de la ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva. (...).

Ley 1150 de 2007:

En el entendido que el espíritu normativo de esta ley fue modificar la ley 80 de 1993 e “introducir medidas para la eficiencia y la transparencia en la contratación con recursos públicos”, dentro de las disposiciones relacionadas con la eficiencia y la transparencia, en el artículo 4, se ordenó, sobre la distribución de los riesgos en los contratos estatales que:

“Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

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

Esta regulación normativa dispone que las entidades públicas en la etapa precontractual en cada uno de sus procedimientos, cuya finalidad sea suscribir un contrato estatal. deberán incluir la *tipificación, estimación y asignación* de los riesgos previsibles que den lugar, según el objeto a contratar, generando un espacio donde se realice la discusión en un ejercicio en el que las partes convengan y determinen lo respectivo para el proceso iniciado.

Esta ley es enfática en la obligación que tienen las entidades estatales de cumplir con los principios de *planeación contractual y de selección objetiva*, en el cumplimiento de las funciones administrativas, jurídicas y financieras de la entidad, que constituyen la gestión contractual, consagrando así, deberes específicos para las entidades.

Dentro de los deberes específicos, se encuentran por ejemplo, la elaboración de los “estudios y documentos previos” en los cuales, de manera previa a la apertura del proceso de selección se indica el fundamento de la necesidad de realizar el proceso de contratación para la adquisición del bien o servicio; el tipo de contrato a celebrar, la modalidad de selección a utilizar para la escogencia del contratista; la disponibilidad presupuestal; la razón de ser de las condiciones incluidas en los pliegos de condiciones para el proponente y para la oferta; así como el soporte que permite la *tipificación, estimación, y asignación* de los riesgos previsibles que puedan alterar el equilibrio económico del contrato. (CONPES 3714).

Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) 3714:

El Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) nace con la promulgación de la Ley 19 de 1958 como la máxima autoridad nacional de planeación y se desempeña como organismo asesor del Gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país. Para lograrlo, coordina y orienta a los organismos encargados de la dirección económica y social en el Gobierno, a través del estudio y aprobación de documentos sobre el desarrollo de políticas generales que son presentados en sesión (CONPES 3714).

En Colombia, por mandatos constitucionales y legales, la Nación tiene que participar en diversos ejercicios de planeación y presupuestación. Realizar esos ejercicios no significa, en forma alguna, que la Nación pueda pasar sobre las reglas que dan personería jurídica, y autonomía presupuestal a las entidades descentralizadas.

Tampoco significa que, a base de decisiones del CONPES, pueda alterarse la capacidad legal que tienen los órganos del Estado, las entidades descentralizadas las Comisiones de Regulación, las Juntas de las empresas, el Congreso mismo, etc. para tomar autónomamente decisiones contrarias.

Los documentos CONPES emiten recomendaciones de política económica y social y no órdenes; contienen directrices que coadyuvan a las actividades de planeación del Estado mas no mandamientos obligatorios para las entidades u órganos estatales y muchísimo menos para los particulares. No sobra recordar que las entidades estatales se obligan con los particulares por la vía contractual y los documentos CONPES no son compulsivos para los particulares, de manera que las entidades estatales no asumen responsabilidad frente a los particulares cuando éstos toman decisiones con base en documentos CONPES (Colombia Compra Eficiente, ficha jurisprudencial 9491).

Entre la compilación de documentos sobre el desarrollo de políticas generales el 01 de diciembre de 2011 se creó el documento CONPES 3714 denominado “*Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública*”, según el Ministerio de Hacienda y Crédito Público: (CONPES 3714) en atención a que las normas que reglamentan los riesgos previsible establecen que la presentación de las ofertas implica la aceptación por parte de los proponentes de la distribución de riesgos previsible efectuadas por la entidad en estudios y documentos previos que acompañan los Pliegos Definitivos, lo cual implica que el *proponente debió haberlos discutido y definido* con la Entidad en el marco de su deber de colaboración con el Estado, se hace imprescindible establecer lineamientos básicos respecto de los “riesgos previsible” en el marco de la política de Contratación Pública.

Este documento estableció la serie de elementos básicos y diferenciadores de los riesgos previsible y la teoría de la imprevisibilidad, que resalta la necesidad de las entidades estatales para que se realicen con rigurosidad, actividades en la etapa de planificación de los procesos contractuales en las que se incluya la gestión del riesgo, esto es, la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible como parte del control del presupuesto público requerido.

De esta manera, en el citado documento se presentan los lineamientos básicos para el manejo del riesgo previsible en los contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, así como la propuesta de política para su tipificación, estimación y asignación en el marco de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

En este documento se dispone que:

“Los diferentes actores del proceso contractual, deben, bajo la propuesta y dirección de las Entidades Estatales, tipificar, estimar y asignar aquellas circunstancias, que, siendo potenciales alteraciones del equilibrio económico, puedan preverse por su acaecimiento en contratos similares; por la probabilidad de su ocurrencia en relación con el objeto contractual o por otras circunstancias que permitan su previsión. Dicha previsibilidad genera la posibilidad de establecer responsabilidades y tratamientos específicos de asignación y mitigación.

Con lo anterior, se busca la determinación de responsabilidades en cabeza de cada una de las partes frente a la posible ocurrencia de riesgos propios de la ejecución del objeto contractual y el establecimiento de condiciones y reglas claras en materia de riesgos previsibles que, al incluirse dentro de los derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar, excluyan dichas circunstancias –si ocurren– de la posibilidad de alegar desequilibrios económicos de los contratos, reduciendo las consecuencias económicas y litigiosas frecuentes en los mismos” (Pág. 8 CONPES 3714).

Lo anterior, teniendo en cuenta que: “El particular que contrata con el Estado si bien tiene legítimo derecho a obtener un lucro económico por el desarrollo de su actividad, no puede perder de vista que su intervención es una forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales y que además debe cumplir una función social, la cual implica obligaciones” (Consejo de Estado, 2001).

Con lo cual, la revisión y ajuste de la distribución de los riesgos previsibles debe ser el resultado de una tarea realizada de forma conjunta por la entidad estatal y los interesados en el proceso de contratación, pretendiendo que el particular, que colabora con los objetivos misionales de la entidad acuda en la ayuda del proceso de contratación estatal, teniendo en cuenta su experticia y su idoneidad para el objeto a contratar.

En síntesis, los riesgos previsibles identificados y trabajados para cada proceso de selección, deberán ser discutidos obligatoriamente en audiencia pública en el caso de la utilización de la modalidad de licitación pública, pero, será posible en las demás modalidades de selección recibir las observaciones que sobre el particular deseen formular los interesados tanto en la publicación del Proyecto de Pliego y Pliego Definitivo, como en las aclaraciones a los mismos pudiendo incluso citar a audiencia si se considera necesario. Lo anterior, en atención a su experticia en el objeto contractual y la gestión de los riesgos inmersos en él. (CONPES 3714)

Obligatoriedad de la Audiencia de Riesgos:

La audiencia de riesgos debe ser entendida desde el espíritu normativo de la ley 1150 de 2007, como el espacio de debate para analizar y elaborar la propuesta definitiva de tipificación, estimación y asignación de riesgos previsibles, por medio de la realización de una audiencia especial, que deberá tener lugar con posterioridad al acto que ordena la apertura del proceso y de manera previa al inicio del plazo para la presentación de las respectivas ofertas.

Aunque se estableció la obligatoriedad de realización de la audiencia por parte de las entidades estatales, en especial en el proceso de Licitación Pública, el Consejo Nacional de Política Económica y Social, expresa en el documento 3714 que:

“Dentro de los deberes de los contratistas, enlistados de forma general en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993, se establece que éstos “colaboran con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto se cumpla y que éste sea de la mejor calidad”; así como que deberán obrar “con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales.

Así, y en atención a la participación que se espera de los proponentes en los diversos espacios previstos en el procedimiento para tal efecto, el ejercicio definitivo de tipificación, estimación y asignación con el cual se regirá el proceso contractual, se encuentra en la práctica, elaborado en conjunto por las entidades contratantes y los oferentes. Suponiendo así que, la presentación de las ofertas implica la aceptación por parte del proponente de la distribución de riesgos previsible contenida en los Pliegos definitivos. (CONPES 3714)

Finalmente, en el documento se hacen múltiples recomendaciones para quienes son actores en los procesos de contratación estatal y se genera la recomendación a los representantes legales de cada entidad de atender los lineamientos de la política de manejo de los riesgos previsible en

los contratos estatales en aplicación de lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007, a partir de la cual se realice el ejercicio de tipificación, estimación y asignación para cada contrato de forma conjunta, es decir, por el interesado en participar en el proceso y la entidad, en la fase de elaboración de estudios y diseños previos, atendiendo a la naturaleza participativa de los procesos contractuales.

Decreto 1082 de 2015:

En el año 2015 se expide este decreto como respuesta a la necesidad de hacer una reforma integral al Sistema de Compra Pública, es decir, el decreto es aplicable a toda compra pública ya que reorganizó las disposiciones normativas existentes referente a la contratación estatal.

En la exposición de motivos de este decreto se estableció que “los contratos deben ser mecanismos para reducir costos de transacción y ser fuente de información para que durante su ejecución las partes continuamente mitiguen riesgos y costos de transacción”. Por lo anterior se estableció en el artículo 2.2.1.2.1.1.2. las Audiencias que deberán efectuarse en la licitación así:

*“En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) **asignación de Riesgos**, y b) adjudicación. Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de Riesgos.*

En la audiencia de asignación de Riesgos, la Entidad Estatal debe presentar el análisis de Riesgos efectuado y hacer la asignación de Riesgos definitiva. (...)

Como se evidencia se continuó con la obligatoriedad en la audiencia de asignación de riesgos, de lo cual no se hizo referencia expresa sobre la obligatoriedad o no de la asistencia de los interesados en el proceso de contratación.

Decreto Ley 4170 de 2011:

Por medio de este decreto se creó la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- como respuesta a la necesidad existente en el país de generar una política clara y unificada en materia de compras y contratación pública, expresando lineamientos que sirvan de guía a los administrados públicos en la gestión y ejecución de recursos, que permita que su quehacer institucional pueda ser medido, monitoreado y evaluado generando la mayor transparencia en las compras y la contratación pública.

Fue necesario crear un organismo técnico especializado que se encargue de impulsar políticas, normas y unificar procesos en materia de compras y contratación pública, preparar y suscribir los acuerdos marco de precios de que trata el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 y articular los partícipes de los procesos de compras y contratación pública, con el fin de optimizar los recursos del Estado, hacer coherente la organización y funcionamiento de la Administración Pública para lograr mayor rentabilidad social en el uso de los recursos públicos.

Se estableció que dentro el objetivo de Colombia Compra Eficiente se encuentra la obligación de optimizar los recursos públicos, lo cual trae como consecuencia indispensable el manejo del riesgo en el sistema y no solamente el riesgo del equilibrio económico del contrato.

**Manual para la identificación y cobertura del riesgo en los procesos contractuales
– Colombia Compra Eficiente – M-ICR-01.**

Como parte del desarrollo de la actividad de optimización de los recursos públicos, Colombia Compra Eficiente presentó este Manual de Administración de Riesgos para el Proceso de Contratación especialmente para los partícipes del sistema de compras y contratación pública.

En la guía realizada por dicha entidad se considera que el manejo del riesgo debe cubrir desde la planeación hasta la terminación del plazo, la liquidación del contrato, el vencimiento de las garantías de calidad o la disposición final del bien; y no solamente la tipificación, estimación y asignación del riesgo que pueda alterar el equilibrio económico del contrato.

Colombia Compra Eficiente propone administrar los Riesgos del Proceso de Contratación siguiendo los pasos enumerados a continuación:

- a) Establecer el contexto en el cual se adelanta el Proceso de Contratación.
- b) Identificar y clasificar los Riesgos del Proceso de Contratación.
- c) Evaluar y calificar los Riesgos.
- d) Asignar y tratar los Riesgos.

e) Monitorear y revisar la gestión de los Riesgos.

Finalmente, este manual plantea como pregunta ¿Qué se debe incluir en los documentos del proceso de contratación y en la audiencia de asignación de riesgos? Definiendo que:

“La Entidad Estatal debe incluir en los Estudios Previos del Proceso de Contratación los Riesgos que afecten la ejecución del contrato y que identificó en la matriz de administración de Riesgos.

Esta misma matriz debe incluirse en el proyecto de Pliego de Condiciones o su equivalente y la información contenida en ella debe utilizarse para analizar y tratar los riesgos del proceso de contratación. Aquellos tratamientos que correspondan a garantías, cláusulas penales o multas y sanciones, deben ser incluidos en el Pliego de Condiciones o su equivalente y en la minuta del contrato”.

Finalmente se resalta la importancia especialmente en los procesos de licitación pública, para que la Entidad Estatal adelante la audiencia de asignación de Riesgos en la cual se presente el análisis de la gestión del riesgo y se presente los interesados la matriz incluida en los pliegos esto con el objetivo de revisar la asignación de los Riesgos.

Sentencia 25000-23-36-000-2013-01717-01, Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección tercera, 08 de febrero de 2017, Magistrado ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa:

Atendiendo a que en los procesos de licitación pública las entidades deben disponer en los pliegos de condiciones, dentro del cronograma, el momento en que serán revisada la asignación de riesgos, el consejo de estado respecto a la importancia de la asistencia obligatoria por parte de los interesados a la Audiencia de Riesgos, el Consejo de Estado manifiesta en esta providencia que:

“No sólo se le impone un deber a las entidades estatales y al contratista, para que en ejercicio de los principios de planeación y de previsibilidad determinen los posibles acontecimientos o contingencias que se puedan presentar en la ejecución del contrato y que generen una alteración de la ecuación económica del contrato, sus consecuencias y establezcan cuál de las partes debe asumirlos conforme a sus capacidades de gestión, administración y control; sino que también se les otorga el *derecho a discutir de manera conjunta* esa tipificación, estimación y asignación de riesgos”.

El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo nos exige, siguiendo a Colombia Compra Eficiente (citado por Luengas, 2015) , que es la entidad que guía el procedimiento de la entidad estatal, analizar el conjunto de pautas que se han de seguir, en primer lugar se establece: es necesario determinar el contexto, es decir, el escenario en el cual se va actuar, el ambiente social,

político y económico, quienes son los partícipes del proceso de contratación, el objeto del contrato, la ciudadanía que se verá beneficiada; Identificar y analizar los riesgos, lo que conlleva a la entidad estatal al estudio de planes de acción, análisis de debilidades y fortalezas, la clasificación de estos en riesgos generales (riesgos de todo contrato estatal) y en riesgos específicos (los del caso en concreto), si el riesgo proviene de la entidad (riesgo interno) si es ajeno de esta (riesgo externo); finalmente la evaluación, asignación y tratamiento de los riesgos.

7.12. Los riesgos en la contratación estatal (Ley 1150 de 2007 art 4)

El riesgo contractual es entendido como todas aquellas circunstancias que pueden presentarse en el desarrollo o ejecución de un contrato estatal y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo: Desde el riesgo previsible, para el cual debe desarrollarse la audiencia de asignación, estimación (cuantificación) y tipificación de los riesgos, del artículo 4 de la ley 1150 de 2007 (Conpes, 2011)

Una de las mayores innovaciones de la reforma de la ley 1150 de 2007 es precisamente la relativa a la asignación, estimación y tipificación de riesgos del contrato estatal, dónde las partes al celebrar el negocio jurídico prevén aquellas circunstancias futuras que posiblemente alteren el equilibrio contractual, en este sentido la ley 1150 de 2007 consagrada en su artículo 4° dicta tres (3) elementos que componen esta figura jurídica, esto es:

1° Que dice relación con los pliegos de condiciones en los cuales debe incluirse.

2º Relativo a su estimación, tipificación y asignación

3º El momento en el que las partes negócias procederán a efectuar dicha revisión.

El examen de cada uno de ellos exige precisar, que es un riesgo previsible, cuál es su régimen normativo, cuál es su relación con el equilibrio contractual del régimen normativo. El artículo 4 de la ley 1150 de 2007, previene que los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación, excluyendo así al riesgo imprevisible como aquel que altera el equilibrio del contrato produciendo costos adicionales para uno de los sujetos contratantes, son circunstancias extraordinarias e imprevisibles, sobrevinientes, que afectan la economía del contrato, que si bien no impiden su ejecución rompen la ecuación contractual.

El riesgo previsible es esa circunstancia futura que las partes logran visualizar y acordar su ocurrencia al momento de pactarse, se puede cuantificar, por tanto, en caso de llegar a darse dicha situación la parte perjudicada no tendrá derecho de realizar cobro, alegando desequilibrio contractual, al verse perjudicada por el quebrantamiento de dicho equilibrio. El nuevo marco normativo pretende innovar en ese aspecto. No obstante, el régimen de los riesgos previsibles es parte integrante de la teoría general del negocio jurídico y elemento ineludible de la actividad de la administración, en la que, por disposición de la ley 1150 del 2007, la entidad estatal y el potencial proponente, de común acuerdo, han de identificarlos, calificarlos, clasificarlos y atribuirlos.

Se han definido como aquellos en que por su naturaleza, contenido, alcance y frecuencia con los que ocurren existen frente a ellos evidencia de ocurrencia, dada la experiencia en el asunto. Previsible por la probabilidad alta de ocurrencia común porque son hechos reiterados en contratos de la misma tipología ordinarios porque es posible establecer su causa, efecto y es posible cuantificarlos, algunos de manera previa a su ocurrencia y otros con posterioridad. Estos tipos de riesgos se pueden identificar en la estructura del contrato, y es lo que conocemos como tipificación, es decir, riesgos directos, indirectos técnicos, etc. Igualmente se pueden distribuir entre contratante y contratista y se hace a través de los que conocemos como asignación de riesgo de manera exclusiva o compartida, teniendo en cuenta la parte que las puede controlar. (Meléndez, citado por Rengifo, 2015, p. 47)

La primera advertencia que se debe hacerse al respecto es que, en la teoría de general de las obligaciones, el régimen de la distribución de los riesgos siempre ha estado ligado al valor justicia, y a la proporcionalidad, pues el desequilibrio absoluto en este aspecto podría configurar un abuso del derecho. Del mismo modo, la entidad pública y el contratista deberán realizar la previsión de los riesgos en el momento de realizar la planeación y los estudios previos, donde no solo interviene el Estado, sino igualmente los oferentes, bajo el principio de colaboración, aportando sus conocimientos, experiencia, a la hora de asignar, estimar y tipificar los riesgos:

A manera de conclusión, la norma contenida en la Ley 1150 de 2007 contiene tres aspectos de especial trascendencia para el manejo de los riesgos previsibles: la necesidad de que las entidades hagan un adecuado ejercicio de planeación y establecimiento de los riesgos previsibles; que el ejercicio realizado por la entidad sea debidamente compartido, valorado y complementado por los particulares en virtud del deber de colaboración con la

administración pública que se materializa en el aporte de su experiencia, conocimientos y especialidad para la realización de los fines del Estado; y, que una vez hecha una estimación anticipada de las contingencias que puedan producirse en su ejecución, sean asignadas contractualmente y se entiendan incorporadas dentro de la ecuación contractual. (Conpes, 3714, 2011, p. 10)

La segunda consideración consiste en señalar que la repartición de riesgos se encuadra en la etapa previa del proceso. Esto debido a que solamente una correcta evaluación de la clase de contrato, de las condiciones materiales, del estudio del tipo de divisa en que debe pagarse, de las condiciones de orden público etc., permitirá hacer un estudio exhaustivo de los riesgos que pueden corresponder a los que la ley denomina previsibles.

Requisitos de participación

No encontrándose en forma taxativa los requisitos de participación en las normas en la contratación estatal, son estos la forma como las entidades estatales establecen como parte de sus responsabilidades al principio de transparencia, planeación y selección objetiva las reglas claras y condiciones objetivas para la selección de la mejor oferta. Lo dicho se consagra en la ley 80 de 1993 en su artículo 24 numeral 5 sobre el pliego de condiciones, literal b):

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación.

Los requisitos de participación han sido reglamentados en el numeral 5 del artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015, toda vez que se estableció que los pliegos de condiciones deben contener las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, observándose al respecto que estas reglas aplicables son las que permiten garantizar la efectividad para que el proceso de contratación satisfaga las necesidades y requisitos que permitan el cumplimiento de los fines esenciales del estado, considerando permanentemente la gestión sobre los riesgos.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-932 de 2007 declaró exequible esta disposición, en el entendido de que los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad permite factores de escogencia o criterios de ponderación para que en los pliegos de condiciones se incluyan medidas de acciones afirmativas. En forma aclaratoria, el artículo 30 de la ley 80 de 1993 establece al respecto de los pliegos de condiciones:

(...) 2o. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta Ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los

factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas. (...)

Deben diferenciarse estos requisitos de participación de los requisitos habilitantes. Los requisitos habilitantes si están expresamente señalados en el artículo 5 de la ley 1150 del 2007, el decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1.1.5.3.

Requisitos habilitantes

Los requisitos habilitantes tienen como objetivo medir la aptitud del proponente o interesado en participar en un Proceso de Contratación como oferente y se relacionan de forma específica con la capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia. Han sido establecidos en el artículo 5 de la ley 1150 de 2007 para realizar la escogencia y calificación del contratista, por lo tanto, no podrán ser desconocidos y no podrán exigirse otros diferentes a los expresados por la ley. Actualmente son desarrollados por el Decreto 1082 de 2015 en sus artículos 2.2.1.1.1.5.3 y 2.2.1.1.1.6.2.

Lo que se busca con los requisitos habilitantes es la definición de unas condiciones mínimas para los proponentes, de modo tal que la Entidad solo realice la evaluación de las propuestas u

ofertas de aquellos interesados que están en condiciones jurídicas, financieras, organizacionales y de experiencia para dar desarrollo al cumplimiento del objeto del proceso contractual. Dado a que son las exigencias mínimas para la participación en el proceso contractual la entidad es la encargada de verificar si se cumplen o no dichos requisitos, de lo cual es preciso advertir que el cumplimiento de los requisitos habilitantes dentro de un Proceso de Contratación no otorga puntaje alguno, excepto en el caso de la experiencia de los consultores.

El Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación M-DVRHPC-04 publicado por Colombia Compra Eficiente en el año 2013 y revisado en el año 2017, siendo los siguientes requisitos verificables en el registro Único de Proponentes:

El primero de ellos es la experiencia, la “empeiria” para los antiguos filósofos de occidente, los presocráticos quienes se inclinaron más por el conocimiento adquirido mediante la razón y la especulación, que aquel que se logra mediante los sentidos. Es conocida la concepción del mundo de los sentidos de Platón, discípulo de Sócrates, la cual deja clara en el mito de la caverna, donde muestra su desconfianza por nuestros sentidos para guiarnos al conocimiento.

Los filósofos modernos le darán una mayor importancia a la experiencia como una fuente de sabiduría, ejemplo de ello es el empirismo inglés de Locke, o el mecanicismo de Hobbes, entre

otros, para los empiristas el conocimiento que adquirimos por medio de nuestros sentidos es de fiar, las vivencias se acumulan en nuestra memoria y se hacen más borrosas conforme pasa el tiempo. En el caso del contratista, ese conocimiento se adquiere de haber sido proponente con anterioridad, de haber realizado antes actividades relativas al objeto contractual:

Experiencia: La experiencia es el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato. (Colombia Compra Eficiente, 2013, p. 7)

El segundo de los requisitos verificables en el Registro Único de Proponentes es la capacidad jurídica del contratista, la capacidad de ejercicio para administrar sus negocios, sus bienes y en general su patrimonio de manera que al celebrar el negocio jurídico con la administración pueda manifestar de forma libre y voluntaria a obligarse a cumplir lo pactado, al igual que la capacidad jurídica exige que el interesado se encuentre exento de inhabilidades o incompatibilidades.

Capacidad Jurídica: La capacidad jurídica es la facultad de una persona para celebrar contratos con una Entidad Estatal, es decir, obligarse a cumplir el objeto del contrato; y no estar incurso en inhabilidades o incompatibilidades que impidan la celebración del contrato. (Colombia Compra Eficiente, 2013, p. 8)

Otro de los requisitos verificables en el Registro Único de Proponentes, es la capacidad financiera, la cual indica que el posible contratista debe encontrarse en plena capacidad de dar cumplimiento a los pasivos que contraiga la entidad, antes de que deba darse su ejecución forzosa, que cuente con los recursos económicos suficientes para llevar a cabo el objeto del contrato.

Capacidad Financiera: Los indicadores de capacidad financiera buscan establecer unas condiciones mínimas que reflejan la salud financiera de los proponentes a través de su liquidez y endeudamiento. Estas condiciones muestran la aptitud del proponente para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato. (2013, p.12)

Del mismo modo, la capacidad organizacional del proponente, sin la cual el cumplimiento del objeto contractual se torna más dificultoso de alcanzar, el orden es una aptitud necesaria, es un requisito verificable para que la administración conceda la realización de la obra, la prestación del servicio, de manera que se cuente con una estructura jerárquica y de mando, con el personal óptimo para desarrollarlo de modo que se optimicen al máximo los recursos.

Capacidad Organizacional: La capacidad organizacional es la aptitud de un proponente para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato en función de su

organización interna. El Decreto 1082 de 2015 definió los indicadores de rentabilidad para medir la capacidad organizacional de un proponente teniendo en cuenta que está bien organizado cuando es rentable. (2013, p.15)

Estos requisitos, son verificados en forma documental por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la ley 1150 del 2007, obligación que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-713 de 2009. Esto se reafirma en los artículos 2.2.1.1.1.5.3. al 2.2.1.1.1.5.7. del decreto 1082 del 2015.y en el Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación M-DVRHPC-04, que expresan:

El Registro Único de Proponentes es el instrumento a través del cual los proponentes acreditan su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia. El certificado del RUP es la prueba de tales condiciones, por lo que las Entidades Estatales no pueden solicitar a los oferentes documentación adicional para verificar la información contenida en el mismo. (2013, p. 6)

Requisitos de evaluación.

Entendidos como aquellos requisitos que deben ser verificados, evaluados y ponderados todos los criterios de evaluación según lo que determinan las normas para cada modalidad de

selección, a manera de ejemplo, tal y como lo establecen las reglas para la evaluación de los requisitos del proceso de selección de licitación pública y selección abreviada de menor cuantía establecidos en el artículo 2.2.1.2.1.3.2.

8. CAPITULO III

8.1. Revisión del carácter de obligatoriedad de la audiencia de riesgos en los procesos contractuales de los municipios del área metropolitana del valle de aburra.

Como parte del ejercicio realizado en este trabajo investigativo y según las fechas estipuladas en el cronograma de actividades para la consecución de los objetivos propuestos, se realizó una especie de rastreo en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP), con el ánimo de identificar procesos contractuales ya adjudicados en los que se viera reflejado una significativa inversión de los recursos públicos, todo esto con el fin de identificar en cuales de los procesos se encontraba la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos como obligatoria en la asistencia para los interesados en el proceso de contratación.

Adicionalmente se realizó una búsqueda detallada de esta estipulación en los manuales de contratación, encontrando que en algunos de ellos se establecía la obligatoriedad de la audiencia de estimación, tipificación y asignación de los riesgos como obligatoria para los interesados en el proceso contractual, esto fundamentado y motivado los principios de la función administrativa y de la contratación estatal. Ver anexo 1 para la visualización de la información obtenida como producto de este estudio detallado en procesos seleccionados de forma aleatoria por los estudiantes interesados en desarrollar los objetivos de este trabajo investigativo.

8.2. Herramientas para la exigencia de la obligatoriedad de la audiencia de riesgos.

Manual de contratación.

De acuerdo con el artículo 2.2.1.2.5.3 del Decreto 1082 de 2015 se establece que las Entidades Estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública deben contar con un manual de contratación, el cual debe cumplir con los lineamientos que para el efecto señala Colombia Compra Eficiente.

Respecto a los lineamientos que dicta Colombia Compra Eficiente, se define por dicha Entidad que el Manual de Contratación es un documento que establece la forma como opera la Gestión Contractual de las Entidades Estatales y, da a conocer a los partícipes del Sistema de Compra Pública la forma en que opera dicha gestión contractual.

El manual de contratación es también una herramienta de gestión estratégica dado a que su intención principal es servir de apoyo al cumplimiento de los objetivos misionales de cada Entidad Estatal. Los manuales de contratación deben estar orientados para que en los procesos contractuales se garanticen los objetivos del Sistema de Compra Pública incluyendo la eficacia, eficiencia, economía, promoción de la competencia, rendición de cuentas, manejo del Riesgo y publicidad y transparencia.

Teniendo en cuenta la importancia que representan los manuales de contratación para el ejercicio de las actividades propias de la Entidad, este deberá vincularse a los procedimientos con el carácter obligatorio y vinculante que es exigido para que surja a la vida jurídica como un acto administrativa, es decir, en el entendido que en el manual de contratación se estipulan las reglas para la delegación y desconcentración de funciones dentro de la entidad, esto solo podrá ser vinculante a través de la manifestación de la voluntad de la entidad expresada en un acto administrativo. Lo anterior amparados bajo el principio de legalidad, moralidad y responsabilidad que tienen las entidades y los servidores públicos.

Los manuales de contratación deberán contener la metodología establecida para la gestión de procesos contractuales considerándose como parte de la información documentada del sistema de gestión de calidad, por lo que debe estar basado en procesos y procedimientos previstos en dicho sistema.

Adicional a la descripción detallada de los procedimientos para seleccionar a los contratistas, los plazos, los criterios de evaluación, criterios de desempate, contenido de las propuestas. El manual de contratación deberá contener los aspectos que garanticen el cumplimiento de los principios y objetivos del sistema de compras y contratación pública en todas las etapas del proceso de contratación, con base en su autonomía.

Tal y como es expresado por Colombia Compra Eficiente en la Guía de lineamientos Generales para la expedición de manuales de contratación, las entidades podrán establecer en sus manuales los procedimientos por los que se rigen la selección de contratistas, en razón a su autonomía de la voluntad en el marco de aplicación de principios de la contratación estatal y la función administrativa, deberán incluir las motivaciones y argumentos jurídicos que argumentan la necesidad para la gestión de los riesgos reales, la asistencia y participación de personas idóneas en la audiencia de tipificación, estimación y asignación de riesgos para las modalidades de selección en licitación pública y selección abreviada de menor cuantía.

Para efectos del desarrollo de este trabajo monográfico se toma como base de estudio el manual de contratación de la Alcaldía del Municipio de Itagüí, pretendiendo demostrar cómo se ha estipulado por la entidad la obligatoriedad de la asistencia a la audiencia de riesgos por parte de los interesados y buscando generar nuestras recomendaciones según toda la temática expuesta.

En dicho manual se concibe sobre las audiencias obligatorias en los procesos que:

De conformidad con el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.2.1.1.2. Audiencias en la licitación. En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de Riesgos, y b) adjudicación. la entidad llevará a cabo las audiencias obligatorias para la estimación de riesgos en la que es obligatoria la participación de los interesados con fundamento en el principio de responsabilidad y ecuación contractual, sustentando este hecho en sus estudios previos, así mismo se efectuará obligatoriamente la audiencia de adjudicación a la que podrán asistir solamente los legitimados en el proceso, y las veedurías ciudadanas que lo consideren pertinente.

Es fundamental aclarar que la estipulación realizada dentro del manual de contratación por dicha entidad, es argumentada en su deber de cumplimiento a los principios de responsabilidad y ecuación contractual, no obstante, como resultado de nuestro trabajo investigativo realizamos las siguientes observaciones, esto para apoyar la tesis planteada en dicho manual pero buscando de algún modo complementarla para que surjan fundamentos jurídicos buscando que sean mejorables para que blinden el querer de la entidad. De este modo consideramos que:

- La entidad no hace referencia a un aspecto importante en cuanto a principio de concurrencia.

- La entidad desconoce las directrices expuestas por el CONPES 3714 que se estableció como herramienta fundamental para la exigencia de la obligatoriedad en la asistencia a la audiencia de riesgos.
- La entidad no fundamentó su decisión en los principios de eficacia, eficiencia, publicidad, transparencia, moralidad e imparcialidad desarrollados en la Constitución Política de 1991 y la ley 136 de 1994.
- Consideramos que se debería expresar como argumento el equilibrio económico del contrato, dado a que los contratistas tienen derecho al restablecimiento de este por parte de la entidad solamente en el caso de ocurrencias no imputables a ninguna de las partes derivadas de la teoría de la imprevisibilidad.

8.3. Responsabilidad e idoneidad de la matriz del riesgo.

Partiendo de que artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 establece que la Entidad Estatal debe “incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación” en los pliegos de condiciones o su equivalente. Se considera que es clave que el registro de la matriz de riesgos en las distintas etapas del contrato, esto es la precontractual y la contractual, deberá ser publicada en los términos legales porque de no ser así sería ineficaz en el SECOP y en gestión transparente, según el caso. Lo cual obsta para afirmar que, en caso de ser revisada en la etapa de ejecución, esta deberá ser suscrita como parte del ajuste a las obligaciones del contrato.

La responsabilidad en la proyección de la matriz del riesgo previsible.

Dentro del ejercicio detenido y detallado que realizan las entidades estatales para la tipificación y estimación de los riesgos, debe tenerse en cuenta que hacen parte integral de la matriz que los contiene y que como parte del desarrollo de los documentos precontractuales esto es el estudio previo y los pliegos de condiciones de cualquier modalidad de contratación deben concurrir interdisciplinariamente al menos tres idoneidades o conocimientos específicos a saber:

Idoneidad administrativa contractual.

Se refiere a las competencias requeridas de las personas que realizan la proyección de la tipificación, estimación y asignación de riesgo, asociados a las situaciones que imposibiliten el perfeccionamiento del contrato y su liquidación desde el contexto jurídico contractual y administrativo en general.

Idoneidad técnica de la entidad pública

Según la naturaleza del proceso contractual se asocia a las competencias de las personas que realizan la proyección de la audiencia de tipificación, estimación y asignación de riesgos referidos a los aspectos técnicos mínimos dados en la planificación ejecución y liquidación del contrato.

Idoneidad técnica de los interesados.

En las situaciones que, de acuerdo con el giro ordinario del sector y el negocio, según la naturaleza del objeto del contrato deberán ser incluidas en la planificación, ejecución y liquidación del contrato

Idoneidad técnica metodológica de riesgos.

Se asocia a las competencias básicas de las personas que participan en la proyección de la tipificación, estimación y asignación de riesgos en la cual deben cumplirse las rigurosidades metodológicas que permitan generar las evidencias suficientes respecto a la gestión de riesgos para el seguimiento, actualización y conocimiento adquirido se realice a través de reuniones que técnicamente manejan matriz de riesgo, con el servidor público facultado para manejar y definir situaciones específicas dentro del proceso contractual, partiendo del entendido de la importancia de una eficaz realización de una matriz de riesgo, pues no puede desconocerse que existe el riesgo que no se tome con seriedad el proceso.

La responsabilidad en el seguimiento y actualización de los riesgos previsibles

El seguimiento de los riesgos previsibles es un deber legal de los supervisores o los interventores de los contratos estatales, según el caso que aplique, como parte de su responsabilidad de seguimiento al contrato en los aspectos técnicos, administrativos, legales, financieros y contables, según el artículo 83 de la ley 1474 de 2011.

Por tanto deberán observar y modificar cualquier riesgo previsible que se presenta en la etapa de ejecución contractual para mantener actualizada la matriz de la tipificación, estimación y asignación de riesgos previsibles para que se determine con claridad las responsabilidades en caso de la materialización del riesgo a su vez, debe advertirse la importancia para que estos atiendan oportunamente cualquier requerimiento que se halla presentado por parte del contratista al respecto, en consideración con la ley 1755 de 2015 respecto a derechos de petición y su impacto a la posible configuración de una situación que configure silencio administrativo positivo en concordancia con el numeral 16 del artículo 25 de la ley 80 de 1993.

La responsabilidad frente a los riesgos en la liquidación del contrato

Debe entenderse que en la liquidación del contrato es el último momento donde las partes pueden hacer algún reconocimiento de alguna situación de riesgo previsible que se halla materializado en la ejecución del contrato y que esta haya sido ampliamente demostrada por la

parte que la requiere, sea la entidad pública o sea el contratista. Adicionalmente es el momento en el cual el supervisor o el interventor podrá registrar los aprendizajes significativos dados en la ejecución del contrato para que pueda actualizarse la matriz de riesgo con el ánimo de que estos conocimientos adquiridos sean considerados en etapas de planificación posteriores de procesos con naturaleza similar.

Supervisión e interventoría contractual.

El Artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 contiene la supervisión e interventoría contractual. El propósito es salvaguardar la moralidad administrativa, como principio esencial de la función pública y derecho colectivo susceptible de ser tutelado mediante acción popular, al igual que busca prevenir la corrupción y proteger la transparencia de la actividad contractual, por ello las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda. De lo anterior observamos lo siguiente:

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos. (Art 83, ley 1474 de 2011)

De otro modo, la interventoría propenderá por el seguimiento del contrato entre las partes involucradas, para tal fin la Entidad Estatal abrirá la oportunidad a los particulares de realizar un control efectivo al poder, cuando el seguimiento del contrato requiera conocimientos especializado, o sea complejo. No obstante, cuando la entidad lo encuentre acorde a la naturaleza del contrato, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

El artículo 84, contiene las facultades y deberes de los supervisores y los interventores que hacen parte de la contratación, supervisando y ejerciendo control social sobre las obligaciones que corresponden al contratista. Los interventores y supervisores solicitaran constantemente informes sobre la ejecución y desarrollo del contrato estatal, esto con el fin de prevenir actos de corrupción e incumplimientos en los pliegos de condiciones. Lo cual fundamenta la responsabilidad que tienen frente a la ejecución del contrato y su liquidación, esto para inferir que son los llamados directos a conocer las situaciones que se materializan dentro del contrato, lo cual debe ser puesto en conocimiento de la entidad para que en sus nuevos procedimientos contractuales y administrativos se tengan en cuenta dichas situaciones.

Supervisión e interventoría contratos de obra pública.

Dentro del desarrollo de este aparte es importante recordar que a través de la ley 1882 del 2015 se modificó el artículo 33 de la ley 1508 de 2012, y se estableció que en la selección de contratistas para obra pública a través de la modalidad de selección, en los contratos para la

ejecución de proyectos de asociación público-privada la interventoría del contrato de obra pública deberá contratarse con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista los cuales responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables.

8.4. Respuesta oportuna a las observaciones de los procesos de los interesados.

Las entidades estatales encargadas del desarrollo de los procesos contractuales deberán obrar con la mayor diligencia y cuidado para dar respuesta a las observaciones de acuerdo a los requisitos para su presentación por parte de los interesados en el respectivo proceso contractual. Deberá tenerse en cuenta que las observaciones que sean extemporáneas deben ser respondidas por la entidad si da tiempo para ello dentro del proceso, o si no tomándose como derecho de petición con el ánimo de cumplir con el requisito y con el principio de transparencia.

La no observancia de esto puede violar el derecho fundamental de petición y el debido proceso contractual, incurso en una situación disciplinaria o el riesgo mismo de una revocatoria del proceso, o la generación de una posible expectativa que pueda desencadenar en una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en caso de que ya se halla adjudicado el proceso.

8.5. Respuesta oportuna a requerimientos o derechos de petición (Ley 1755 de 2015 y ley 80 de 1993 artículo 25, numeral 5).

Las entidades que impulsen los procesos contractuales no podrán desconocer el derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional para presentar peticiones respetuosas en los términos señalados por la ley 1755 de 2015, bien sea fundamentados por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta respuesta de fondo y completa sobre el objeto de la petición. Adicional a ello debe tenerse en cuenta que todas las actuaciones que inicie cualquier persona ante las autoridades o entidades implican el ejercicio del derecho de petición así este no haya sido invocado por la parte que realiza la solicitud. La entidad y quienes ejerzan funciones de supervisión deberán tener en cuenta los términos señalados para resolver las distintas modalidades de peticiones.

8.6. Metodología para la identificación, evaluación, asignación del tratamiento de riesgos previsibles.

Cronograma del proceso contractual, visita técnica y audiencia de aclaración a los pliegos de condiciones.

Las entidades deben incorporar los cronogramas dentro de los pliegos de condiciones haciendo especial énfasis en la claridad de circunstancias de tiempo, modo y lugar. Entiendo tiempo como la fecha y hora de realización de la audiencia, de lo cual se debe control con a través de la consulta de la hora legal, el lugar, el modo y los aspectos de idoneidad respecto de los asistentes, bien sea jurídica o la calidad del rol.

Es recomendable que la visita técnica se lleve a cabo en los términos definidos para el efecto y luego de esta se dé lugar a la realización de la audiencia de tipificación, estimación y asignación de riesgos, lo ideal es que se presente una después de la otra, para que quien asista a la visita ya halla dimensionado el objeto del proceso y se posibilite potencializar la participación efectiva en el desarrollo de la audiencia de riesgos

Con el ánimo de evitar dilaciones en el proceso y buscando la efectividad de cada una de sus etapas, es válido que las entidades estatales dentro de su proceso contractual decidan realizar en una misma audiencia la audiencia de aclaración a los pliegos de condiciones y la audiencia de riesgos. Advirtiéndole que en esta última audiencia se da la posibilidad de presentar observaciones por parte de los interesados de una forma formal, tal y como ha sido definido por la entidad en los documentos precontractuales.

8.7. Evidencias

- **Cuestionario (desequilibrio económico)**

En el caso citado del Municipio de Itagüí se resalta que en los procesos contractuales, especialmente el proceso de licitación pública y selección abreviada de menor cuantía, dicha entidad hace la aplicación de una encuesta que permite a la entidad reforzar evidencias respecto al conocimiento de los interesados con aspectos de interés asociados al proceso contractual y a los riesgos previsible, este instrumento podrá ser tabulado para generar oportunidades de mejora respecto a la claridad y calidad de la metodología de tipificación, estimación y asignación de los riesgos.

Adicionalmente este cuestionario podrá servir como material probatorio para demostrar entre otros, la participación, la conciencia de la existencia de riesgos previsible y la responsabilidad sobre asuntos asociados al giro ordinario de la naturaleza contractual que convoca a los interesados en participar en el proceso de acuerdo con las competencias de los asistentes a la audiencia de tipificación, estimación y asignación de los riesgos.

Como parte del ejercicio realizado se incluye en este documento de carácter monográfico el cuestionario realizado por el municipio de Itagüí para efectos académicos y de consulta se podrá ver el anexo 2. Cuestionario.

Acta y otros medios de prueba (medio probatorio artículo 165 CGP)

Como parte de las evidencias e información documentada que debe ser publicada en los términos legales como parte del proceso contractual se encuentra la audiencia tipificación, estimación y asignación de los riesgos, se debe levantar un acta que debe incluir cada uno de los detalles en los cuales se ha presentado algún tipo de ajuste, modificación o aclaración de los distintos riesgos previsibles en el proceso. Con el ánimo de facilitar esta actividad puede solicitarse a los interesados desde el mismo inicio de la audiencia la autorización expresa del consentimiento expreso para la grabación con fines judiciales y extrajudiciales que sirvan como material probatorio. Así pues, estos elementos deben reposar en el expediente del proceso y ser consultados en caso de ser requeridos por cualquiera de las partes.

Registro de asistentes:

Como parte de las evidencias necesarias de la audiencia tipificación, estimación y asignación de los riesgos. se debe tener en cuenta este registro, donde cada uno de los asistentes indistintamente de su participación, deberá suscribir su nombre documento de identidad, calidad

de asistencia, en representación de y firma, igualmente hace parte de los documentos que se publican en el SECOP y en el portal de gestión transparente para evidenciar el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para cada modalidad de contratación.

Control inicio audiencia de tipificación, estimación y asignación de los riesgos.

Para efectos de evidenciar la hora de realización de la audiencia y de fin de esta deberá tenerse en cuenta el enlace <http://horalegal.inm.gov.co/> que después de ser impreso de acuerdo a las condiciones de tiempo del cronograma, esto es a la hora en punto, se deberá suscribir en esa impresión mínimamente la firma del representante de cada interesado. Luego de esto se invita a que solo los asistentes podrán autorizar unánimemente el ingreso de persona diferente, después de la hora señalada, de lo contrario se tendrá que negar el acceso a la audiencia.

Esto encuentra su fundamento jurídico de acuerdo con lo establecido en el numeral 14 del artículo 6 del Decreto número 4175 de 2011, que expresa que el Instituto Nacional de Metrología mantiene, coordina y difunde la hora legal de la República de Colombia

Evidencias de la capacidad de los asistentes.

Se hace a través de la verificación de las copias simples de los certificados que demuestran las calidades, las competencias, y las condiciones de cumplimiento que se hallan establecido para los interesados según los estudios y documentos previos y el pliego de condiciones definitivo o adendas. Los documentos que se hallan solicitado en original como es el caso de Certificado de Existencia y Representación Legal (Persona jurídica), Registro Mercantil (Persona Natural con establecimiento de comercio), delegaciones, poderes o presentación física de documento de identidad y tarjeta profesional o matrícula profesional, deberán presentarse según las condiciones establecidas en los documentos precontractuales.

Manual Colombia compra eficiente o ntc- ISO 31000: 2018

Las entidades deberán dar aplicabilidad a lo preceptuado en el manual de riesgos presentado por Colombia Compra Eficiente, en razón a que su objetivo dentro del sistema de compra publica es el de optimizar la inversión de los recursos públicos para lo cual es indispensable el manejo del riesgo y el equilibrio económico de los contratos por lo cual es de gran referente lo enunciado allí, no obstante, las entidades públicas pueden incorporar en su procedimiento requisitos y aspectos propios de la norma internacional NTC - ISO 31000 versión 2018, referente a la gestión de los

riesgos en los procesos, principios y directrices, ya que esta permite a las organizaciones gestionar el riesgo a través de su identificación, análisis y evaluación que conlleva a los tratamientos de los riesgos. En dicho referente se encuentra la gestión del riesgo de la siguiente manera.

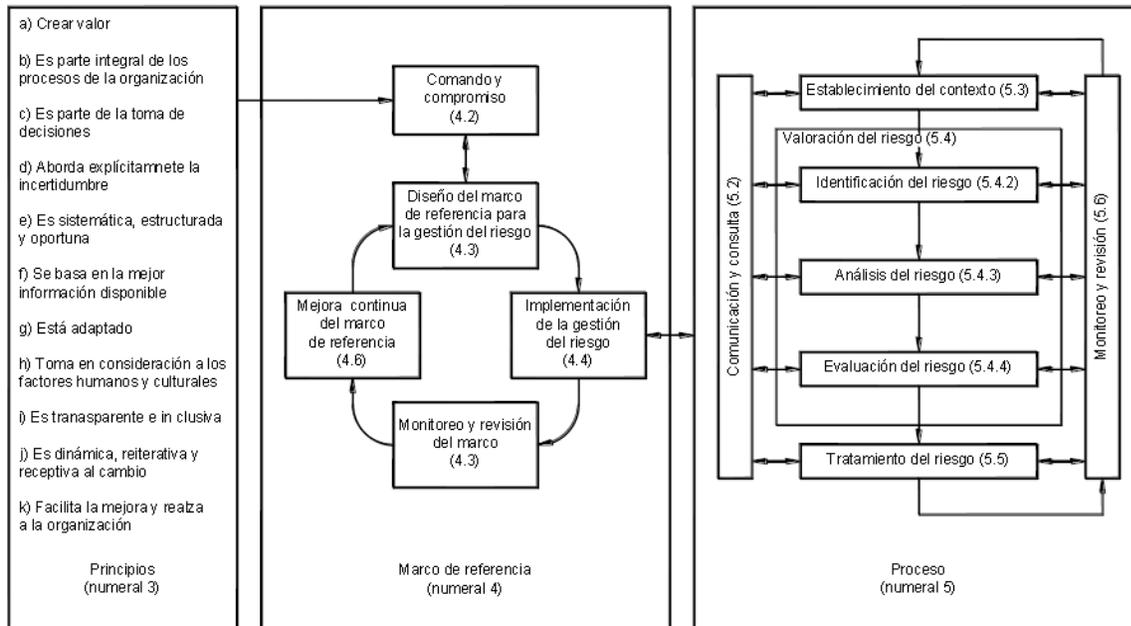


Ilustración 1: Relaciones entre los principios, el marco de referencia y los procesos para la gestión del riesgo (NTC-ISO 31000:

2011. P.8)

-

-

9. CONCLUSIONES

Es necesario establecer que Colombia, y en particular, el departamento de Antioquia, tienen importantes retos que asumir en materia de contratación estatal para contrarrestar las restricciones que presentan las entidades territoriales y hacer frente a las exigencias y demandas del país y de la región; y a dichos retos el país le pretende hacer frente a través de diversos proyectos los cuales solo serán posibles de cumplir a través de la adquisición de bienes y servicios por medio de la contratación administrativa.

Los recursos del estado estarán siempre destinados al cumplimiento de los fines sociales, es por ello que se hace necesario que a través de los principios y el derecho se generen posibilidades para evitar que se desvirtúe la esencia de dichos recursos, es por ello que surge a la vida jurídica la necesidad de que el estado busque proveedores de bienes y servicios para cumplir dicho cometido en el entendido que quien efectuó la contraprestación deberá tener corresponsabilidad con la obligación de la debida inversión de los recursos.

Las entidades estatales tienen el deber de dar el manejo que corresponde a los riesgos previsible dentro de la etapa precontractual, contractual y los contractual de cada proceso, y la normatividad vigente no discrimina en el carácter de obligatoriedad para quien se precisa, de tal suerte que se configurara la libre configuración que le permite a la entidad fundamentar el proceso de selección en el rigor que este exige para la gestión del riesgo.

La forma como se determine el requisito de la obligatoriedad de la audiencia de tipificación, estimación y asignación de riesgos es la clave jurídica, pues es evidente que existen los argumentos antecedentes y el riesgo para la entidad pública, en este caso el municipio como unidad básica territorial, pueda incluir en sus requisitos la obligación de la asistencia por parte de los interesados en el proceso de contratación a la audiencia de tipificación, estimación y asignación de riesgos, no obstante quien sea el encargado de direccionar los procesos de contratación, deberá estar atento a la jurisprudencia o los cambios normativos en la materia, pues al momento en que se presenta este documento no existe un pronunciamiento específico al respecto.

La observancia para que este requisito no sea considerado como de participación y sino de evaluación o de habilitación, sería un incumplimiento directo del ordenamiento jurídico y las bases jurisprudenciales vigentes, por lo que se permite inferir que la única posibilidad para configurar la obligatoriedad en la asistencia a la audiencia de riesgos será dentro del marco de los requisitos de participación.

La Audiencia de riesgos es una audiencia compleja mas no complicada, esto se justifica en que su desarrollo requiere una continuidad de actividades en las etapas precontractuales, contractuales y pos contractuales, así como competencias técnicas específicas en las áreas del conocimiento de que trata el proceso en forma directa, y las condiciones técnicas en aspectos metodológicos en la gestión del riesgo, competencias que se deben integrar para el cumplimiento del objetivo final propuesto que es cumplir los fines esenciales del estado.

A pesar de que existan un posible choque entre los principios de igualdad y libre concurrencia contra los principios de responsabilidad, eficacia, eficiencia, transparencia, coordinación y autonomía, a la luz de los acontecimientos recientes en asuntos relacionados con

la contratación estatal, debe darse toda la prioridad para que los riesgos previsibles sean parte fundamental de las actividades de planificación y ejecución del contrato estatal, toda vez que su materialización puede ocasionar sobrecostos, desequilibrio económico de acuerdo a la asignación del riesgo y en caso de fallas en la identificación a la posible configuración de desequilibrio de la ecuación contractual.

La entidad pública debe motivar clara, amplia y suficientemente la obligatoriedad de la audiencia de tipificación, estimación y asignación de riesgos como requisito de participación en los procesos de modalidad de licitación pública y selección abreviada de menor cuantía toda vez que son estos procesos los que permiten el planteamiento como requisito de participación, y en el caso de la supervisión o la interventoría de los contratos de obra pública debería considerarse esta misma exigencia contractual, es decir, como requisito de participación, como parte del cumplimiento de la ley 1882 de 2015 en razón a la solidaridad por acción u omisión de la interventoría donde deben los interesados a este proceso participar con la misma exigencia que aquellos del proceso de licitación pública o selección abreviada de menor cuantía. Esto permite a la entidad estatal establecer con mayor claridad las asignaciones de los riesgos que haya lugar por esta condición normativa que se impone desde el principio del año 2018 para las interventorías de obra pública; debiéndose aclarar en algunos aspectos la responsabilidad misma de la interventoría sobre la materialización de riesgos propios del ejecutor o contratista del contrato de obra pública. Lo cual resalta la gran importancia en realizar la audiencia de riesgos de forma obligatoria, ya que no solo vinculara al contratista de obra pública, sino a su supervisor o interventor.

Se resalta en esta monografía la clasificación específica que se da a la idoneidad, competencias y responsabilidades que deben darse para la gestión de los riesgos por parte de las entidades públicas siendo estas la idoneidad administrativa contractual, la idoneidad técnica de la entidad pública según la naturaleza del proceso contractual, la idoneidad técnica de los interesados y la idoneidad técnica metodológica de los interesados. Así mismo se destaca el listado de información documentada y material probatorio que puede ser de utilidad para las entidades

públicas en caso de presentarse cualquier tipo de novedad extraprocesal o demandas de controversias contractuales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Siendo esta una práctica cada vez más común por parte de los contratistas para mantener el equilibrio económico bajo el argumento de la no tipificación, evaluación y asignación de riesgos previsible.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Acero, A. (2016) Principio de selección objetiva y único oferente en la contratación estatal. (Tesis de especialización en derecho administrativo) Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, D. C.

Alcaldía del Municipio de Itagüí, Dcreto 061 del 25 de enero de 2018. Por medio del cual se modifica y actualiza el manual de contratación del municipio de Itagüí. Itagüí.

Álvarez, A. (2010) *La estimación de riesgos previsibles que pueden afectar la ejecución contractual*. (Tesis de especialización en responsabilidad civil y del Estado). Universidad de la Sabana. Chía, Cundinamarca (Colombia).

Ballesteros, C. (2013) El régimen contractual de las empresas sociales del Estado. (Tesis de Maestría en derecho administrativo). Universidad Colegio Mayor de nuestra Señora del Rosario

Becerra, C. (2014) *Caracterización del proceso de tipificación, estimación y asignación del riesgo previsible en el período 2011 – 2014*. (Trabajo de grado). Universidad de Manizales. Manizales, Colombia.

Betancur, G. (2015) *Propuestas para el cumplimiento de principios en contratación estatal colombiana. Estudio basado en el “Observatorio de Objetividad en la Contratación Estatal de Infraestructura” (OOCEI)*. (Tesis de maestría). Universidad EAFIT, Medellín-Colombia.

Castro, C; García, L & Martínez, J. (s.f) Capitulo segundo origen y desarrollo de la contratación pública, (libro La Contratación Estatal: teoría general. Perspectiva comparada y regulación internacional.)

Colombia Compra Eficiente. (s.f). Guía Para El Ejercicio De Las Funciones De Supervisión E Interventoría De Los Contratos Suscritos Por Las Entidades Estatales (G-EFSICE-02). Bogotá.

Colombia Compra Eficiente. (s.f). Guía Para El Ejercicio De Las Funciones De Supervisión E Interventoría De Los Contratos Suscritos Por Las Entidades Estatales (G-EFSICE-02). Bogotá.

Colombia Compra Eficiente. (s.f). Lineamientos Generales para la Expedición de Manuales de Contratación (LGEMC-01). Bogotá.

Colombia Compra Eficiente. (s.f). Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación(M-DVRHPC-05). Bogotá.

Congreso de Colombia. (12 de julio de 2011) Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. [Ley 1474 de 2011]. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

Congreso de Colombia. (30 de junio de 2015) Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1755 de 2015]. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1755_2015.html.

Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993) Estatuto General de la Contratación Pública. [Ley 30 de 1993]. Recuperado de: <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/07/Manual-de-citacio%CC%81n-APA-v7.pdf>

Congreso de la República. (16 de Julio de 2007) Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. [Ley 1150 de 2007]. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente: 24.938 (C. P.: Mauricio Fajardo Gómez; septiembre 12 de 2012).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (C.P Carlos Betancur Jaramillo.27 de marzo 1992)

Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsunción “b”, sentencia del cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), radicado 11.370, consejero ponente Silvio Escudero Castro.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del trece (13) de septiembre de dos mil uno (2001), radicado número 12.722. Consejera ponente María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010), radicado número 18.394. Consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección c, sentencia del treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011), radicado número 17.767. Consejera ponente Olga Mélida Valle de la Hoz.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Expediente: 54.614 (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 2017).

Consejo de Estado, sentencia N° 54001-23-33-000-2016-00419-01 de 2017 ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
https://app.vlex.com/#CO.practico_contratacion_estatal/search/jurisdiction.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Sección Tercera. Expediente: 19.933 (C. P.: Mauricio Fajardo Gómez; septiembre 25 de 2013).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Expediente: 26332 (C. P.: Enrique Gil Botero; agosto 12 de 2014)

Consejo Nacional de Política Económica y Social, Departamento Nacional de Planeación, (2011) Documento CONPES 3714 recuperado de <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>

Consejo Nacional de Política Económica y Social, Departamento Nacional de Planeación, (2001) Documento CONPES 3107 recuperado de https://www.ani.gov.co/sites/default/files/conpes_3107.pdf

Consejo Nacional de Política Económica y Social, Departamento Nacional de Planeación, (2001) Documento CONPES 3133 recuperado de https://www.ani.gov.co/sites/default/files/conpes_3133.pdf

Consejo Nacional de Política Económica y Social, República de Colombia & Departamento Nacional de Planeación Conpes 3714 (2011) *Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública*.

Departamento Nacional de Planeación. Decreto 1082 de 2015. Por el cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. Bogotá.

Departamento administrativo de la función pública. Decreto 4170 de 2011. Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública. Bogotá.

González, J. (s.f) *Como estiman, tipifican y asignan los riesgos en la contratación, las entidades sometidas al estatuto general de la contratación de la administración pública.*

Hitscherich, J & Herrera, F. (2012) *Las modalidades de la contratación estatal.* (Tesis de especialización en finanzas y administración pública) Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, D. C.

Luengas, E. (2015) *Como estiman, tipifican y asignan los riesgos en la contratación, las entidades sometidas al estatuto general de la contratación de la administración pública*

Mantilla, C. (2014) *Importancia del principio de selección objetiva del contratista en el procedimiento de licitación pública en Colombia.* ISSN: 0124-2067 • REVISTA PRINCIPIA IURIS N.º. 22, 2014-II.

Orrego, G. (2013) *La prevalencia de los principios en la contratación estatal, como primer límite al ejercicio de la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal.* Revista Suma Iuris Vol. 1 No. 1 pp. 35-56 ISSN: 2339-4536 Medellín-Colombia

Osorno, L. Arroyave, C. Cardona, L. & López, J. (2015) *Manual de contratación y supervisión.* Recuperado de: <http://personeriarmenia.gov.co/files/documentos/20151223104429.pdf>

Ospina, N. (2017) *Riesgos previsibles en la contratación pública frente a los lineamientos del documento Conpes 3714 de 2011*(Tesis de Especialización en Derecho Administrativo). Universidad Santo Tomas, Bogotá-Colombia.

Otálora, J. (2015) *La unión temporal y el consorcio en el pliego de condiciones y documento de constitución.* Rev. Derecho priv. No.54. ISSN 1909-7794 DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.54.2015.03>.

Pachón, C. (2014) *Contratación Pública. Análisis normativo. Descripción de procedimientos.* ISBN: 978-958-771-096-0. Bogotá, Colombia.

Punzón, J. & Sánchez, F. (2012) *lexicografía y semasiología del lema resolución de los contratos utilizado por el derecho administrativo.* Recuperado de <https://previa.uclm.es/CU/csociales/pdf/documentosTrabajo/2012/3.pdf>

Rengifo, D. (2015) *Teoría de los riesgos previsibles en los contratos estatales de prestación de servicios profesionales.* (Trabajo de grado para optar al título de magister en derecho administrativo). Colegio Mayor De Nuestra Señora Del Rosario. Bogotá, D.C.

República de Colombia. Constitución Política de Colombia de 1991.

Rico, L. (2015) *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. 9ª. Ed. Leyer, Bogotá, Colombia.

Robert, A. (1988) Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Recuperado de <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>

Rodríguez, E. (2011) *Corrupción y probidad en los contratos estatales, legislación colombiana*. (Tesis de maestría en derecho profundización en administrativo). Universidad Nacional de Colombia.

Rodríguez, S. (2017) Análisis de la normatividad colombiana en materia contractual frente a la lucha contra la Corrupción (Tesis de maestría en derecho administrativo). Universidad del Rosario.

Ruiz, P. (2008) *Antecedentes históricos y evolución en la regulación de las diferentes formas de colaboración público-privada. Novedades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*. Recuperado de <file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-AntecedentesHistoricosYEvolucionEnLaRegulacionDeLa-2702955.pdf>.

Ruiz, P. (2008) Antecedentes históricos y evolución en la regulación de las diferentes formas de colaboración público-privada. Novedades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Revista española de control interno ISSN 1575-1333, Vol. 10, N° 28, 2008, págs. 15-34

Sánchez, D. (2011) De la estimación, tipificación y asignación de riesgos en la contratación estatal. (Tesis de especialización en la contratación estatal) Universidad de la Sabana. Bogotá.

Vela, L. (2014) La estimación de riesgos previsibles que pueden afectar la ejecución contractual. (Tesis de especialización en derecho administrativo). Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, D. C.